

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Programa de Actualización y Cierre Académico



**Prohibición de la simulación del salario conforme
el convenio 95 de la Organización Internacional
del Trabajo**

-Tesis de Licenciatura-

María Del Carmen Funes Morales

Guatemala, octubre 2013

**Prohibición de la simulación del salario conforme
el convenio 95 de la Organización Internacional
del Trabajo**

-Tesis de Licenciatura-

María Del Carmen Funes Morales

Guatemala, octubre 2013

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector	M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus
Vicerrectora Académica y Secretaria General	M. Sc. Alba Aracely Rodríguez de González
Vicerrector Administrativo	M. A. César Augusto Custodio Cóbar

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano	M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Coordinador de exámenes privados	M. Sc. Mario Jo Chang
Coordinador del Departamento de Tesis	Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director del Programa de Tesis	Dr. Carlos Interiano
Coordinador de Cátedra	M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán
Asesor de Tesis	Licda. Nydia María Corzantes Arévalo
Revisor de Tesis	Lic. Carlos Enrique Morales Monzón

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Abel Archila

Lic. Julio César Villarta

Lic. Walter Menzel

Licda. Nydia Arévalo

Segunda Fase

Lic. Javier Garcia

Lic. Adilio Arraiza

Lic. Walter Enrique Menzel

Licda. María Eugenia Samayoa

Licda. Vilma Bustamante

Tercera Fase

Lic. Abel Archila

Lic. Julio César Villalta

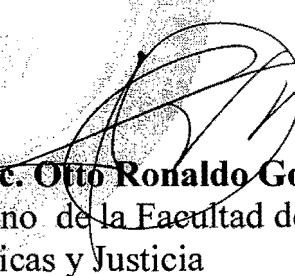
Licda. María de los Ángeles Monroy del Valle

Lic. Walter Menzel

Licda. Nydia Arévalo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dieciséis de mayo de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PROHIBICIÓN DE LA SIMULACIÓN DEL SALARIO CONFORME EL CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**, presentado por **MARÍA DEL CARMEN FUNES MORALES**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor a la Licenciada **NYDIA MARÍA CORZANTES ARÉVALO**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA DEL CARMEN FUNES MORALES**

Título de la tesis: **PROHIBICIÓN DE LA SIMULACIÓN DEL SALARIO CONFORME EL CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

El Tutor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

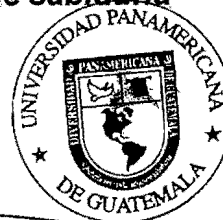
Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 01 de agosto de 2013

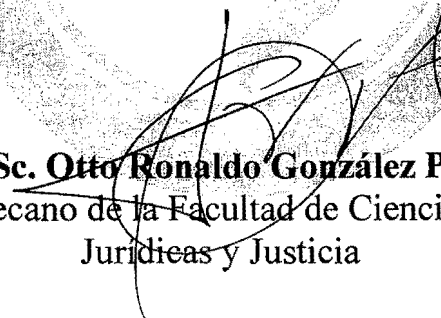
"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Licda. Nydia María Corzantes Arévalo
Tutor de Tesis

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, cinco de agosto de dos mil trece.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **PROHIBICIÓN DE LA SIMULACIÓN DEL SALARIO CONFORME EL CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**, presentado por **MARÍA DEL CARMEN FUNES MORALES**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico al Licenciado **CARLOS ENRIQUE MORALES MONZÓN**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.


M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA DEL CARMEN FUNES MORALES**

Título de la tesis: **PROHIBICIÓN DE LA SIMULACIÓN DEL SALARIO CONFORME EL CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

El Revisor de Tesis,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 28 de agosto de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Lic. Carlos Enrique Morales Monzó
Revisor Metodológico de Tesis



DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **MARÍA DEL CARMEN FUNES MORALES**

Título de la tesis: **PROHIBICIÓN DE LA SIMULACIÓN DEL SALARIO CONFORME EL CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 03 de septiembre de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Carlos Interiano

Director del programa de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA DEL CARMEN FUNES MORALES**

Título de la tesis: **PROHIBICIÓN DE LA SIMULACIÓN DEL SALARIO CONFORME EL CONVENIO 95 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

El Director del programa de tesis, y el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.


Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,


Se autoriza la impresión de dicho documento en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 04 de septiembre de 2013

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Dr. Carlos Interiano
Director del programa de tesis Facultad de
Ciencias Jurídicas y Justicia




Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia



Nota: Para efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA/AGRADECIMIENTOS

A Dios: Por ser mi Padre celestial que me ha dado todo y sin Él no soy nada.

A Jesucristo: Por salvarme.

A mis hijos: Estefany Nayely y Angel Emmanuel que son y serán mi fuente de inspiración para luchar, y todo lo que hago es por ellos.

A mis padres: Miguel Ángel y Bernarda de Funes, por darme apoyo y amor incondicional. Por enseñarme que en la vida para triunfar es necesario ser honesto y esforzarse. Y sin que sea suficiente pago ni justo tributo en gratitud por sus enseñanzas, instrucción y dirección, reciban el presente que les hago de este acto, Dios los bendiga.

A mis hermanas y hermano: Viviana, Paola, Shirley, Emmanuel, Alma y
Heidy M.

Licda. Nydia Corzantes: Por su paciencia y asesoría brindada en el desarrollo del presente trabajo de tesis.

A mis maestros: Infinitas gracias por brindarme su instrucción apoyo y todos los conocimientos.

A mis amigos: Por sus motivaciones muchas gracias.

A la Universidad
Panamericana de Guatemala: donde tengo el privilegio de ser egresado.

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	iii
Introducción	iv

Capítulo I

Derecho al Trabajo en Guatemala	1
Contrato de Trabajo	3
El salario	11
Bonificación incentivo (Decreto 78-89 del Congreso de la República)	25
Simulación contractual del salario	30

Capítulo II

Prohibición de la simulación del salario conforme el convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo	41
La Organización Internacional del Trabajo	41
Conclusiones	66
Referencias	67

Resumen

La figura jurídica del salario simulado se justifica por la forma en que se le pretende nominar y porque entre otros casos algunos patronos incrementan el pago de la bonificación incentivo para evadir pagos públicos y a la adaptación que tienden a sufrir los trabajadores para percibir un salario digno, el cual no se le entrega de manera justa al momento de un despido.

Actualmente contamos con un Código de Trabajo, el cual fue publicado hace 52 años y ha sufrido modificaciones en aplicación de los principios de celeridad procesal y beneficio de los trabajadores y del que emanan todas las normas que regulan todo lo concerniente al ámbito laboral, siendo este nuestra base para ubicar nuestros derechos laborales.

El eje del Código de Trabajo son sus figuras jurídicas que protegen al trabajador, disposiciones que son mal utilizadas por parte de algunos patronos y marcan al trabajador por la necesidad económica que este padece, creando una burla al derecho de la protección al salario que devenga el trabajador.

Al enfocarnos de manera determinada a una de las figuras jurídicas que involucran el derecho del trabajo tenemos la “prohibición de la simulación del salario conforme al convenio 95 de la OIT”, figura que se le debe dar importancia por parte del patrono, pues es el medio de subsistencia de las personas bajo su mando.

En Guatemala se tiene la costumbre de llamar y de tratar las cosas de diferentes formas, y el término salario no es la excepción, ya que se ha perdido su valor de sostenimiento, que le da el trabajador, constituyéndose únicamente por el pago al uso de la fuerza física o mental y si existiere un aumento salarial se adiciona a las bonificaciones intituladas, disfrazándolas con nombres que no están legalmente reguladas, perjudicando al trabajador al momento de dar por finalizada la relación laboral.

En el presente estudio, jurídicamente apreciaremos las ventajas que obtiene el trabajador al percibir una remuneración, así como todos aquellos aspectos legales públicos a los que está sujeto el patrono a través del pago de dicho salario, aprovecharemos a analizar sus principios y las concepciones legales que hacen prevalecer el concepto del salario, según los criterios de los distintos Abogados estudiosos del derecho laboral nacional.

La intención del presente trabajo constituye ofrecer al lector elementos de consideración para definir en sí que el salario se integra por las bonificaciones de cualquier índole, las cuales son nominadas con nombres distintos, esto para fortalecer al trabajador a un mejor desarrollo económico en su país y del compromiso que han adquirido los patronos antes sus trabajadores valorando el esfuerzo por un retribución.

Palabras clave: Salario. Contrato de trabajo. Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo. Bonificación Incentivo. Simulación.

Introducción

Desde la creación del hombre se presume que este se vio en la necesidad de subsistir y posteriormente evolucionó en el trabajo, elaborando principios a su favor, preceptos y reglas para regular los distintos derechos que el trabajador iba obteniendo por su desempeño.

El hombre puede lucirse de los grandes avances obtenidos ya que pasó de la etapa de la esclavitud a la libertad, logrando estabilidad, seguridad, mejoras económicas, realizadas a través del desempeño de su trabajo.

Con base a lo anterior podemos decir que el presente estudio constituye un aporte para lograr una mejor interpretación de lo que es el salario, definiéndolo correctamente para evitar su confusión con otras enunciaciones; también se plantea la importancia del salario tanto para trabajadores, sociedad y organizaciones y su prohibición al incrementarlo a través de la bonificación incentivo para evadir responsabilidades legales públicas, tomando como base la aplicación de principios rectores al derecho laboral, constitucionales y el convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT.

También se dan a conocer los fines del salario, así como cada una de las leyes que lo protegen, los resultados de los esfuerzos realizados por los movimientos para la creación de la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo se presentarán dos casos diferentes y reales, uno que trata la mala aplicación de la bonificación incentivo, en el período de la relación laboral y su perjuicio al momento de la reclamación de indemnización y prestaciones conocidas como irrenunciables planteados ante uno de los Juzgados de Trabajo y Previsión Social y el otro donde la máxima autoridad Constitucional, ordena el descuento de la bonificación incentivo para el pago del salario mensual, con su valor regulado.

Para la elaboración de este estudio, se recopiló información bibliográfica de autores Guatemaltecos, fundamentando así los contenidos en nuestra Constitución Política, Código de Trabajo y Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo y dos casos específicos, el primero es una apelación de amparo resuelta ante la Corte de Constitucionalidad, en donde hace valer su postura en cuanto a la bonificación incentivo y el otro un juicio ordinario laboral que actualmente se tramitan ante uno de los Juzgado de Trabajo y Previsión Social en donde se demuestra la cantidad de salario y bonificación

incentivo que devengó el trabajador en el periodo de la relación laboral y que esta última supera cinco veces más la cantidad que fue percibida por el trabajador en el salario.

El estudio está dividido en dos partes. La primera contiene las generalidades del salario, el contrato de trabajo y la conceptualización de la simulación. En la segunda parte se presenta la prohibición de la simulación del salario conforme el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo y la exposición de dos casos concretos totalmente diferentes planteados ante la Corte de Constitucionalidad y Juzgado Décimo de Trabajo y Previsión Social, casos en donde el término salario es factor esencial y la mala aplicación de la bonificación incentivo es palpable.

Capítulo I

Derecho al trabajo en Guatemala

El trabajo para el ser humano es esencial ya que sus distintas necesidades le exigen la prestación de servicios o la utilización de recurso humano para adquirir un medio de vida.

El trabajo ha evolucionado en la aplicación de derechos al ser humano, tomando en cuenta que su finalidad ha sido la de establecer o restablecer las relaciones entre los hombres para que sean justas.

El concepto trabajo integra a toda la población activa en fuerza física y mental y la población trabajadora se ha dividido en dos clases fundamentales siendo los que trabajan y los que usufructúan ese trabajo y esto al paso de las décadas no se ha estancado, evolucionando para formar una mejor organización del trabajo.

Según Franco López, la evolución de la organización del trabajo se ha dividido en cinco fases: régimen de la esclavitud, régimen de la servidumbre, régimen de las corporaciones, régimen de las manufacturas y régimen del asalariado.

Hace notar el régimen de la esclavitud en donde se inmortalizó la sumisión al amo, considerando al esclavo una cosa. En el régimen de la servidumbre existió una escasez de mano de obra y cedió el privilegio de la libertad, el hombre pertenecía a la tierra, pasó a tener dependencia y a obtener ciertos derechos. El frente del régimen de las corporaciones era el maestro quién era el empleador y existía la categoría de aprendices. En el cuarto periodo, el de manufacturas da comienzo a la existencia del contrato de trabajo, contaban con la paga del salario, el trabajador no tenía libertad de elección o retirarse, pues la manufactura monopolizaba la región. (2007:125).

El régimen del asalariado, en la revolución francesa puso virtualmente la piedra fundamental del contrato de trabajo. El maquinismo, la concentración obrera, la demanda constante de la mano de obra, la alteración profunda en las relaciones entre trabajadores y empleadores, incidieron plenamente sobre la vinculación laboral.

El autor nombrado considera que este último periodo sufrió tres fases, siendo la de carácter jurídico, la prevalentemente económica y la última de carácter social.

La fase jurídica se caracterizó por existencia de un concepto de justicia que debe reglar las relaciones obrero patronal, con la finalidad de atemperar las consecuencias de los infortunios laborales, la del abuso

del derecho para los despidos abusivos y la del enriquecimiento sin causa para corregir ciertas situaciones abusivas.

La segunda fase identificó a las normas jurídicas como las destinadas a proteger al trabajador y que en la práctica van siendo reemplazadas por mecanismos económicos. En la fase social, se tiene en cuenta la vinculación que existe entre las distintas manifestaciones de la vida social, o sea el binomio trabajador – empleador y a estos se suma la seguridad social. En el principio de esta evolución nace el contrato de trabajo proyectándose más como un contrato con reglas del derecho civil, encuadrándose entre los contratos de arrendamiento de servicios. (2007:128)

Contrato de Trabajo

Este nació bajo el régimen liberal y democrático que caracterizó el siglo XIX, en que la ley estaba al servicio de los particulares, garantizando la acción de éstos hasta límites intolerables. Los abusos a que dio lugar esta doctrina hicieron caer en crisis estos principios liberales, entonces intervino el Estado imponiendo reglas y controles, apareciendo también los convenios colectivo que fijaron condiciones de trabajo.(Franco L.2007:128).

Actualmente pueden palpase los alcances que han tenido los acuerdos, debido a la intervención del Estado. En nuestro Código de Trabajo el artículo 18 define al contrato de trabajo como:

Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra persona (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.

Previo a incursionar en el estudio de esta materia, se estima conveniente tomar la cita del tratadista Cabanellas, que dice: “que el contrato de trabajo tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa, a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra”. (2008:228).

La Licenciada Diana Larissa Girón Cuestas, une de manera acertada el artículo 18 y 90 del Código de Trabajo definiendo que el contrato de trabajo como:

El vínculo económico jurídico mediante el cual una persona denominada trabajador, se obliga a prestar personalmente servicios a favor de otra llamada patrono o empleador. Prestación que realiza el trabajador bajo la dependencia continuada y dirección inmediata del patrono o delegada por este a uno o más representante, a cambio de una retribución (salario) en moneda de curso legal y en algunos casos excepcionales, en especie, que no exceda del treinta por ciento (30%) de importe total del salario devengado. (Canessa M.2011: 246).

En todas las expresiones se resalta que el contrato de trabajo es un vínculo económico jurídico que involucra una relación entre empleador y trabajador y que su objeto es la obligación recíproca, pues sujetado a las partes a obligaciones jurídicas de intercambio laboral por salarial implicando en él una garantía laboral, con el fin expreso de mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores.

Cabe referir que el contrato de trabajo tiene fuentes de régimen jurídico establecidas en la ley, en los convenios colectivos, el uso, la costumbre, la equidad, la doctrina y la justicia social; fuentes, que para el autor Franco López no tienen un orden especial, sino más bien apunta que la ley es la más importante y que por ella se debe entender toda norma que provenga de una autoridad con facultad de dictarla, teniendo entonces a la Constitución Política de la República, los convenios internacionales de trabajo, las leyes ordinarias como instrumentos de normación colectiva que poseen esa jerarquía así como los reglamentos interiores de trabajo.

El Código de trabajo regula el contrato de trabajo y las partes que lo conforman, siendo estas el patrono o empleador y el trabajador, por lo que se trae a la vista el primer párrafo del artículo 2 del Código de Trabajo que nos define al patrono como:

“Toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo”.

Para Manuel Osorio, el patrono es la persona física (aunque el concepto también cabe aplicarlo a las personas jurídicas) que, en el contrato laboral, da ocupación retribuida a los trabajadores que quedan en relación subordinada. Es pues, el propietario de la empresa y quien la dirige personalmente o valiéndose de otras personas. (2008:700).

El patrono como pieza fundamental en el ámbito social laboral con su capacidad de contratar, de dirección, disciplina y económica genera inversión de trabajo, pagando al trabajador por sus servicios, sometiéndose a derechos y obligaciones que establece la ley.

El artículo 3 del mismo código nos proporciona la definición de trabajador que es:

“Toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros en virtud de un contrato o relación de trabajo”.

El trabajador, por voluntad presta sus servicios a otra para alcanzar un beneficio económico sujetándose a una dirección, confirmando los resultados de su trabajo.

La voluntad de las partes como factor principal en el contrato de trabajo va de la mano con la forma de la contratación ya sea escrita o verbal, que son los modos en que se llega a establecer un vínculo de trabajo.

La contratación escrita se funda en el documento que se rige por cláusulas o estipulaciones que contienen las voluntades de las partes, pero no es necesaria, si este se perfecciona con el inicio de la relación laboral, por lo que de igual manera surte efectos en el contrato de trabajo verbal.

El artículo 27 del Código de Trabajo establece los tipos de trabajo, que se pueden contratar en forma verbal:

- a) Las labores agrícolas o ganaderas; b) Al servicio doméstico; c) a los trabajadores accidentales o temporales que no excedan de sesenta días; d) a la prestación de un trabajo para obra determinada, siempre que el valor de ésta no exceda de cien quetzales, y si se hubiera señalado plazo para la entrega, siempre que éste no sea mayor de sesenta días.

Es importante hacer notar que, aunque no esté documentado el contrato de trabajo no genera ineficiencia del acto, entonces el convenio entre las partes debe cumplirse siempre, no dejando a un lado los derechos que conciernen al trabajador, pues su forma de contratación es el conjunto de beneficios que la ley establece relativo a las condiciones y términos que se deben tener en cuenta en la formación de un acto jurídico para su eficacia.

A pesar de lo anteriormente expuesto, el autor Franco López nos amplía el concepto, del artículo 29 del Código de Trabajo donde están regulados los requisitos que debe contener el contrato de trabajo, el cual debe contar con distintas características como el ser “sinalagmático, conmutativo, personal, consensual, tracto sucesivo, bilateral, oneroso y de naturaleza privada. (2007:137)

La característica principal existe independiente y subsiste por sí sola, por lo que no depende de ningún otro contrato. La consensual como vínculo obligacional entre las partes, se perfecciona con la simple exteriorización del consentimiento que debe ser verbal o por escrito.

El rasgo de naturaleza privada, es dado porque se encuentra ubicado en el campo de las relaciones privadas y el ser sinalagmático refiere que la prestación de cada una de las partes no corresponde a una contraprestación de la otra. Tenemos también la característica que relaciona que las prestaciones establecidas son reales para ambas partes y que no sujetas a eventualidades, se le llama conmutativa. Y la (*intuiti personae*), es la personal, por lo menos de parte de los trabajadores, quienes son los que deben realizar su trabajo personalmente.

En razón que el contrato de trabajo como negocio jurídico concluido entre dos partes, cada una, es un centro de interés y a esto se le llama bilateralidad. El elemento tiempo también forma parte de las

características del contrato de trabajo, pues las prestaciones van cumpliéndose durante todo el transcurso de la relación, denominándose esta característica como tracto sucesivo.

La generación de ingresos para cada parte es la característica onerosa que refleja que todo trabajo realizado sin retribución está fuera del ámbito de aplicación del actual concepto de contrato de trabajo. (2007:137).

Características que son complementadas por la que considera relevante la Licenciada Diana Larissa Girón Cuestas que es la principal o *intuiti personae*. (Canessa M.2011: 264).

Los caracteres citados identifican el contrato de trabajo, aunque este no se haya hecho por escrito, ya que son rasgos que han pactado las partes para la realización de un trabajo. El carácter principal hace ver que no es necesario haber celebrado un contrato previo; en el consensual se debe contar con la voluntad de anuencia o consentimiento de las partes para convenir ese acuerdo de trabajo; el oneroso es básico ya que es la fuente que generara la subsistencia del trabajador; en el bilateral se refleja el compromiso que adquieren las partes y que se ejecute legal y públicamente el convenio.

Es elemental el resaltar el carácter consensual y el tracto sucesivo puesto que en ellos se favorece al trabajador en el sentido de reconocer esa obligación entre ellos y que las prestaciones que percibe este se van consumando, como lo es el salario y su bonificación incentivo, las cuales debe percibir en el tiempo establecido para su subsistencia, fomentando con ellos su estabilidad económica.

Como se indicó el contrato de trabajo es el vínculo entre las partes, y en él están inmiscuidas la forma de contratación, los caracteres que son elementos que dan vida a es vinculo económico – jurídico, y la responsabilidad que adquieren cada uno ante ellos mismos y el patrono por lo particular adquiere la responsabilidad pública. Entre esas responsabilidades no solo está la de otorgar el salario al trabajador, sino que también cada una de las prestaciones que establece las normas legales como el Código de Trabajo, Decretos emitidos por el Congreso de la República, Convenios Internacionales Constitucionales.

Las prestaciones a las que tiene derecho un trabajador son la bonificación anual para los trabajadores del Sector Privado y Público (Decreto 42-92 del Congreso de la República); Ley Reguladora de la prestación del Aguinaldo para los trabajadores del sector privado (Decreto 76-78 del Congreso de la República); Bonificación Incentivo (Decretos 78-89 y 37-2001 del Congreso de la República); Vacaciones

reguladas en el artículos 130 al 137 del Código de Trabajo (Decreto 1441); Indemnización regulada en los artículos 78 y 79 del Código de Trabajo (Decreto 1441).

En virtud que el tema principal es la prohibición de la simulación al salario y del conjunto de las prestaciones laborales citadas nacen por el salario devengado, específicamente estudiaremos más adelante la bonificación incentivo porque es una figura que genera controversia en la práctica laboral, ya que se percibe que es utilizada de forma simuladora por parte del patrono al incrementarlo o nominándolo de otra manera, disfrazando al salario, para evadir ciertas responsabilidades públicas, como el evadir el pago de la cuota laboral, ante el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

El salario

El salario es un factor importante en la vida económica del trabajador y de él derivan distintos términos teóricos, pero inicialmente se toma en cuenta lo que establece el artículo 88 de nuestro ordenamiento que nos otorga la definición siguiente:

“Es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos.”

Guatemala es un país que ha firmado convenios internacionales ratificando entre ellos el convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece el salario, definiéndolo así:

A la remuneración sea cual fuere su denominación o método de cálculo siempre que pueda evaluarse en efectivo fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por sus servicios que haya prestado o deba prestar.

Diana Larissa Girón Cuestas, en su concepto del contrato de trabajo hizo referencia al salario y su forma de pago en moneda de curso legal, alusión que en perfecta armonía lo relaciona con el artículo 6 de la ley Monetaria (Decreto 17-202), reformada por el artículo 8 de la ley de Libre Negociación de Divisas que establece el curso de la moneda:

Salvo que las partes convencionalmente y en forma expresa dispongan lo contrario, el quetzal se empleará como moneda de cuenta y medio de pago en todo acto negocio de contenido dinerario y tendrá poder liberatorio de deudas. En todo caso, los órganos jurisdiccionales y administrativos deberán respetar y hacer cumplir fielmente lo convenido por las partes. Cualquier persona, individual o jurídica, podrá libremente y de mutuo acuerdo, el pago en divisas de los honorarios, sueldos, salarios o comisiones a que tenga derecho por prestación de trabajo o por prestación de servicios, según sea el caso.

Luís Fernández Molina, en su libro “*Derecho laboral guatemalteco*” define el salario como:

Cualquier prestación, que obtiene el trabajador a cambio de su trabajo. Es la suma de bienes de contenido económico, o cuantificables en dinero, que el patrono está dispuesto a darle y que el trabajador está dispuesto a obtener como mínimo a cambio de ese valor intangible que llamamos fuerza de trabajo. (2007:209).

Lo anterior lo complementa Echeverría Morataya, quien establece que el salario se originó en el proceso productivo de la sociedad y que sus características intrínsecas que sobresalen son: a) fuente única o principal de vida para el trabajador, por lo tanto tiene carácter alimentario; b) la denominación salario ha sido aceptada casi universalmente, lo cual ha roto la idea o pensamiento en que la denominación de la retribución del trabajo tomaba un nombre dependiendo del trabajador de que se tratara, llamándose sueldo al que devengaban los trabajadores de oficina y comercio el salario el que devengaban los obreros. También se llamaba sueldo en los casos de pago mensual o quincenal y salario en los casos de pagos por unidades de tiempo menores. (2009:141).

Cuando estos autores tratan el asunto del pago desde sus puntos de vista han tomado en cuenta el elemento principal del contrato de labores, como la relación económico –jurídica.

El Convenio 95 de la OIT remarca el salario con el término remuneración que es el pago otorgado al trabajador según el contrato y que el Código de Trabajo considera como tal, a lo honesto de lo que el

trabajador recibe por sus servicios, ya sea en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición.

El salario no solo constituye ese pago que percibe el trabajador sino que también lo conforma la suma de todos los beneficios que el trabajador adquiere por su esfuerzo en el trabajo y tiene su inicio en la contraprestación que el dueño o patrono en dependencia proporciona por la venta o elaboración de un producto o de la actividad realizada por el trabajador.

Con base a las definiciones anteriores podemos señalar que salario es el valor y objeto fundamental que el trabajador persigue utilizando su fuerza de trabajo en cumplimiento de un contrato de trabajo; a medida que el salario exista y fuere incrementado, cumplirá una finalidad que es permitir al trabajador a tener una existencia decorosa por medio del agrado de sus más elementales necesidades. La necesidad es una penuria el no tener cuestiones básicas como alimento, vestido, salud, educación y por ello es que se busca el salir adelante a través del salario.

La palabra salario proviene del latín “*salarium*”, que a su vez deriva de “*sal*”, que se origina en la costumbre antigua de dar a los domésticos en pago por sus servicios. El vocablo utilizado para identificar la retribución que se paga al trabajador, es el de sueldo, que deriva del antiguo francés, “*soulde*”, de donde derivan las palabras soldado y

soldada, originada de la antigua moneda denominada sueldo igual a la vigésima parte de una libra que solía pagarse a los soldados, hombres de armas que integraban la hueste medieval del rey o del señor feudal. (Franco L. 2007:419).

Se puede apreciar que antiguamente el pago figurado o simbólico en sal por el amo o empleador para sus servidores era muy valioso ya que con ella sazaban la comida y conservaban frescas las carnes, pues no se contaba con la tecnología de refrigeración, era difícil conseguirla y no se contaba con salinas como en la actualidad. Es notorio que del origen de la palabra salario se distinguen dos expresiones que son el salario y el sueldo.

El salario, es la retribución que los patronos privados pagan a sus trabajadores, según la posición doctrinaria y el sueldo es la cantidad que el Estado paga a sus empleados. Se denomina en distintos términos y entre ellos esta la: paga, estipendio, mesada, jornal, remuneración, emolumento, dieta, retribución. Con lo expuesto, puede afirmarse que salario o sueldo son palabras que identifican a la retribución que el trabajador recibe a cambio de la prestación de sus servicios, lo que hace indistinto la utilización de ambas denominaciones.

Se suma a lo anterior que el Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo, fija el concepto de lo que se debe interpretar por salario; término que no tiene calificativo específico que es lo que percibe el hombre por la prestación de sus servicios al empleador, estableciéndose que aunque se le denomine de diversas maneras, comprende todas las sumas que habitual y periódicamente percibe la persona y compensan el servicio efectuado y que ha cumplido con la sujeción laboral al que arribo con el patrono.

Landelino Franco López, expresa que la remuneración en la relación de empleo confrontado con otras retribuciones son de cambio y de carácter oneroso, y sus caracteres principales son: la proporcionalidad, continuidad, invariabilidad, intransferibilidad, irrenunciabilidad, seguridad y normalidad.

La primera consiste en que el empresario debe abonar el pago convenido o establecido por la ley o convenio colectivo, de acuerdo al esfuerzo efectuado, la categoría del trabajo y duración.

Se razona entonces que la proporcionalidad focaliza la calidad y cantidad elaborada de trabajo; y para el patrono de esa producción es el precio convenido por tiempo efectivo o por pieza, este carácter está plasmado en el artículo 91 del Código de Trabajo en donde refiere que la cantidad convenida debe ser determinada por el patrono y el

trabajador, cumpliendo la calidad, cantidad y tiempo efectivo. El pago no puede ser menos de lo que está establecido de conformidad con la ley.

Continuidad es el principio de preste o no el servicio. No admite más derogaciones que las previstas por la ley. Esto supone que las interrupciones producidas fuera de la voluntad del trabajador o si el empresario estuviese inactivo, no interrumpen al pago del salario. Sí se dieran esas interrupciones se han dividido en de hecho y de derecho. Las primeras son: la inasistencia al trabajo y la interrupción por causas atribuibles al patrono, aun cuando no sean por su culpa (falta de materia prima). Las segundas son todas aquellas interrupciones previstas en la ley, ya sea por el mismo empleador o por instituciones creadas al efecto.

Se logra percibir que tanto en el salario como en el contrato de trabajo se da la continuidad que es la estabilidad emocional que concede al trabajador para que cubra sus necesidades más fundamentales. El aplazamiento de la paga motiva al empleado a renunciar a todo aquello que ha percibido durante el periodo laborado como la indemnización a la que tiene derecho, obligándolo a buscar el inicio de una nueva relación laboral, en ese orden de ideas busca la subsistencia generando nuevos derechos y sin lugar a duda el ex patrono debe compensar el daño ocasionado. En el artículo 103 del Código de Trabajo figura la

intención de percibir el salario y su disfrute en la cobertura de necesidades normales de orden material, moral y cultural.

La invariabilidad figura entregar en el lugar, forma, tiempo en la medida convenida o establecida la cantidad convenida. Con base a ello no puede alterarse lo convenido en perjuicio del trabajador.

Estipulado el contrato, no se puede modificar. Ahora bien, esta invariabilidad no debe entenderse en un sentido absoluto, el principio se traduce, en realidad, en la no reducción de la remuneración por voluntad unilateral del empleador, pero nada impide que èl sea aumentado y aun reducido de común acuerdo de ambas partes; excepcionalmente como lo prevé el artículo 20 del Código de Trabajo guatemalteco.

Cuando la actividad se modifica, las particularidades económicas sufren alteraciones, o si hay cambios en las condiciones que influyeron en la fijación o en las condiciones del contrato, la cantidad devengada puede ser modificada.

La invariabilidad se aplica a toda clase de remuneración (por pieza, a tarea, por comisión, etc.). La disminución unilateral patronal no es aceptada en ningún caso, ni a título de sanción disciplinaria, ni por compensación, ni por la reducción de la productividad del trabajador, etc.

Se deduce que concentrando los puntos que invoca la invariabilidad del pago son el lugar, forma, tiempo, cantidad, condición del trabajo que se desempeña. La cantidad devengada es la base con que cuenta el trabajador para llevar un tipo de vida módico por ello hay que remarcar el provecho que le da a esa cantidad percibida, en cuanto a sus prioridades físicas y de los que dependen de él, por lo que no se puede variar su cantidad.

El no variar el salario, en mejora del trabajador es nula de pleno derecho. Para algunos patronos, solo es importante el ingreso que se pueda producir y no velan por el incremento patrimonial de sus empleados, dejando a un lado la noción de dar una dignificación económica, pues no motivan la buena marcha de la empresa pero si aplican otras formas del alza salarial para no generar gastos ante entidades públicas.

A propósito, esa invariabilidad no consiste solamente en la cantidad devengada, sino que también del lugar, hora y forma convenida para recibirlo por la seguridad de la persona y esa preocupación debe surgir por la situación delicada que se vive diariamente en el entorno nacional.

La intransferibilidad implica el pago personal y surge la obligación que se le impone al empleador de abonar directamente la remuneración a la persona designada. El no cumplimiento de este requisito hace que el

pago efectuado a un tercero no tenga efecto liberatorio. El no ceder la remuneración a otra persona que no sea el que se ha desempeñado o esforzado es garantía al derecho humano y este tiene la plena confianza de lo que ha devengado honradamente a él se le haga entregara, además tiene la libertad total de esa retribución.

La Irrenunciabilidad como elemento de los caracteres del salario está basado en el principio del hecho de pertenecer al orden público, el interés que el trabajo humano se encuentre debidamente protegido y remunerado. Es importante hacer una distinción al momento en que la renuncia se produce: durante o después de la vigencia del contrato.

Entendemos que la dejación anticipada del derecho a percibir la cantidad ya devengada no es admitida en ninguna ocasión, pero nada impide que su adquirente no reclame sus prestaciones, durante o después del contrato; sin embargo, hasta que le cubra la prescripción tiene el derecho a reclamarlos. Por tanto, el sueldo es irrenunciable en principio, sin bien la voluntad del empleado puede hacer que no se reclamen.

Apreciándose entonces que, la irrenunciabilidad es relativa a los derechos del trabajo adquiridos ya sean litigiosos o dudosos, por eso no se pueden dejar pasar por alto, ya que no se puede regalar o dejar a un lado un derecho sumamente protegido por los principios tutelares

democráticos y principio Constitucional amparados en los artículos 133, 136, del Código de Trabajo, Decreto 76-78 del Congreso de la República, Decreto 42-92 del Congreso de la República y 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Se debe tener la completa certeza que el salario le llegue en forma íntegra, a esto se le llama seguridad. Ello surge del hecho que todo trabajo debe ser remunerado y se deben cumplir todas las modalidades relativas a su abono (lugar, fecha, forma), teniendo en consecuencia las garantías y privilegios que la ley otorga al pago.

En cuanto a la normalidad es lo que percibe regularmente el trabajador como consecuencia de su actividad. Este concepto de normalidad es correcto si se le da el alcance que proviene de la relación de trabajo, íntimamente ligada a él. (2007:429).

Cabe ampliar el presente tema en cuanto a los principios rectores del salario que son: el Principio de Igualdad, que está contenido en el artículo 102 literal “c” de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el segundo párrafo del artículo 89 del Código de Trabajo y que hace hincapié a que este principio que sobrepasa las legislaciones a nivel nacional para tomar un perímetro de validez mundial, porque está plasmado como derecho humano.

Para afianzar este principio es importante hacer mención que en Estados Unidos existe la Ley de Igualdad Salarial (Equal Pay Act) de 1963, que fue creada hace más de cincuenta años y que requiere, que tanto hombres como mujeres en el mismo lugar en que desempeñan su labor se reconozca igual trabajo igual salario, aunque las tareas no sean idénticas pero si tienen que ser sustancialmente iguales y desde otro punto de vista da el sentido que importa el trabajo que se está desempeñando y no el título del trabajo el que va a determinar si ambos trabajadores son iguales. (<http://www.eeoc.gov/spanish/types/epa.html> recuperado 16.07.2013)

El principio de eficiencia lo expone Rodríguez Mancini, quien expresa que no cabe invocar un derecho a un salario suficiente, sino a retribución que se corresponda con el servicio que se presta y agrega que el criterio de suficiencia es, igualmente, un criterio económico-sociológico, cuya delimitación ha de hacerse teniendo en cuenta factores o elementos extraños a la relación de trabajo y a los vínculos que la determinan.

Es notable que en la mayoría de los casos se pueda palpar la eficiencia del servicio prestado, pero que el salario sea reflejado como suficiente, se considera que no es posible. Algunos patronos aplican el salario mínimo al trabajador, son renuentes a considerar si el salario es

suficiente para las necesidades mínimas o básicas para que el trabajador pueda sobresalir en su hogar o para él. Si está en posibilidades del empleador conceder un poco más del salario que puede esperar el trabajador otra empresa, ese es el salario eficiencia, realizando las actividades asignadas con todo el interés, de manera que pueda permanecer en la empresa que le paga más.

Honestamente la limitación moral por parte de algunos patronos de aplicar factores que van más allá de su interés personal, ponen en duda los sistemas de protección al salario y derecho laboral, aunque para la legislación laboral sigan siendo prioritarios los derechos de la protección al derecho del trabajo.

Se advierte que algunos autores han señalado que el carácter alimenticio del salario, es tal vez su más importante función de todas las que éste cumple. (Franco L.2007:438).

El principio alimenticio es protectorio de salario, pues sin él se ve afectado el trabajador para poder adquirir sus alimentos y lo limita a la salud física y mental. El monto aunque sea mínimo y si este se restringe es violatorio a un derecho Constitucional regulado en su artículo 106 y 96 del Código de Trabajo ya que sí existiere alguna obligación ya sea bancaria o civil, se debe tener en cuenta que existen las vías idóneas para requerir de algún pago al trabajador. El carácter alimentario tiene

una evidente finalidad de manutención, que trabaja para vivir, para proponerse conseguir los servicios y bienes que da la vida.

Najarro Ponce manifiesta que otro principio es el de intangibilidad, que garantiza la calidad intocable del salario, salvo expresas condiciones fijadas por la misma ley. El patrono no puede hacer liquidaciones en la fecha de pago y entregarle al trabajador parte de lo devengado por la tarea o el periodo de labores realizado. (Franco L.2007:442).

Es claro y prohibitivo limitar el goce del derecho del salario al trabajador, garantizando los aportes devengados en su totalidad y en su cobro. En algunos casos suele suceder que el trabajador que se da por despedido y no ha existido un acuerdo para disminuir los haberes en el marco jurídico laboral.

Por último el principio de justicia relaciona que el salario justo es perfectamente configurable como un derecho del hombre, e incluso en países carentes de un pacto constitutivo específico, viene casi a tener el valor de un derecho constitucionalmente reconocido, en cierta medida se le confiere un rango práctico considerable tanto por los sindicatos como por los tribunales.

En la perspectiva del salario justo se considera este como medio de vida del trabajador y como inicio de ese vinculo laboral esta que tiene deberes de orden jurídico para con una persona o empleador y su dignidad.

Bonificación Incentivo (Decreto 78-89 del Congreso de la República)

La Bonificación Incentivo fue implementada bajo el Decreto 78-89, publicado el 07 de diciembre de 1989. Según Fernández Molina explica que el nacimiento de la bonificación incentivo, fue emitido en un momento electoral. Decreto que nació con algunas luces que vale la pena destacar en este momento, en ocasión a sus quince años de vigencia ya que es objeto de nuevas regulaciones por parte del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (Acuerdo 1118). El decreto que lo creó, reconocía que la productividad y eficiencia son los medios insustituibles de producir la riqueza, posteriormente destacó el concordato necesario que debe existir entre patronos y trabajadores para obtener mejores resultados.

Las expresiones de productividad y eficiencia sirvieron para que en diciembre del 1989, se emitiera el citado decreto para mejorar la capacidad adquisitiva de la clase laboral. El Estado se preocupo en

buscar medidas para mejorar el nivel de vida de los habitantes y procurar el bienestar de la familia, bajo esas las consideraciones el Congreso creó la bonificación incentivo con el objeto de estimular y aumentar su productividad y eficiencia, para lo cual, en el artículo 5 se reconoce que “los incentivos que se establezcan en cada empresa o centro de trabajo deberán aplicarse observando por analogía, para los trabajadores beneficiados, principio de igualdad de salario”, detalla los valores para su cálculo, forma y tiempo, en el entendido que una vez se consolidara la institución iban a ser los propios patronos y trabajadores lo que regularmente se pusieran de acuerdo en fijar las cantidades “pero no fue así”, ya que ese pago se quedó estancado en los términos fijados en ley.

La bonificación incentivo es una ley emitida de carácter urgente, con el voto de más de dos terceras partes de los diputados, el decreto número 7-2000 en sus considerandos se reconocía la productividad nacional, el esfuerzo humano de los trabajadores, concretizado en el incremento de los índices de precios de los productos tradicionales y no tradicionales que constituyen gran parte de los ingresos nacionales a través de las exportaciones, produciendo como resultado un beneficio directo en el ser humano como elemento importante de la fuerza laboral del país.

Ese nuevo decreto reformó los artículos 4 y 7 del decreto original en cuanto a montos y de la responsabilidad que recaía en el empleador para revisar semestralmente la bonificación incentivo de los trabajadores del sector privado. Al considerarse la necesidad de incrementar los ingresos de los trabajadores se creó el decreto 37-2001 para que su impacto fuera un beneficio para los trabajadores del país en forma directa, y que constituyera un alivio a su situación económica y ese beneficio se traduzca a la adquisición de bienes y servicios necesarios para elevar su nivel de vida, señalando específicamente la cantidad que deberán pagar los empleadores junto al sueldo mensual devengado, en sustitución de las cifras que estaban contenidas en los decretos anteriores, dejando vigente las demás disposiciones.

Desde su inicio el decreto enfatiza la vocación de superación, de aparejarse a la productividad y la eficiencia de una empresa o de un país no debe tener topes. Los derechos laborales consignados en la ley son mínimos susceptibles de ser superados a través de la negociación individual o colectiva. (2007:316).

La definición de la bonificación incentivo, deducida del análisis antes expuesto es la de una prestación laboral que forma parte del salario pero no lo reemplaza, incrementa el ingreso del trabajador de forma integral, aunque no fuere eficiente, y corresponde a una cantidad fijada por la

ley, la cual esta exenta para el pago de la cuota laboral que corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

La Bonificación Incentivo se le ha nominado de distintas maneras, creándole otras figuras afines, tal y como lo refiere el autor Hernainz Marquez en su libro “Tratado Elemental el Derecho de Trabajo”, en donde enseña el “salario progresivo como sistema”, que constituye una forma mixta de retribución del trabajo, en la cual, junto a la manera pura de salario pueden darse dos modalidades:

La modalidad del salario mínimo con prima al rendimiento, y de conformidad con el resultado de dicha medición, es la prima que recibirá cada trabajador de forma individual, junto con su salario. (1972:390).

Ahora de manera precisa irrumpimos el tema de primas, que son: “un sobresueldo que el trabajador percibe por una producción mayor o mejor que la normal. (Osorio.1972:763).

Continuando con la bonificación incentivo, otra forma de nominar dicha bonificación es el de prima con salario “a destajo” como lo expresa el autor Deveali en su obra “Tratado de derecho del trabajo”, en donde dice que ambos términos son una especie de remuneración por rendimiento. Con base en la proporción en que varia la ganancia del

trabajador en relación con el rendimiento del mismo, permite diferenciar el pago “a destajo” del que tiene premios o primas, en el entendido que el primero varía tomando en cuenta lo que es la eficacia; y en el pago con primas o premios varia en proporción mayor o inferior en distintos niveles. Agrega el autor que en el salario con prima o premio puede diferenciarse perfectamente el salario básico (el cual no puede ser menor al mínimo legal) y la prima o premio que retribuye el rendimiento superior al básico o normal del trabajador. (1971:568).

En Guatemala el concepto de incentivo para algunos patronos, es utilizado para designar cualquier cantidad de dinero eventual, que recibe el personal cuando cumplen ciertas condiciones destinadas; por ejemplo los bonos de productividad que son concedidos por lograr cierto nivel de rendimiento o producción

Siendo claro lo establecido en el artículo 1 del Decreto 78-89, la bonificación incentivo como parte del presente estudio, es un aliciente que promueve la estimulación a la producción ya que basados en el rendimiento y eficiencia de cada trabajador, pues permite que el trabajador pueda adquirir un beneficio proporcional compensando con ello su esfuerzo, independientemente de cualquier aumento salarial.

Es así que el incentivo se convierte entonces, en una compensación agregada al esfuerzo humano físico e intelectual. El pago de la bonificación incentivo procede únicamente en cuanto a que el trabajador debe llegar a ciertos límites o parámetros de calidad, previamente establecidos por el patrono.

Por constituir la bonificación incentivo una cantidad a la que no está sujeta al pago de la cuota laboral, ante el Seguro Social, es un eslabón fácil de ser desnaturalizado por algunos patronos, ya que a través de ella disfrazan la remuneración aumentándola, fingiendo el pago completo de dicho salario, afectando el valor que el trabajador le da a la cantidad que percibió; ya que se le ha descontado una cuota laboral mínima que a un futuro si Dios lo permite el trabajador podrá solicitar ser acogido a uno de los programas que ofrece el Seguro Social y afectándole, pues también afectará el pago de la indemnización a la que tiene por derecho el trabajador.

Simulación contractual del salario

La simulación en el área laboral tiene un enfoque distinto al del área civil, pues en el ramo civil se contemplan los vicios de los elementos en un contrato.

Ahora bien en el contrato de trabajo las formalidades legales no están viciadas, sino mas bien la interpretación a una norma laboral a la que algunos patronos hacen para evadir responsabilidades públicas. La alteración aparente de alzar la bonificación incentivo, da lugar a que al momento de la finalización de la relación laboral, el ex empleado sea perjudicado no gozando en su totalidad la indemnización, porque el patrono le hará creer que la remuneración que percibió fue la declarada ante el Seguro Social y Ministerio de Trabajo y Previsión Social y a futuro lo perjudicará más aun cuando solicite ser acogido a uno de los programas que ofrece el Seguro Social, ya que la cantidad que percibirá será mínima, ya que se simuló la apreciación del salario como parte de la bonificación incentivo la cual no es afecta para el cálculo del pago de la cuota laboral.

Manuel Osorio define la simulación como la alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdaderos de un acto o contrato. La simulación de los actos jurídicos tiene lugar cuando se encubre uno con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas exactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

De esa definición se desprende que se pueden tener dos finalidades: aparentar un acto inexistente u ocultar otro real, a ambos aspectos los recoge la legislación Argentina, al expresar que la simulación es relativa cuando se emplea para dar al acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter; y absoluta, cuando el acto jurídico no tiene nada de real. (2008:889).

Ospina Fernández y Ospina Acosta, citados por el autor Barrera Tapias, definen que la simulación es el concierto entre dos o más personas para fingir ante el público un acto jurídico, en el entendido de que él no producirá entre ellas ningún o algunos de sus efectos, o que los producirá en relación con personas distintas del que concurren a él.

En la simulación se presenta una discordancia entre la voluntad real y la voluntad expresada por los contratantes, y es una figura que solo se puede dar por medio de un acuerdo de voluntad entre los simuladores, en lo que se diferencia de la reserva mental.

Existen tres requisitos para que se dé el simulacro siendo: a) Diferencia intencional entre la voluntad y la declaración pública, que es la que debe primar sobre su declaración, explicando que la discrepancia entre una y otra puede haber sido el resultado de una inadvertencia de las partes, caso en el que se aplicará el principio descrito sin ningún otro efecto colateral, o puede haber sido intencional, esto es que las partes, con

plena conciencia e intención, hayan manifestado motivación distinta de la que realmente tenían. Este es el caso de la simulación, y el primer requisito para que ella se dé: los simuladores no tienen en mente -al menos completamente- la intención de producir los efectos que dicen que quieren hacer que nazcan, según su manifestación de voluntad.

b) El concierto simulatorio, es cuando no puede haber simulación unilateral. En efecto, cuando una persona, sola, manifiesta una voluntad distinta de la realmente querida, existe en realidad una reserva mental y tal vez dolo, si esa manifestación trasciende a terceros.

Para que exista esa falsedad no basta la simple reserva mental, es necesario, además, que los simuladores acuerden engañar a terceros, es decir, que existe un concierto entre ellos con ese propósito, tienen plena conciencia de que con la manifestación de voluntad, los terceros tendrán una falsa noción de la situación jurídica que realmente se oculta tras el negocio fingido. Deja claro que a estas alturas de la vida, ya nadie discute sobre la exigencia de que se dé este requisito como presupuesto para que haya simulación.

c) El fingimiento de una situación irreal ante terceros, es el objeto y el fin específico de la simulación. Más que de engaño, que presupone algo inmoral, debe hablarse es del fingimiento de una situación irreal ante terceros.

En efecto, no necesariamente el simular una situación irreal tiene que resolverse en una situación reprobable moralmente. (2004:88).

El autor nombrado desglosa una clasificación de la simulación en cuatro aspectos importantes como: a) fingir un acto inexistente; b) fingir un acto de naturaleza distinta; c) fingir unas condiciones distintas de aquellas en las que realmente el negocio se celebró; y d) el de aparentar en lo referente a la identidad de las personas de los participantes.

La naturaleza jurídica de la simulación es distinta, según se trate de la absoluta o de la relativa, clasificándola de esta manera a la misma vez. En el caso de la simulación absoluta, refiere a que no hay intención negociadora alguna de los simuladores. En otras palabras la manifestación de voluntad no está encaminada a la producción de ningún efecto jurídico. Es evidente que se está ante un hecho jurídico y no ante un acto jurídico. Y en la relativa, en cambio, sí existe alguna intención negociadora, aunque deformada por la falsa declaración de voluntad realizada por los simuladores. (2004:90).

Los efectos de la simulación que se da entre las partes y respecto de terceros, son: a) los agentes; b) los que figuran representados en él; c) los causahabientes universales de los agentes. Entrando a analizar únicamente los efectos entre las partes, se puede decir que es de los agentes que intervienen en el acto, siendo estos el de las personas que

en él manifiestan la voluntad con el propósito de percibir ellos mismos los efectos jurídicos. Así mismo se desglosa de la simulación respecto de terceros a: los terceros absolutos; b) los asignatarios forzosos; c) el cónyuge; d) los acreedores, analizando únicamente el principal para el estudio del tema que es el de los terceros absolutos que son tales aquellas personas, que son absolutamente ajenas al acto jurídico. (2004:94)

Landelino Franco López, en su libro “El acto simulatorio y el fraude de ley” anota que el fenómeno de la simulación exhibe dos zonas diferenciales: una visible representada por el negocio simulado y otra oculta representada por el acuerdo simulatorio, y que esta concurre, de una parte, a la creación de una apariencia, vale decir de una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por oposición a la realidad que queda oculta, si no para todos, para la mayoría de las personas, y, por otra parte, la situación creada es falsa, inexacta, en cuanto no corresponde a la realidad, que es disimulada. A una situación real que permanece oculta, corresponde una situación aparente y contraria de la realidad. (2008:17).

El referido autor no pasa por alto el tema de fraude en el derecho laboral, pues expone que las normas del derecho del trabajo, son con preferencia de orden público, por trascender esas normas el interés

puramente individual y ser inseparables del interés social. En cuanto a normas de orden público no pueden impedirse sus efectos, es decir, son de carácter forzosos.

Esta rama del derecho tiene en cuenta el interés social y el interés individual conformemente a esto, no en el sentido transpersonalista que suprime la individualidad, sino en el de favorecer la integración de esta última en el conjunto social. Sobre la sanción que provoca la violación de la norma imperativa, se dice que generalmente, la forma específica en que el derecho forzoso resguarda la intangibilidad del equilibrio entre el individuo y la sociedad en este terreno, consiste en la sanción de nulidad. Pero en materia de derecho laboral la nulidad adquiere muchas veces matices especiales. Por ejemplo: mientras en el derecho común la nulidad, por regla general priva de contenido válido al acto, en el derecho laboral suele producir también efectos positivos. El vacío que deja la nulidad se llena automáticamente con las normas objetivas, esto es el proceso de conversión que, por excepción, se da en el derecho civil.

Por consiguiente, si uno de los contratistas no quisiera celebrar un contrato regulado por normas inderogables y complementarias, lleva consigo el cumplimiento forzoso según el derecho objetivo. El fraude a la ley, por adopción arbitraria de una figura contractual distinta de la

laboral, o en cualquier otra forma, implica causas ilícitas o abuso del derecho; por consecuencia, tampoco exime del acatamiento de ley.

Con motivo del denominado principio tutelar, se ha creado un orden público de protección que apunta a subsanar el déficit estructural en que se encuentra el trabajador y que redundaría en un desnivel negocial. La Constitución guatemalteca dispone que se proteja al trabajador y de allí deviene una serie de normas que desarrollan ese principio.

A tal cuenta, se ha dicho que tanto la simulación como el fraude constituyen engaños. El fraude se caracteriza por maniobras más o menos cautas para eludir obligaciones o perjudicar a otros, es tanto como la omisión, con perjuicio de terceros o desconocimiento del derecho ajeno, de una disposición legal o de la cláusula de un convenio. Ejemplos, desde luego poco recomendables, de fraude o simulación en materia laboral, son: la declaración de una edad mayor, para evitar la prohibición del trabajo de los menores o la restricción de ellos; la rebaja de edad, para sustraerse a una jubilación o retiro que no convenga; el otorgamiento de recibos por mayor cantidad (para defraudar al trabajador) o por una suma menor (para defraudar al Fisco, aparentando gastos para disminuir los impuestos); la renuncia insincera que sustituye a un despido (situación que se negocia a veces para omitir la denuncia de actos dolosos del trabajador); la sustitución de una especie

contractual por otra (como al ficción de ser socio un trabajador subordinado, para pagarle menos o ahorrarse el pago de prestaciones laborales o para encubrir la verdadera naturaleza del contrato celebrado); entre tantas otras modalidades que el ingenio discurre para beneficio propio, aunque ilícito, y para ajeno perjuicio.

En caso de descubrirse y probarse el fraude, que suele ser más notorio a la postre, o la simulación, que por su naturaleza tiende a perdurar más, la sanción consiste en la nulidad del acto o en su anulabilidad, según las circunstancias, la restauración automática de las garantías mínimas, reducidas o tergiversadas y en el procedente resarcimiento para los perjudicados, mediante el pago de los daños y perjuicios ocasionados.

Debe entenderse que el carácter de orden público de las leyes laborales torna ineficaz toda transacción que busque consolidar renuncias o limitaciones a los beneficios por ella conferidos, pues esto haría inexistente la funcionalidad de los principios de garantías mínimas e irrenunciabilidad de los derechos laborales que ilustran al Derecho del Trabajo. Por esto, debe tenerse claro que las leyes que tutelan los derechos de los trabajadores se fundamentan en motivos superiores de orden público, que hacen irrenunciables los beneficios emergentes de sus disposiciones, siendo, en consecuencia, nulos y carentes en absoluto de valor legal, aquellos pactos que violen derechos, que la ley ha fijado

como mínimos, aun cuando hayan sido estipulados ante la autoridad administrativa de trabajo.

Así, en relación a la interpretación de las leyes laborales se ha puesto de resalto que el espíritu y la finalidad que dan vida a las leyes del trabajo son, entre otros, los de proteger al trabajador contra posibles abusos patronales, evitar su explotación y proporcionarle un nivel de vida compatible con su condición humana y con los adelantos de la técnica moderna. Es bajo este concepto y desde ese ángulo que deben estudiarse y ser aplicadas las leyes referidas.

El orden público constituye una manifestación del interés general de la sociedad, concretándose en normas protectoras de ese interés, entre las que se encuentra el que tutela el trabajo subordinado. De allí que esas leyes respondan a las ideas de insuperabilidad, inderogabilidad e irrenunciabilidad y desplacen la autonomía de la voluntad de los particulares. La irrenunciabilidad no debe ser entendida con el alcance absoluto que impida al propio beneficiario disponer de su derecho, en forma de soluciones que puedan resultarle convenientes por una serie de motivos, incluso de orden moral, este sería el caso de la operatividad del principio de garantías mínimas, que hace irrenunciables únicamente para los empleados a todos aquellos derechos derivados de las leyes de trabajo, de lo que se infiere que para el empleador, si son renunciables,

pues esto posibilita la negociación individual y colectiva, que permita la inclusión dentro del contrato de trabajo de nuevos y más favorables derecho y prestaciones para el trabajador derivado del trabajo.

De lo anterior, se advierte que las leyes de trabajo deben privilegiar la búsqueda de combatir toda gama de formas de fraude y simulación posibles. Por lo tanto, la protección brindada al trabajador tiene un costo adicional para una de las partes, la fuerte, económicamente hablando. Consecuentemente ésta última estará tentada de buscar la forma de eludir el cumplimiento de las obligaciones que se imponen a favor de la parte contractualmente débil.

Normalmente esta conducta evasiva se hará de dos maneras: a) mediante un apartamiento abierto del orden público, pactando cláusulas distintas a las previstas en la ley; esto plantea el problema de si ese orden público de protección es renunciable, si son válidas las cláusulas menos favorables a las que prevé el texto imperativo, y b) mediante un apartamiento encubierto; en este caso, estamos en presencia de la simulación y el fraude. (2008:207).

Capítulo II

Prohibición de la simulación del salario conforme el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo

Para entrar a conocer el presente tema, tenemos que conocer que es la Organización Internacional del Trabajo y su función.

La Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo, fue fundada en 1919, un año después de terminada la guerra mundial y que al examinarse las causas de la guerra se detecto un gran descontento de las grandes masas de población, motivos que dieron origen a una guerra interna que luego se extendían al roce con otros países; como solución en búsqueda de la paz mundial se imponía la creación de un organismo que velara por el bienestar de los trabajadores, teniendo tres motivos fundamentales, de los cuales el primero era que se eliminaran todos los factores que pudieran conducir a que se repitiera una guerra tan horrible como la que concluyó, con la visión de existencia de trabajos seguros y dignos, porque de esa manera los trabajadores no estarían en disposición de promover conflictos, asegurando en segundo plano la armonía de las naciones vecinas.

El segundo elemento de motivación fue humanitario por el clamor que se exigía al Estado para que interviniera en la esfera privada, hasta en ese entonces e impusiera límites más allá de los cuales no podía pactarse. Como tercer elemento fue el económico, trascendiendo los principios solidarios y humanistas; los dirigentes tomaron en consideración la competencia, pues percibieron que si mejoraban por ley las condiciones de trabajo y otros países no lo hacían, quedaban en desventaja porque su mano de obra iba a ser más cara que la de otros países donde se explotaba a los trabajadores.

Su característica del grupo humanista se expresaba diciendo *“Si todos vamos a competir en un comercio abierto no deben existir países que produzcan en base a salarios ínfimos o circunstancias extremas”*.

Su intención era clara aunque por razones lógicas se le ha tratado de dar un aspecto también humanístico en el sentir de que la negligencia de adoptar un régimen de trabajo humano constituirá un obstáculo para otras naciones que deseen mejorar el destino de los trabajadores en sus países.

La Organización de Naciones Unidas, adoptó a la Organización Internacional del Trabajo, procurando fomentar la justicia social y los derechos humanos desde una perspectiva laboral. Para lograr los fines de la actividad de la OIT se remite a dos formatos normativos: a) los

convenios y b) las recomendaciones, recoge asimismo quejas o denuncias de incumplimiento de leyes laborales en determinado país, mismas que hace públicas a manera de sanción moral pero que en realidad tienen mayor impacto que el mero señalamiento internacional.

Guatemala es uno de los países que más ha sido denunciado por violaciones a la libertad sindical y por otro lado enumera 8 de los convenios ratificados que son relevantes en nuestro país. (Fernández M. 2007:312).

La naturaleza jurídica de la OIT, es un organismo intergubernamental y tiene personalidad jurídica propia y goza de los privilegios e inmunidades necesarios para la obtención de sus fines. Como otros organismos especializados establecidos por decisión intergubernamental, se halla vinculada con la ONU, cuyo Consejo Económico y Social celebró un acuerdo con la OIT el 30 de mayo de 1946, fijando las relaciones entre ambos.

La OIT no tiene carácter de ente supraestatal que puede imponer obligaciones a los Estados Miembros, salvo en la medida en que estos lo hayan consentido voluntariamente al adherirse, aceptando así, ciertas restricciones a su soberanía, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Constitución.

En cuanto a su competencia ocasionó problemas en la primera época y la Corte Internacional Permanente de Justicia expresó su opinión al respecto en cuatro ocasiones entre 1922 y 1932. Los problemas se originaban en ciertas posiciones que interpretaban en forma restrictiva su campo de actuación, tendiendo a excluir a determinadas categorías de personas y materias: trabajo agrícola, medios y métodos de producción, trabajo de personas no asalariadas y trabajadores que no realizaran una tarea de tipo manual. La Corte confirmó la competencia de la Organización en todos estos casos. Posteriormente, con la amplitud de términos en que fue detallada la misión de la OIT en la declaración de Filadelfia, quedaron definitivamente obviados los problemas de su competencia, que abarca el vasto campo de las actividades laborales y de los derechos humanos y sociales relacionados con éstas.

La Organización Internacional del Trabajo cuenta con tres órganos principales: a) la Conferencia Internacional del Trabajo; b) el Consejo de Administración, y c) la Oficina Internacional del Trabajo.

El fin esencial de la Organización Internacional del Trabajo para Marcelo Richter en su obra “Manual de derecho del trabajo” es promover internacionalmente la justicia social, prestar asistencia técnica a los programas de desarrollo económico y social, reunir y difundir toda

la información relativa a los problemas del trabajo, establecer normas de validez y controlar su aplicación y eficacia en todos los países.

Los convenios y las recomendaciones son normas de validez internacional que se adoptan en el seno de OIT.

Los convenios fijan directivas para facilitar la uniformidad de la legislación laboral de los países miembros. Mediante las recomendaciones se busca establecer mecanismos uniformes de validez internacional para llevar a la acción las medidas a adoptar y orientar a los Estado miembros en la preparación de la legislación laboral (Canessa M. 2011:93).

La misión de la Organización Internacional del Trabajo está centrada en cuatro objetivos: -Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales del trabajo. –Crear mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos. – Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos. – Fortalecer el tripartismo y dialogo social.

Podemos decir que su finalidad es buscar que se desarrolle la actividad económica a nivel internacional, adoptando normas que abordan el problema de condiciones de trabajo, pero también en ella están

implícitas las condiciones de velar por los derechos de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Las finalidades a simple vista son difíciles porque el nivel educacional de las personas es bajo y algunas veces no consideran necesario el practicar las normas establecidas para una mejor convivencia social. El promover la elevación del nivel de vida, es garantizar la confianza al ser humano que vale sin importar la circunstancia en la que se encuentra, ya que se le protege.

La Organización Internacional del Trabajo regula normas internacionales de prestación de servicios que orientan con recomendaciones, fijando así condiciones mínimas para la aplicación de derechos laborales, abarcando la abolición a la labor, prestando su auxilio técnico en cuanto a condiciones de trabajo y seguridad social entre otros. Fomenta además el desarrollo de organizaciones autónomas.

Es considerable que en Guatemala los convenios emitidos por la Organización Internacional del Trabajo, no tienen aplicabilidad en el ámbito laboral, pues sus efectos son negativos porque no se han hallado las formas de contrarrestar las burlas que hacen algunos patronos a estas normas específicas como a la del salario, según el convenio 95 de dicha organización.

Se puede decir que el tema de la remuneración es discutible a diario por algunos de los empleadores, porque no se concentran en el monto del salario, sino que nada más quieren ver la carga laboral que soporta la empresa cuando tiene un trabajador en su nómina.

El salario es un componente importante en el coste de fabricación de productos y por eso el empleador se rehúsa en aumentarlo, menos aun cuando no han conseguido elevar los niveles de producción en el lugar de trabajo.

Con la creación de más instituciones del Estado y a favor del trabajador, le preocupa al patrono lo que tiene que pagar en Seguridad Social, pensiones y accidentes laborales, pagos, que se han hecho tan excesivos que los empresarios lo piensan bien antes de aumentar la nómina o bien buscan una salida fácil pero no legal a esta situación a su beneficio, dividiendo el salario y situándolo bajo otros nombres o bonificaciones, lesionando el derecho del trabajador.

El ordenamiento laboral está compuesto principalmente por reglas imperativas que conceden beneficios a los trabajadores. Por ello existe una constante inseguridad que el empleador intente evitar su cumplimiento.

Desde el momento en que el empleador transgreda una de las normas imperativas es inválido, ya que no es posible proceder de ese modo contra disposiciones que resguardan los derechos del trabajador, porque éste es la parte más vulnerable por la necesidad de recibir una compensación para el sostenimiento de su hogar.

El incumplimiento de las normas por parte del empleador puede ser de maneras distintas, como el no pago de prestaciones laborales, el pago incompleto de la remuneración, o como en otros casos pago del salario mínimo con engañosos incrementos los cuales no son incluidos en el sueldo, que es el tema que se está abordando, pues se enfoca en una prestación dineraria.

Recordemos que el salario fue fijado por la mano de obra, calidad efectuada en la elaboración del trabajo y efectividad del tiempo utilizado, por ende no puede ser menor del establecido por autoridad competente y el patrono, a sabiendas de lo anterior es ridículo que no se tome en cuenta el valor de la retribución para las necesidades básicas del empleado, ocultando de los aumentos concedidos al trabajador a través al salario.

El ocultamiento al salario no es más que una aberrante violación al derecho humano y al derecho del trabajo, pues al final de una relación laboral los empleadores no permiten el goce completo de una

indemnización y con ello se van de la mano las prestaciones irrenunciables, ya que para el cálculo de esas prestaciones toman el sueldo mínimo que han hecho creer no solo al trabajador que devengaba, sino también al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Previsión Social ya que no toman en consideración que la retribución y todas las bonificaciones llamadas con el nombre que sea, son partes integrales que han conformado el salario a través de la relación laboral.

El Código de Trabajo contiene principios que protegen los derechos del trabajo, sobresaliendo el de la primacía de la realidad, que opera en situaciones como las siguientes: Si las partes fingen la celebración de un contrato de trabajo y la construcción de una relación laboral, para engañar a terceros y así obtener ventajas indebidas.

Otro punto es cuando los sujetos llaman a su contrato como de servicios profesionales, pese a que en la relación subsiguiente el supuesto comitente ejerce un poder de dirección sobre el aparente locador. También si se celebra un contrato de trabajo de duración determinada, esconde una prestación de servicios por tiempo indefinido. Otro claro ejemplo es cuando se está ante un caso similar si el trabajador figura inscrito en la planilla de una empresa de servicios que no existe para

luego permitir que la empresa usuaria se descargue de responsabilidades.

Por último se tiene también como ejemplo palpable el salario ya sea mínimo o el establecido con cualquier cantidad que sobre pasa este, pero para su incremento se le toma en cuenta dentro de la bonificación incentivo o cualquier otra bonificación nominada con títulos no regulados en ley. Incrementado que ha dado lugar a algunos patronos para evadir responsabilidades públicas legales.

En todos los casos mencionados la justicia laboral debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido.

En la mayoría de los casos ciertamente el trabajador participa en el engaño y se beneficia de él mientras puede, desconociendo que al finalizar la prestación laboral el daño que se ha causado pues no gozará de la totalidad del salario real que devengó durante el periodo laboral.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos vela primordialmente por los derechos inalienables del ser humano, vinculándose a él, el derecho del trabajo, pues esta positivización no puede ser sacada del contexto, o sea, ver al derecho del trabajo protegido del contenido de los derechos humanos, y estos a la vez no

pueden ser comprendidos en su justa extensión, sino son enfocados desde la reflexión del valor de la persona humana.

Toda persona tiene derecho. Sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja, tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario por cualquiera otros medios de protección salarial.

El salario en el contrato de trabajo es esencial, pues es la retribución que ha devengado el trabajador a cambio del uso de su fuerza física o mental y es el resultado del compromiso personal que adquiere el patrono frente al trabajador, por la prestación de servicios que este genera para aquel. Junto al salario está, esa condición al deber de servicio efectivo del trabajador, ya que él ha cumplido labores determinadas por el patrono según el contrato de trabajo. Desde cierto punto de vista la retribución es justa cuando se paga lo que la labor merece y el compromiso moral de cumplir con lo acordado.

La bonificación incentivo que está ligada al salario, conspirando juntos el desarrollo económico del trabajador. Con este pretexto nació la bonificación incentivo, el cual ahora es un tema de discusión en nuestro medio social, pues no se le ha dado la aplicación legal por parte de los patronos.

Según Jorge Canel, en la entrevista publicada vía internet indicó que ha logrado determinar que la mayoría de empresas opta por aumentar la bonificación incentivo y no el salario base, para que las prestaciones laborales sean menores al momento de su cálculo, convirtiendo esto entonces a la bonificación en un derecho simulado. <http://es.scribd.com/doc/93831086/BONIFICACION-INCENTIVO> recuperado 16.07.2013)

Como se ha leído, el salario es la retribución y la bonificación la complementación por ser la mejora de ser productivo el trabajador, debiendo cederse la bonificación incentivo aunque el trabajador no sea productivo.

Los principios protectores al trabajo son severos cuando se ha esclarecido que el patrono hace un daño investido de simulación al salario del empleado, y para ello se tiene una visión particular de la aplicación de normas que favorecen al final al trabajador de lo que se puede expresar que en el transcurso del estudio del derecho se estudia un orden Jerárquico de las leyes y conforme la teoría de “Kelsen” desglosando los temas que presiden la jerarquía constitucional.

Para ello iniciamos con el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala que establece ser uno de los principios fundamentales de Supremacía Constitucional que involucra que en la

cima del ordenamiento jurídico esta la Constitución y respaldado por el artículo 175 de la Constitución que da igual sentido a la supremacía o superlegalidad constitucional y como ley suprema es aplicable para gobernantes y gobernados.

Sobre lo anterior tenemos el artículo 46 del mismo cuerpo legal que establece la Preeminencia del Derecho Internacional, ese artículo le concede esa preeminencia a los convenios internacionales.

Según fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad se debe entender que la Constitución no es derecho interno ya que ese derecho se refiere a las normas ordinarias o las individualizadas.

Reconocidos los artículos 44, 46, 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala y las variantes que también reconoce el artículo 46 de la carta magna, se ha establecido que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno como: la Constitución Política de la República de Guatemala; los tratados internacionales de otras materias que han sido ratificados; las leyes y sus reglamentaciones; los pactos colectivos de condiciones de trabajo; los laudos arbitrales voluntarios y los usos y costumbres. Por otro lado podemos nombrar el artículo 204 de la Constitución, que regula que los Tribunales de Justicia en toda

resolución o sentencia deben observar el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado.

Ahora bien para no entrar en conflicto con lo anterior la Corte de Constitucionalidad remarca que la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad. Por consiguiente, en lo referente a este punto debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República de Guatemala. (Gaceta No. 43, expediente n°.131-95.47, sentencia 12-03-97).

Por lo anterior no se debe dejar afuera del entorno de este estudio al artículo privilegiado que va inherente al ser humano y que en el derecho de trabajo le es aplicable, siendo este el artículo 106 de la Constitución, que contiene inmiscuido el principio *Induvio Pro Operario* que al aplicar las normas en materia laboral se debe favorecer al trabajador. Puede darse el caso de que las reglas jerárquicamente inferiores predominen o prevalezcan respecto a otras superiores, por imperio del principio de la norma más favorable al trabajador y con la salvedad de las normas de orden público que nunca pueden verse fuera.

Del contenido ya expresado se debe respetar cada ley o decreto firme en beneficio del trabajador, pero se ha dado la modalidad de disfrazar ese respeto simulando el contrato de trabajo o del salario que percibe el empleado.

Con base a lo expuesto se considera importante acoplar la idea de la protección del salario que nos proporciona, pues según su criterio es la fuente de subsistencia para el trabajador y su familia. La retribución es rodeada de una serie de medidas protectoras para que pueda ser disfrutada a cabalidad y entre ellas menciona: a) Su pago debe de hacerse en moneda de curso legal, prohibiéndose pagar con mercadería, vales, fichas, cupones o cualquier otro sustitutivo de moneda; b) La retribución convenida no puede ser inferior al salario mínimo de la actividad respectiva; c) El pago debe ser periódico, no mayor de una quincena para trabajadores manuales ni de un mes para trabajadores intelectuales; d) el pago debe hacerse de forma completa en el lugar, día y hora convenidos, prohibiéndose hacerlo en lugares de recreo; e) Es inembargable desde su totalidad, los salarios mínimos y los que no excedan de treinta quetzales al mes, hasta una escala de que llega al 35% embargable, en sueldos de trescientos quetzales mensuales o más, regulándose como única excepción cuando se trata de alimentos, que el porcentaje embargable sube al 50%; f) Son inembargables los

instrumentos, herramientas o útiles del trabajador indispensables para ejercer su profesión u oficio.

El autor nombrado sigue la doctrina recogida en el artículo 103 del Código de Trabajo, definiendo el salario mínimo como aquel a que tiene derecho todo trabajador para cubrir sus necesidades normales de orden material, moral y cultural que le permitan satisfacer sus deberes como jefe de la familia.

Indica además, que para determinar el pago nuestra ley exige que se atienda no sólo a las necesidades del trabajador, sino también atendiendo a las particulares posibilidades de la empresa, a las condiciones de la región, a la clase de trabajo y a la conveniencia de fomentar la productividad, -salario mínimo profesional-, por lo que agrega que comparte la opinión de Hernández Cardona, cuando menciona que el concepto de salario mínimo que trae nuestra ley, participa de la remuneración mínima vital que debe garantizar a todo trabajador guatemalteco y del pago mínimo profesional que varía de una región y de una profesión a otra, así como también que no sólo se atiende a la función económica sino a la función social que cumple el sueldo mínimo al tomar en cuenta las necesidades culturales, morales y familiares del trabajador. (2007:53).

No obstante a la finalidad de la retribución y la protección a ese derecho, la bonificación incentivo esta reglada por la cantidad de doscientos cincuenta quetzales que debe ser sumada al cálculo de prestaciones laborales, por lo que también su incremento si forma parte integral del salario, esa viabilidad está regulada en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo.

En el pago de las prestaciones laborales es el momento en donde se percatan los trabajadores que lo que habían devengado de forma mensual era el salario mínimo, es más los empleadores a su beneficio hasta les recuerdan que era lo reportado en las planillas presentadas ante el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y Ministerio de Trabajo en el informe anual, vedando el derecho a estos trabajadores primero en el gozo del pago real, limitándolos a una economía baja, a que pueda sufragar gastos adquiridos y restringiéndoles oportunamente, una cuota de pensión por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social más amplia.

Los derechos laborales no pueden contener límites ya que estos pueden susceptibles a ser superados en una negociación.

Es esencial conocer el inicio de la Organización Internacional del Trabajo –OIT- y de igual manera el de la bonificación incentivo, el objeto de ambas y la importancia del salario, ya que su relación incluye

en todos los aspectos los derechos del hombre, partiendo de lo que es el trabajo. Es notable también conocer la preeminencia de determinada ley más favorable al trabajador y para ello Rolando Echeverría Morataya nos explica de las disposiciones del primer párrafo del artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala, enfocándose en esa norma y excluyendo así la aplicación de aquellas que puedan perjudicarlo, relacionando que en 1989 se produjo en Guatemala la promulgación del Decreto 78-89 del Congreso de la República, mediante el cual se creó la bonificación incentivo a favor de los trabajadores, cuyo objeto era incentivar la producción, la que vino a llamarse “Bonificación Incentivo”, la regulación de esta bonificación tiene la peculiaridad de establecer que no se computará para el pago de indemnización, lo que en un principio sucedió, pero luego los abogados de los trabajadores establecieron que dicha disposición contravenía el artículo 1 del Convenio Internacional del Trabajo número 95, e hicieron valer este último. Actualmente no existe duda entre las autoridades de trabajo, que la disposición de no computar la bonificación incentivo para el cálculo de indemnización debe tenerse por no puesta, con ello se ha aplicado la disposición más favorable y se ha excluido una disposición desfavorable, aún cuando está vigente. (2009:69).

Pese a que el sector justicia lucha a diario contra los reglamentos que regulan bonificaciones por cualquier índole que otorgan al trabajador y que no son incluidas en el salario al momento de reclamar las prestaciones laborales, algunos patronos particulares, sociedades anónimas e Instituciones que pertenecen al mismo Estado de Guatemala no dejan de caer en el mismo error, de nominar con otros nombres a las bonificaciones y no las incluyen al salario para el cálculo de prestaciones irrenunciables.

Del transcurso de la relación laboral, si se estableció la simulación en incrementar la bonificación incentivo y no aplicar ese incremento al pago mínimo, se debe aplicar un castigo por no cancelar al momento de indemnizar al trabajador esa bonificación que forma parte del salario, pues no se puede evadir que en Guatemala se vive una pobreza tal y encima de ello existen diferencias sociales obstruidas por la remuneración que no equilibra la situación económica.

Aunque año con año se incrementa el salario mínimo, modificados con cantidades divertidas, esto no ayuda al costo de vida diario, por ello es elemental velar por el cumplimiento de las garantías laborales que protegen al trabajador observando lo dispuesto en los tratados internacionales.

Es menester traer a relucir dentro del presente tema los expedientes acumulados 580-2003, 613-2003 y 649-2003 resueltos por la Corte de Constitucionalidad que se tuvieron a la vista para dictar sentencia, la acción de inconstitucionalidad general parcial del artículo 4° del Reglamento sobre Recaudación de Contribuciones al Régimen de Seguridad Social dictada por la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, mediante Acuerdo número 1118 de treinta de enero de dos mil tres, que fuera aprobado por Acuerdo Gubernativo número 85-2003 de doce de marzo de dos mil tres, la cual fue promovida por el Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras –CACIF-, quienes expusieron que el artículo 4° del indicado reglamento es inconstitucional en la frase contenida en el segundo párrafo que dice: “...*hasta por la cantidad que fije la ley.*”, porque contradice normas de la Constitución al modificar una disposición contenida en la Ley de Bonificación Incentivo para Trabajadores del Sector Privado, colisión que explica así: 1) el Congreso de la República emitió el Decreto 78-89 por el cual emitió la Ley de Bonificación Incentivo para Trabajadores del Sector Privado y estableciendo en el primero de sus artículos el objeto de dicha prestación sería estimular y aumentar la productividad y la eficiencia de los empleados, estableciendo un monto que, conforme el artículo 2, sería convenido en las empresas de mutuo acuerdo y en forma global

con los trabajadores y de acuerdo con los sistemas de productividad y eficiencia que se establecieran. 2) Dentro de las cualidades y beneficios que se le atribuyeron es que no estaría sujeta ni afecta al pago de las cuotas patronales ni laborales del IGSS, IRTRA e INTECAP, salvo que patronos y trabajadores acordaran pagar dichas cuotas. 3)..., 4)..., 5)..., 6) El Reglamento impugnado, en el segundo párrafo del artículo 4° dispuso que *“El cálculo de las referidas cuotas recaerá sobre el salario total del trabajador. Se entiende por tal, a la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la ley y debida por un empleador a un trabajador, en virtud de un contrato o relación laboral, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. Se exceptúan los pagos que se hagan a la terminación del contrato o relación de trabajo en concepto de indemnización y compensación de vacaciones en dinero, el aguinaldo que se paga anualmente a los trabajadores, así como la bonificación incentivo hasta por la cantidad que fije la ley...”*. 7) La disposición reglamentaria citada adolece de vicio de inconstitucionalidad al no ajustarse a lo previsto en los artículos 157, 171 inciso a) y 175 de la Constitución Política de la República, porque, el Decreto 78-89 y sus modificaciones, todos del Congreso de la República al contener y desarrollar la Ley de Bonificación Incentivo,

constituyen leyes emitidas por el Organismo Legislativo, lo que trae como consecuencia que las disposiciones en tales leyes, únicamente puedan ser modificadas o reformada por dicho poder del Estado.

Estas disposiciones constitucionales no fueron observadas en la emisión y aprobación de la disposición reglamentaria que motiva esta acción, ya que por medio del Acuerdo de mérito se modifica la Ley de Bonificación Incentivo desarrollada originalmente mediante el Decreto 78-89 del Congreso de la República, en especial por el artículo 2° de la misma, al disponer que únicamente está exento de pago a las contribuciones del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social la bonificación incentivo hasta por la cantidad fijada por la ley, lo que contraviene el artículo 171 inciso a) de la Constitución Política de la República puesto que ésta función de modificar las leyes está asignada exclusivamente al Organismo Legislativo y no a la Junta Directiva del IGSS ni al Presidente de la República.

En el POR TANTO la Corte de Constitucionalidad con base en lo considerado y leyes citadas declaro: **I) Inconstitucional** la frase: “así como la bonificación incentivo hasta por la cantidad que fija la ley” contenida en el artículo 4° del Reglamento sobre Recaudación de Contribuciones al Régimen de Seguridad Social emitido por la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, mediante

Acuerdo ciento dieciocho de treinta de enero de dos mil tres, que fuera aprobado por Acuerdo Gubernativo Número 85-2003 de doce de marzo de dos mil tres.

En lo concerniente a los puntos medulares de la sentencia anteriormente referida podemos decir que para el pago del salario mensual devengado se debe excluir únicamente la cantidad de doscientos cincuenta quetzales la cual no está afecta a la cuota laboral IGSS y IRTRA E INTECAP, pero para el cálculo de prestaciones conocidas como irrenunciables e indemnización se toma como base el pago completo incluida la bonificación incentivo y otras bonificaciones que haya obtenido el trabajador.

Por otro lado dentro del juicio ordinario laboral número 01173-2013-03501 que se tramita en el Juzgado Décimo de Trabajo y Previsión Social, existe un documento extendido por la parte patronal con fecha diecinueve de febrero del año dos mil trece, que hace referencia que el trabajador labora para la entidad desde el 01 de mayo de mil novecientos noventa y ocho, que devenga un salario base mensual de seis mil ciento setenta quetzales y una bonificación incentivo de mensual de treinta y tres mil ciento sesenta y cinco quetzales. En la parte expositiva del memorial de demanda el trabajador refirió que fue despedido de forma directa e injustificada.

Se puede apreciar solo con esa pequeña estrofa del juicio citado la mala aplicación de la bonificación incentivo por parte de algunos patronos, y que estos no le dan al salario su valor exacto tal y como está contenido en el convenio internacional número 95 y que esta ratificado por Guatemala, que tiene el privilegio Constitucional por su preeminencia sobre el derecho interno, ya que se trata de una norma que protege el derecho humano, según el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

De dicho juicio no se puede obviar el tiempo en que duro la relación laboral y del cual para el cálculo del pago de la indemnización del trabajador, se debe tomar en cuenta su pago promedio mensual sumándole la bonificación incentivo, para aplicar de manera exacta el concepto del salario.

Es necesario que los patronos examinen y valoren la importancia del salario para el trabajador en el sostenimiento de su familia y alimentación; que los mismos reconozcan las responsabilidades que adquieren ante entidades públicas como el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

El Ministerio de Trabajo y Previsión Social conjuntamente con el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, deben registrar esas bases salariales ya que los trabajadores no perciben un diferencial al momento

de la finalización de la relación laboral y este diferencial no les es tomado en cuenta al cancelar la cuota laboral ante el Seguro Social; aportaciones que en el futuro le servirán de mucho al derechohabiente (trabajador), por muy poco que este haya de percibir oportunamente.

El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social con esos ingresos puede afianzar su desarrollo administrativo y prestación de servicios médicos, beneficiándonos todos de las buenas prácticas de aplicación al salario. Lo innegable es que al tomar una medida fuerte por parte de esas Instituciones, se contrarrestaría esa simulación de la retribución que aplican ciertas entidades privadas y públicas, protegiendo así el derecho del trabajador en su pago. El ver reflejada la remuneración real es un beneficio para todos los trabajadores, aunque estos en su mayoría aceptan la simulación del salario por la necesidad de percibirlo de manera honrada.

Conclusiones

En Guatemala no se cumple con el respeto al derecho del trabajo, pues en él está inmerso el salario y es una burla el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo tanto para el sector patronal privado como para el Estado de Guatemala.

Los patronos deben cumplir con los compromisos adquiridos según el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo otorgándolo el salario sin otras nominaciones para evadir las responsabilidades públicas.

Es indispensable que se practiquen las disposiciones contenidas en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, por parte del gobierno y empleadores privados, ya que esa simulación del salario por parte de los sectores nombrados resta credibilidad moral para el cobro de impuestos.

Es palpable a través de casos específicos judiciales la mala interpretación del salario, por parte de algunos patronos incrementándolo a través de la bonificación incentivo.

Referencias

Libros

Barrera Tapias, Carlos Darío. (2004). *Las obligaciones en el derecho moderno*. Bogotá, D.C.: Editorial Nomos, Sociedad Anónima.

Cabanellas, Guillermo y Alcala Zamora, Luis. (1982). *Tratado de política laboral y social*. Argentina: Editorial Heliasta.

Canessa Montejo, Miguel F. (2ªed.). (2011). *Manual del derecho del trabajo*, (I tomo). Guatemala: Serviprensa.

Deveali, Mario L. (1971). *Tratado de derecho del trabajo*. (2ªed). Buenos Aires, Argentina: Editorial e impresora.

Echeverría Morataya, Rolando. (2009). *Derecho del trabajo I*. (4ªed.). Guatemala: talleres Formatec.

Fernández Molina, Luis. (2007). *Derecho laboral guatemalteco*. (2ªed.). Guatemala: Inversiones educativas/IUS-ediciones.

Franco López, César Landelino. (2007). *Derecho sustantivo individual del trabajo*. (2ªed.). Guatemala: Editorial estudiantil Fenix.

Franco López, César Landelino. (2008). *El acto simulatorio y el fraude de ley*. (1ªed.). Guatemala: Editorial estudiantil Fenix.

Hernainz Marquez, Miguel. (1972). *Tratado elemental del derecho del trabajo*. (11ªed.). Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos. Editorial gráficas Hergon, S.L.

Laje, Eduardo J.; Nieto Blanc, Ernesto E.; Yungano, Arturo Ricardo. y Sánchez Urite, Ernesto A. (1981). *Curso de derecho civil: obligaciones, contratos, sucesiones*. Buenos Aires: Macchi.

López Larrave, Mario. (2007). *Síntesis del derecho de trabajo guatemalteco*. (2ªed.). Guatemala: Inversiones Educativas/IUS-ediciones.

Osorio, Manuel. (2008). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. (31ªed.). Buenos Aires: Heliasta.

Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad. Guatemala: Talleres gráficos de impresos.

Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo

Decreto 1441 Código de Trabajo

Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala (Ley del Organismo Judicial)

Decretos 78-89 y 37-2001 del Congreso de la República de Guatemala (Bonificación Incentivo)

Decreto 17-2002 Reformada por el artículo 8 de la ley de Libre Negociación de Divisas.

Acuerdo 1270 Reglamento sobre recaudación de contribuciones al Régimen de Seguridad Social del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Referencias electrónicas

Ley de igualdad salarial y discriminación en la compensación. Periódico, E. (7 de 8 de 2012). TCB buscaría financiamiento local. *El Periódico*, pág. Electrónica <http://www.eeoc.gov/spanish/types/epa.html>
16/07/2013 17:36:08 a.m

Entrevista del Licenciado Jorge Canel.
<http://es.scribd.com/doc/93831086/BONIFICACION-INCENTIVO>
16/07/2013 20:14:55 a.m