

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización de Competencias y
Cierre Académico



**Simulación e incumplimiento del contrato en
la docencia privada**
-Tesis de Licenciatura-

María del Rosario Calderón Parada

Guatemala, julio 2019

**Simulación e incumplimiento del contrato en
la docencia privada**

-Tesis de Licenciatura-

María del Rosario Calderón Parada

Guatemala, julio 2019

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

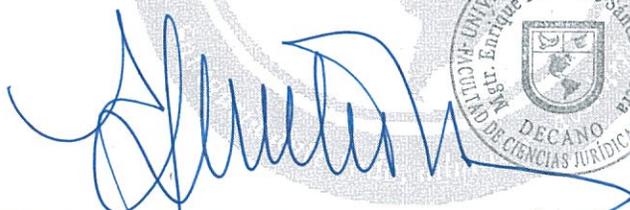
Coordinador de Postgrados y

Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dos de octubre de dos mil dieciocho. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **SIMULACIÓN E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA DOCENCIA PRIVADA**, presentado por **MARÍA DEL ROSARIO CALDERÓN PARADA**, 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 al **M. Sc. ERICK ESTUARDO WONG CASTAÑEDA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA DEL ROSARIO CALDERÓN PARADA**
Título de la tesis: **SIMULACIÓN E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA DOCENCIA PRIVADA**

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, 29 de marzo de 2019.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



M.Sc. ERICK ESTUARDO WONG CASTAÑEDA
Tutor de Tesis



c.c. Archivo

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, dos de octubre de dos mil dieciocho. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **SIMULACIÓN E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA DOCENCIA PRIVADA**, presentado por **MARÍA DEL ROSARIO CALDERÓN PARADA**, 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 a la **M.A. HILDA MARINA GIRÓN PINALES**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



MGTR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

c.c. Archivo

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: MARÍA DEL ROSARIO CALDERÓN PARADA
Título de la tesis: SIMULACIÓN E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA DOCENCIA PRIVADA

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, 11 de abril de 2019.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



M.A. HILDA MARINA GIRÓN PINALES
Revisor Metodológico de Tesis



c.c. Archivo

ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARÍA DEL ROSARIO CALDERÓN PARADA**
Título de la tesis: **SIMULACIÓN E INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO EN LA DOCENCIA PRIVADA**

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 (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

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

Guatemala, 05 de julio de 2019.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

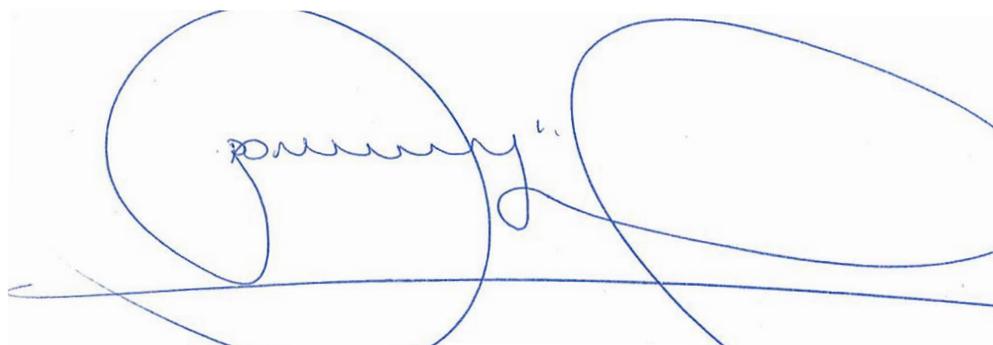


En la ciudad de Guatemala, el día cuatro de julio del año dos mil diecinueve, siendo las catorce horas en punto, yo, **Dieter Orlando Gudiel Ortiz**, Notario me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por **MARÍA DEL ROSARIO CALDERÓN PARADA**, de cuarenta y dos años de edad, soltera, guatemalteca, maestra de educación primaria urbana, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI) con Código Único de Identificación (CUI) dos mil seiscientos treinta y dos espacio cincuenta mil novecientos sesenta y dos espacio un mil ochocientos uno, extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA: MARÍA DEL ROSARIO CALDERÓN PARADA**, Manifiesta, bajo solemne juramento de Ley y advertida de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento la requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: "**Simulación e incumplimiento del contrato en la docencia privada**"; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autora del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y firmo, a la cual

le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie AN y número quinientos ochenta y tres mil novecientos noventa y ocho, y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número cinco millones ciento treinta y siete mil ciento sesenta y cuatro. Leo lo escrito al requirente, quien enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f-) 

ANTE MÍ:



Lic. Dieter Orlando Gudiel Ortiz
Abogado y Notario



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

DEDICATORIA/ AGRADECIMIENTOS

Agradezco profundamente a Dios, quien fue el único que estuvo a mi lado durante todo este proceso, e iluminó mi camino.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Derecho del Trabajo en Guatemala	1
El contrato	12
Contrato de prestación de servicios profesionales	27
La simulación	36
Implicaciones laborales y jurídicas en el caso de simulación de contrato en la docencia privada	47
Conclusiones	59
Referencias	61

Resumen

En la sociedad guatemalteca han existido diversos temas los cuales han merecido ser objeto de investigación con el ánimo de preparar a las futuras generaciones en el ámbito del derecho laboral; y uno de esos temas que ha interesado es el relativo a los contratos, que es tan amplio, y que ha sido objeto de la presente investigación.

En Guatemala han existido diferentes formas de contratación laboral las cuales han sido regularizadas y esquematizadas ya que la legislación vigente ha sido muy versátil; sin embargo, esta versatilidad es la que ha permitido a través de la simulación de contratos laborales y en especial en el campo de la docencia del sector privado, favorecer la violación de los derechos del docente, causando como finalidad la pérdida económica del trabajador.

Ha quedado demostrado que la simulación a través de modelos de contratación distintos al contrato laboral establecido en el Código de Trabajo, se ha ido constituyendo paulatinamente en una forma utilizada reiteradamente por la parte patronal para evadir con sus responsabilidades, de forma tal que actualmente es común dicha práctica.

Como resultado de la presente investigación, se llega a la conclusión de que lo que se está dando es una simulación en la contratación docente, debido a que lo que existe es una relación laboral. Se propone, la creación de la unidad de atención al trabajador docente de las instituciones privadas, con el fin de que se le atienda no solamente como trabajador, sino de una forma integral, a manera de luchar por su dignificación, la cual se traduciría como una mejora sustancial para todo el sistema educativo, como aporte a la presente investigación, se constituye un documento de consulta para los profesionales del Derecho, a la Universidad Panamericana y a los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia.

Palabras clave:

Simulación. Incumplimiento. Contrato. Docencia. Privada.

Introducción

El presente trabajo tendrá como tema de investigación el análisis de la simulación e incumplimiento del contrato laboral en la docencia privada. Como flagelo que afecta no solamente la economía del trabajador docente sino también el rendimiento académico de los docentes y alumnos ya, que por necesidad de una mejora económica se ven obligados a buscar nuevas oportunidades de trabajo para poder salir adelante en sus obligaciones familiares y económicas.

En cuanto el método de investigación se utilizará el de análisis y síntesis, ya que se estarán extrayendo los principales conceptos que forman el contrato de trabajo, el contrato de servicios profesionales y la relación docente, a efecto de llegar a conclusiones válidas.

Como contenido se desarrollarán el derecho de trabajo en Guatemala, en donde se hará énfasis de sus principios ideológicos y el lugar que guarda en este país. También se desarrollará lo relativo al contrato, en donde se pasará de lo general a lo particular, estudiando específicamente el contraste entre el contrato laboral y el de servicios profesionales.

Otro tema que se desarrollará es el relativo al contrato de prestación de servicios profesionales; allí se analizarán sus principales elementos y características. Se dedicará un título para el estudio de la simulación como concepto del derecho y los tipos de simulación existentes y como se configura la simulación en la contratación docente. El último título se dedicará a la enunciación de las principales implicaciones laborales y jurídicas en el caso de la simulación del contrato en la docencia privada. A su vez, se dará el aporte fruto de la investigación realizada, en cuanto a que se debe crear una inspección del trabajo dedicada al docente.

El Derecho del Trabajo en Guatemala

Como punto de partida fundamental en la presente investigación, se debe establecer apropiadamente lo relativo a la existencia y naturaleza jurídica del derecho del trabajo, no solo a nivel general; sino también, como una rama del derecho establecida en Guatemala. En ese sentido, en Guatemala el derecho del trabajo ha pasado por varios estamentos, los cuales han llegado a configurar lo que es actualmente esta rama del derecho en este país. Es decir que, el derecho del trabajo en Guatemala, ha sufrido una serie de transformaciones muy importantes; pero, esa serie de transformaciones comienzan con la revolución de octubre de 1944.

Para algunos estudiosos, el derecho del trabajo guatemalteco nace con dicho evento histórico, ya que es a partir del enunciado cambio socio político en Guatemala que se reconocen los derechos del trabajador, así como los beneficios sociales para la clase obrera. Ahora bien, el primer resultado material de la revolución de octubre, en cuanto al derecho del trabajo, fue el primer Código de Trabajo, el cual entró en vigencia el 1 de mayo de 1947, y que fue aprobado como Decreto Legislativo número 330, durante el gobierno del Doctor Juan José Arévalo.

El primer Código de Trabajo, como parte del movimiento que derrocó a Jacobo Arbenz en 1955; fue posteriormente modificado en el año 1961, y prácticamente tomó su lugar, como el Decreto 1441, y que se ha mantenido vigente hasta la fecha. Para el derecho del trabajo guatemalteco, el Decreto Legislativo 330, tiene suma importancia, ya que se constituye en el primer hito histórico, mediante el cual las relaciones laborales, son objeto de una legislación especial; y ya no se ve como parte de la típica contratación civil común; y como tal, con intervención estatal necesaria para equilibrar la desigualdad económica entre el patrono y su capital versus el trabajador y su fuerza de trabajo.

Teniendo lo anteriormente indicado como telón de fondo, es procedente abordar lo relativo a lo que es el derecho del trabajo, en su sentido jurídico más amplio, y, así, proceder con el análisis de cómo se ha aplicado en Guatemala dicha rama del derecho.

Así pues, en primer lugar, para Ossorio el Derecho del Trabajo es:

... es, en la minuciosa definición de Cabanellas, el que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente. (1999: Pág. 321)

En ese sentido, para Ossorio, utilizando como base fundamental lo analizado por Cabanellas, tiene como principal objeto la regulación de las relaciones jurídicas que nacen como resultado de la contratación

laboral. Sin embargo, existen varios criterios para definir apropiadamente lo que es el derecho del trabajo, dependiendo del punto de vista por sobre el cual se esté analizando. Por lo menos, existen dos criterios, los cuales son

Criterio del contrato de trabajo

Según el Diccionario Consultor Jurídico Digital de Honduras, este criterio se sostiene en:

... el derecho laboral es el que rige el contrato de trabajo y sus consecuencias mediatas e inmediatas. A su vez, contrato individual de trabajo es aquel en virtud del cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra, para trabajar bajo la dirección de ésta, a cambio de una remuneración. Es, por ejemplo, el que celebra el obrero con el empleador, cuando se dispone a trabajar en una fábrica o taller, estableciendo el salario, trabajo a realizar, condiciones del mismo... (2005: Pág. 564)

Según este criterio, el derecho laboral, o de trabajo, gravita en torno al contrato de trabajo, o, en el caso de la existencia de sindicatos, en torno al pacto colectivo de condiciones de trabajo. En Guatemala se hace énfasis en esta categoría, es decir, en el contrato laboral; y, a las condiciones pactadas en el pacto colectivo de condiciones de trabajo; aunque, también se toman en cuenta otro tipo de condiciones y elementos, tales como los Convenios Internacionales de la materia.

Criterio del trabajo dependiente o subordinado

El segundo criterio, se centra en la realidad de la prestación, por sobre el instrumento que pacta la prestación, atendiendo a las normas y principios que regulan la relación laboral.

Pérez, lo define como:

...el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el estado, a los efectos de la protección y tutela del trabajo ... el trabajo regido por el derecho laboral no es del todo el trabajo, entendido este en el sentido económico; efectivamente, el concepto económico de trabajo es mucho más amplio que el jurídico labora ... (2005: Pág. 564)

Bajo la perspectiva del criterio relacionado, se podría indicar que, en Guatemala, prevalece el segundo criterio, es decir, el de trabajo dependiente o subordinado. Esto se debe, especialmente a que, la relación laboral, se perfecciona desde el mismo instante en que la relación se inicia, más allá de la contratación que se celebre.

Definición del Derecho del Trabajo en Guatemala

Siendo que el derecho de trabajo, como rama del derecho es la que regula las relaciones obrero – patronales, pero bajo la tutela de las leyes laborales y del Estado. En ese sentido, las mismas autoridades gubernamentales, en función de esa misma labor tutelar, se ha encargado de definir el derecho del trabajo de Guatemala. El hecho de definir por el

mismo Estado, el derecho del trabajo, significa mucho, ya que habla de la importancia que le da. Así pues, el sitio del Organismo Judicial, le define como:

Es una rama del derecho público, a través de la cual se estudia un conjunto de principios y normas jurídicas, que regulan las relaciones, derechos y obligaciones entre trabajadores y patronos, y crea instituciones para resolver sus conflictos. Es eminentemente tutelar del Trabajador, constituye un mínimo de garantías sociales, es necesario e imperativo, es realista y objetivo.
http://ww2.oj.gob.gt/estadisticalaboral/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=512 Recuperado el 24.11.2018

El derecho del trabajo guatemalteco, reúne características propias, tales como la tutelaridad y, por, sobre todo, reconoce la lucha existente entre la parte obrera o trabadora, y, la parte patronal, la cual, por naturaleza, es económica y materialmente, mucho más fuerte que el trabajador. Razón por la cual, el Estado, a través de normas e instituciones, interviene, a efecto de que, dicha diferencia de capacidad y poder, pueda ser compensada de alguna manera, buscando la armonía entre ambas partes.

Es por esa razón que, las normas de trabajo se categorizan como de orden público e imperativas, ya que, en la búsqueda del bien común consagrado constitucionalmente; es necesaria la intervención y mediación del Estado, a efecto de consolidar una sociedad que, económicamente sea lo más equilibrada posible, sin necesidad de entrar en conflictos sociales e ideológicos innecesarios.

Naturaleza del Derecho del Trabajo en Guatemala

El Derecho del Trabajo, es eminentemente una rama del derecho público. Tradicionalmente, se ha dividido el derecho en dos grandes ramas; la primera, como derecho público, y, la segunda, como derecho privado. Dentro de esa gran y principal división, dentro del derecho público, se han albergado, las ramas del derecho constitucional, el derecho penal, el derecho administrativo, así como el derecho del trabajo, entre otras. Pero, la característica principal del derecho del trabajo, que lo hace distinto a otras ramas del mismo derecho público, como el constitucional y el administrativo; es la tutelaridad que ejerce el Estado en favor de los trabajadores, en función de la evidente desigualdad que existe entre el poder del empresario y/o patrono con el empleado o trabajador.

Dentro de la sistemática del derecho moderno, se considera el derecho del trabajo, y, el derecho al trabajo, que, por definición son distintos; como parte de los derechos humanos. La naturaleza del derecho del trabajo en Guatemala, se circunscribe a la esfera del derecho público.

Principios ideológicos del Derecho del Trabajo

Cuando se está refiriendo a los principios ideológicos del derecho del trabajo, se hace relación directa a aquellos elementos y fundamentaciones sobre las cuales descansa su naturaleza y doctrinas.

Cabe destacar en este sentido que, de hecho, existen variados principios y fundamentos al respecto; y que, dependerá de la visión o ideología del expositor, la que se elija.

Según Spector, la sinopsis histórica, del derecho laboral es:

El derecho laboral es el resultado de la acción política y social del movimiento de la clase obrera. Mientras este movimiento comenzó sus primeras revueltas en la Europa del siglo diecisiete, recién fue capaz de organizarse como tal en el siglo diecinueve cuando las antiguas leyes que prohibían las asociaciones fueron derogadas. Durante este período, ideólogos socialistas aportaron el sustrato intelectual para que el movimiento pudiera florecer. Así, en Inglaterra, Robert Owen inspiró la base para el *Grand National Consolidated Trades Union* en 1834, Ferdinand Lasalle fundó la *General German Worker's Union* en 1863, y en el año que siguió Karl Marx fue el actor principal en la creación de la *International Working Men's Association*, generalmente denominada *First International*. Los gobiernos concedieron tanto reformas democráticas como de derecho laboral ante la presión que generaban los levantamientos, y hacia el final del siglo, cuando los partidos de la clase obrera y los sindicatos consolidaron su poder, la legislación laboral e industrial representaban un rasgo esencial del derecho europeo... El surgimiento del derecho laboral americano también fue influenciado por ideas socialistas... (2015: Pág. 2641)

Es innegable el carácter socialista del origen del derecho laboral. Ahora bien, eso no significa en modo alguno que el derecho laboral debe ser decididamente un derecho socialista o de izquierda, aunque muchos lo pretendan ver de ese modo. Si bien es cierto, el origen de este derecho, con personalidades como Karl Marx, reconocido defensor y creador de las ideas comunistas; el elemento realista, que como se verá más adelante, toma en consideración elementos que van más allá de la ideología partidaria; por lo que, en última instancia, el derecho del trabajo se constituye no en un derecho de lucha de clases, sino, en un

derecho que vela por la dignificación del trabajador, y, así evitar, el abuso de poder que deviene del capital.

Con ese trasfondo histórico relacionado, se puede indicar que, los principios ideológicos del derecho del trabajo según el Código de Trabajo, son:

Tutelaridad

El cual quiere decir que las leyes laborales tratan de proteger al trabajador, como modo de compensar la desigualdad económica entre el patrono y el trabajador. Este principio se encuentra establecido en la literal a, del cuarto considerando del Código de Trabajo que indica, “El Derecho de Trabajo es un Derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de éstos, otorgándoles una protección jurídica preferente.”

Este principio tiene un papel preponderante, en especial cuando se elevan a litis los distintos conflictos económico sociales; y, también en cuanto a los derechos individuales de trabajo. Se menciona que en este ámbito representa un papel especial, ya que, de forma única, los tribunales laborales aplican principios como el de la inversión de la carga de la prueba, a efecto de que, sean los empleadores quienes tenga

que probar los extremos más importantes de la relación laboral; y, de esa manera, beneficiar, positivamente a los trabajadores.

Mínimo de garantías

que se refiere a que los cánones establecidos legalmente, como lo menos que puede recibir el trabajador en cuanto a salario, descansos remunerados, vacaciones y demás beneficios. Es una barrera mínima que tiene el espíritu de que sea sobrepasada en la relación de trabajo. Este principio se encuentra establecido en la literal b, del considerando cuarto del Código de Trabajo.

Irrenunciabilidad

Contenido también en el considerando cuarto del Código de Trabajo y que consiste en que para el trabajador todas las garantías mínimas no son susceptibles de ser renunciadas y que toda manifestación en ese sentido se tendrá por no puesta, es decir *nulo ipso iure*. Este principio es muy importante, debido a que no permite que el patrono fuerce al trabajador a aceptar condiciones por debajo de las mínimas.

Plá, citado por Coyoy, define la irrenunciabilidad como:

La imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio, los derechos concedidos por las Leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público en perjuicio de tercero y en la renuncia por el obrero de los beneficios que la Ley le concede se dan las dos

circunstancias que hacen imposible la renuncia. Pertenecen al orden público que el trabajo humano sea debidamente protegido y remunerado; que la codicia no explote a la necesidad; que impere la verdadera libertad, no disminuida por las trabas económicas. Y sería casi siempre en daño a tercero de los familiares del trabajador, de los compañeros de trabajo, que por su claudicación se verían constreñidos a aceptar condiciones inferiores de trabajo la renuncia de sus derechos que equivaldría, por lo demás, a las de las condiciones indispensables para la efectividad del derecho a la vida... (2005: Pág. 4)

A su vez, este principio se liga íntimamente al de tutelaridad, ya que, mientras el principio de tutelaridad, se enfoca en los distintos organismos estatales, como los de justicia y administrativos; la irrenunciabilidad, es la herramienta jurídica sustantiva que hará real esa protección a los derechos laborales.

Realista y objetivo

Derivado de la importancia del trabajo para la vida social, su regulación debe basarse no en supuestos jurídicos, sino en la verdadera situación de los actores, entiéndase patrono y trabajador. Se debe tomar en cuenta la posición económica de ambos, las necesidades y el contexto de ambos.

Así como existen principios de carácter general, existen principios más especiales, con aplicación más específica a determinadas ramas del derecho. El principio de la realidad y objetividad, es uno de esos principios especiales, en virtud de que se hace referencia y aplicación a los principios ideológicos que inspiran el derecho del trabajo guatemalteco.

Este principio, se encuentra enmarcado en el segundo Considerando del Código de Trabajo, literal d), que establece:

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

Este principio, como su nombre lo indica, atiende al análisis de la realidad con relación al vínculo de trabajo entre el empleador y el trabajador; a efecto de evitar la simulación a dicho vínculo o relación laboral. Es claro el interés de la parte patronal, la que, en especial en materia mercantil, en virtud del ánimo de lucro que tiene esta actividad, hace todo lo posible porque el margen de ganancia sea cada vez mayor, en detrimento de otros gastos, en donde se incluye obviamente el salario y el pasivo laboral que se genera dentro de la relación de trabajo.

En consecuencia, el principio de la realidad, o, primacía de la realidad, es de carácter instrumental, ya que, ayuda a discernir en cada caso particular, si el caso en análisis, es una relación laboral o si es una relación de otro tipo (civil, administrativo, burócrata, etc.)

Al respecto, Silva indica:

El principio de la primacía de la realidad es aquel por el cual en caso de divergencia entre lo que ocurre en la realidad y lo que se ha plasmado en los documentos, debe darse prevalencia a lo que surge en la práctica, con este principio se establece la existencia o no

de una relación laboral y con ello se procede a la protección que corresponde como tal. Este principio nos es de mucha ayuda para establecer o determinar cuándo nos encontramos frente a una relación laboral, la misma que como tal, tiene elementos que van a servir para identificarla, que son: la prestación personal, el pago de una remuneración y la subordinación. Cabe destacar pues que en los casos en los que estemos frente a estos tres elementos, la relación contractual existente es no puede ser otro que una de naturaleza laboral (no obstante que se pretenda hacer creer que es una relación contractual de naturaleza civil o de otro tipo) y para ello resulta muy útil el principio de la primacía de la realidad.

<https://www.derechocambiosocial.com/revista014/primacia%20%20la%20realidad.htm>

Recuperado 1.12.2018

De forma especial, este principio tiene aplicación directa para la presente investigación, ya que, al analizar la contratación docente, la cual, en múltiples ocasiones, por la parte contratante, se conceptualiza y extiende en instrumentos contractuales civiles; bajo la figura del contrato de prestación de servicios técnicos o profesionales; se deben establecer los elementos de dicho contrato civil; y, contrastar con la realidad concreta de la prestación del servicio del docente.

El contrato

La definición de contrato, es simple; pero también puede ser compleja; dependiendo el ángulo desde el cual se le estudie o analice.

Una definición simple, es la que indica el Diccionario Enciclopédico Usual Larousse, que lo define de la siguiente manera: "... Convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una o varias

personas se obligan en favor de otra u otras al cumplimiento de una prestación de dar, hacer o no hacer... Documento en que se acredita”. (2015: Pág. 184)

De la definición antes mencionada, se puede establecer que, básicamente el contrato tiene dos acepciones principales. La primera, en relación a las obligaciones que tienen ambas partes en cuanto a la prestación que se acuerde, y, la segunda, que hace alusión al documento en el que se hace constar dicho acuerdo de voluntades.

Desde el punto de vista jurídico, para Cabanellas, el contrato se puede definir como:

La convención, para Aubry y Rau, es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones. El Cód. Civ. arg. (art. 1.137) dice que “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”. Es muy semejante a la definición dada por Savigny, para quien el contrato “es el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus relaciones jurídicas”. El Cód. Civ. esp. (art. 1.254) expresa que el contrato existe desde que una o varias personas consientan en obligarse respecto de otra, u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio. (1993: Pág. 74)

Según el Código Civil, Decreto Ley 106, en el artículo 1517, así: Existe un contrato entre dos o más personas cuando estas se ponen de acuerdo para crear, modificar o extinguir una obligación en algún asunto en común.

Otra definición legal del contrato, pero de carácter laboral, es el establecido en el artículo 18 del Código de Trabajo, que lo define así:

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

Así pues, existe más de una definición legal de lo que es el contrato, y, de forma especial, se define el contrato de trabajo; por lo que, por exclusión, todas las demás formas contractuales serán catalogadas dentro de las condiciones generales expuestas del contrato definido civilmente.

Clasificación de los contratos

La legislación civil guatemalteca, la clasificación de los contratos se encuentra regulada en los artículos 1587 al 1592 del Código Civil, que los clasifica de manera diversa. Así pues, existen contratos unilaterales, el cual consiste en que fundamentalmente la obligación recae solo sobre uno de los contratantes; y, a su vez, el contrato bilateral, como su nombre lo indica, las obligaciones son para ambos. Existen contratos consensuales, reales, onerosos, gratuitos, conmutativos, aleatorios, condicionales y absolutos.

La segunda clasificación objeto de estudio, es la de los contratos de trabajo. En ese sentido, el artículo 25 del Código de Trabajo, los clasifica como por tiempo indefinido, cuando no se especifica fecha para su terminación.

Este es el contrato típico de trabajo y, de hecho, el artículo 26 del mismo cuerpo legal, establece:

Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrario.

Deben tenerse siempre como contratos a plazo indefinido, aunque se hayan ajustado a plazo fijo o para obra determinada, los que se celebren en una empresa cuyas actividades sean de naturaleza permanente o continuada, si al vencimiento de dichos contratos subsiste la causa que les dio origen.

Como lo establece el artículo citado, no puede usarse ningún otro tipo de contrato, a menos que la prestación, atendiendo a circunstancias reales y verdaderamente comprobables sea temporal o accidental. En la práctica, esto significa que el patrono y la empresa solamente se dedican a la actividad, durante un tiempo definido, y que, en efecto, dejarán de dedicarse a dicho quehacer, ya sea la producción o la prestación de un determinado servicio; y, por dicha razón, el trabajador solamente estará bajo esos servicios, durante el tiempo acordado.

A plazo fijo

Como lo establece el artículo 25 del Código de Trabajo, es el que se da cuando se especifica fecha para su terminación o cuando se ha previsto el acaecimiento de algún hecho o circunstancia, que obliga forzosamente a la terminación de la relación de trabajo.

Un vacacionista podría entrar en esta categoría, ya que, toma el empleo durante el tiempo en el que no está estudiando; por lo que, cuando regresa a clases, la relación laboral debe finalizar; y, como lo indica dicho artículo, se toma en cuenta, no la prestación de trabajo; sino el tiempo para el cual fue contratado.

Para obra determinada

El tercer tipo de contrato de trabajo establecido en el artículo 25 del Código de Trabajo, es aquel, mediante el cual, las partes (patrono y trabajador), pactan el precio, a partir de la obra para el cual se le contrata al trabajador, con independencia de la duración de esta. Esto no implica que el trabajador no pueda recibir abonos o anticipos previos a la finalización de la obra. Este tipo de contrato se aplica mucho en las obras civiles, es decir, en construcciones, en donde se contratan a albañiles para dichas obras, las cuales se pueden pactar el salario por unidades de entrega (verbigracia: paredes, fosas, instalaciones).

Elementos de los contratos

De la misma manera en que se define el contrato, dependiendo de la rama del derecho que sea objeto de análisis; de igual manera, así será la forma en que se determinan los elementos del contrato.

En ese orden de ideas, se estudiarán brevemente tanto los elementos del contrato civil, como los del contrato de trabajo. Así pues, los elementos del contrato civil se pueden resumir de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1251 del Código Civil, en la capacidad legal del sujeto o sujetos, el cual es elemento de suma importancia en todo negocio jurídico sea o no un contrato. Este es un elemento esencial, debido a que su carencia vuelve nulo el negocio jurídico.

El consentimiento que no adolezca de vicio es otro de los elementos esenciales dentro de la contratación. Esto significa que, al declarar su aceptación expresa sobre el contrato celebrado, dicha declaración debe ser libre de cualquier vicio, como los contenidos en el Artículo 1257 del Código Civil que menciona al error, el dolo, la simulación y la violencia.

El objeto como elemento esencial se entiende como la materia sobre la cual recae el negocio o contrato; es decir el contenido para el cual se celebra. En este caso, dicho contenido ha de ser no contrario a la ley. Verbigracia, no se puede celebrar un contrato de compraventa sobre un

objeto ilícito. Como su concepto lo indica, los elementos esenciales, son aquellos que no pueden faltar para la legalidad del contrato.

Elementos del contrato de trabajo

En cuanto al contrato de trabajo, existen elementos de carácter especial que le diferencian notoriamente del contrato común o civil. Si bien es cierto, se pudieran dar algunos elementos comunes entre ambas contrataciones, tales como el consentimiento que no adolezca de vicios, y la capacidad de las partes; dentro de la contratación laboral, existen elementos especialísimos que tienen la mayor relevancia.

De acuerdo a lo investigado hasta este momento, se puede indicar que los elementos especialísimos son la prestación eminentemente personal y la continuada dependencia o subordinación. Sobre el primer elemento, es decir sobre la prestación eminentemente personal, se puede decir que este elemento se refleja en el artículo 18 del Código de Trabajo, al establecer que la prestación laboral, de parte del trabajador, deber ser personal. En otras palabras, distinto al contrato civil, en el que se permite que la prestación pueda ser dada por otro, toda vez, sea acordada y que sea de igual calidad.

En todo caso la prestación laboral por parte del trabajador, debe ser realizada individual y personalmente, no aceptándose una prestación por parte de otra persona o trabajador. Individual, quiere decir que no se acepta que su labor sea realizada por algún compañero de trabajo; aunque eso no quiere decir que el patrono no sustituya de labores a un empleado por otro, pero eso ya es una decisión de dirección. En cuanto a lo personal, ya se ha indicado que no se acepta que una persona distinta lo realice dentro de la relación laboral. Aquí se evidencia, no solamente el carácter especial del contrato laboral; sino también una diferencia fundamental entre estos dos tipos de contratos. El segundo de los elementos, es decir, sobre la continuada dependencia o subordinación, también establecido en el artículo 18 del Código de Trabajo, implica que el trabajador estará durante la jornada laboral, bajo la dirección del patrono, o de aquellos auxiliares de este.

Este elemento es un distintivo clave en la descripción del contrato de trabajo, habida cuenta que dicho elemento no existe en las contrataciones civiles ni en ningún otro tipo de contratación. Adicionalmente, es importante destacar que la subordinación a la que está sujeto el trabajador, no es en ningún modo una obediencia ciega, y, tampoco la obligación del trabajador a realizar cualquier prestación que le imponga el empleador; sino que, la relación debe basarse en el orden público y la capacidad del trabajador.

Elementos generales del contrato de trabajo

Dentro de esta categoría, se pueden encontrar, como también se ha indicado, existen elementos de variada naturaleza, dependiendo desde el ángulo en que se estudie. Bajo esa perspectiva, se pueden enunciar los siguientes elementos.

Los elementos personales

En este sentido, lo son, el empleador o patrono, y el trabajador o empleado. La definición propia de patrono, se encuentra en el artículo 2º del Código de Trabajo, que indica: Patrono es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo. Sin embargo, no quedan sujetas a las disposiciones de este Código, las personas jurídicas de Derecho Público a que se refiere el artículo 119 de la Constitución de la República.

Cabe destacar que, los patronos pueden actuar a través de sus representantes, que pueden ser directores, gerentes, jefaturas u otras categorías creadas en la empresa o centro de trabajo.

El segundo elemento general del contrato de trabajo, lo constituye el trabajador, también definido legalmente en el artículo 3º del Código de Trabajo, así: Trabajador 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.

Los elementos materiales

Los elementos materiales, a su vez, se constituyen básicamente, por parte del trabajador o empleado, en la mera prestación del servicio; y, de parte del empleador, en el pago por la prestación del servicio. Sobre los elementos materiales recaen la mayoría de reclamaciones laborales, debido a que el salario es uno de los temas más sensibles entre patrono y trabajador.

Elementos especiales del contrato de trabajo

Los elementos especiales del contrato de trabajo, son aquellos que le pertenecen con exclusividad a la rama laboral; y a la vez son esenciales ya que manifiestan la naturaleza propia de dicha rama. El primer elemento se afirma puesto que, siendo el derecho de trabajo, distinto al derecho común, se basa en elementos que le confieren la especialidad del caso; y, en el segundo, se indica que son esenciales, debido a que, sin ellos el contrato de trabajo deja de ser laboral, y se convierte en un contrato constreñido a otra rama del derecho.

En ese sentido, para efectos de la presente investigación se definen los elementos especiales del contrato de trabajo, y estos son

Prestación del servicio personal del trabajador

Este elemento indica que únicamente el trabajador quien de forma voluntaria acordó con el patrón llevar a cabo la actividad laboral puede hacerlo, ya que de ninguna manera podrá ser otra persona la que pueda realizar la mencionada actividad, sin que exista posibilidad alguna de su novación o sustitución.

La relación de dependencia y dirección inmediata

Este elemento indica que en todo momento dentro de la empresa el trabajador debe de tener un superior jerárquico quien le instruye sobre las directrices de sus labores, este elemento especial de la subordinación en lo que a la prestación de los servicios se refiere, comprende el acatamiento del trabajador a la dirección del patrono sobre la ejecución de las labores, y en general fundamenta la sujeción del trabajador al poder disciplinario del patrono en consecuencia de la autoridad que éste ejerce sobre él.

La remuneración económica

Este elemento del contrato de trabajo, lo constituye la retribución económica que recibe el trabajador por la prestación del servicio personal ante el patrono. Y es distinto a los honorarios o pagos que son el resultado de los servicios que se derivan de los contratos de otra índole.

Se establecen las definiciones de cada una de estas categorías para exponerlo de forma clara, el sueldo de conformidad con el contenido del artículo 88 del Código de Trabajo es una retribución o remuneración económica que el patrono se obliga a pagar al trabajador a cambio del cumplimiento de las actividades contenidas en el contrato de trabajo vigente celebrado entre ambos. Se hace énfasis en que, mientras algunos estudiosos del derecho, diferencian salario y sueldo; en Guatemala son sinónimos.

En cuanto al concepto honorario, definido por Ossorio es:

Se llama honorarios la retribución que recibe por su trabajo quien ejerce o practica una profesión o arte liberal. Lleva implícito el concepto de una retribución que se da y recibe como honor, dada la jerarquía de quien realiza la tarea específica que debe ser remunerada. (1999: Pág. 482)

Es importante resaltar que, mientras el honorario se relaciona con la profesión, el concepto salario o sueldo, es propio del derecho de trabajo. De hecho, en cualquier otro contrato, incluso se llega a pactar que, bajo ningún concepto el monto recibido se puede considerar como salario.

Los conceptos relacionados tienen relevancia dentro de la presente investigación, ya que, dentro de la contratación civil, el honorario se constituye como el elemento de contra prestación por excelencia, en especial en los contratos civiles onerosos; mientras que, en la relación laboral lo que existe es el salario, en retribución de la actividad laboral realizada.

No obstante, cabe recalcar que, siendo que el salario es una parte especial y fundamental dentro de la relación laboral, el simple hecho de trastocar el concepto de retribución, no significa de ninguna forma que no sea salario lo que efectivamente está recibiendo el trabajador. De dicha cuenta, al celebrar los contratos civiles, en especial de servicios profesionales, los contratantes observan calificar el pago como honorarios, a efecto de que no se confunda el pago con salario.

La exclusividad

La exclusividad en la prestación de los servicios no es una característica esencial de las relaciones laborales, sólo opera en aquellos casos en que se cumplan las condiciones legales establecidas para su efectividad; pacto previo en el momento de celebración y existencia de incompatibilidad de las relaciones de trabajo. Por incompatibilidad se debe tener como referencia el objeto de cada relación y no, como se ha entendido erróneamente, el horario de la prestación.

Horario de trabajo

Este elemento se refiere a la disposición que debe tener el trabajador a su patrono bajo su dirección o subordinación, esta no puede exceder a lo regulado en los convenios internacionales y a las leyes vigentes en Guatemala y esto es en relación a las jornadas de trabajo diurna, nocturna o mixta.

La contratación de menores

Un elemento especial y único dentro del contrato de trabajo, es la posibilidad de la contratación de menores de edad. En este caso, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8 del Código Civil y 31 del Código de Trabajo, se indica que tienen capacidad para contratar su

trabajo, los menores de edad que ya hayan cumplido los 14 años de edad. Quizá esta característica, no sea la más desarrollada del derecho del trabajo guatemalteco; sin embargo, dentro del contexto de Guatemala, ha sido necesaria la producción de los menores de edad dentro de muchas familias, tanto en la vida rural como en la urbana, para la manutención de sus respectivas familias.

De acuerdo con esto, el artículo 31 del Código de Trabajo contempla la contratación de menores, indicándolo así:

Tienen también capacidad para contratar su trabajo, para percibir y disponer de la retribución convenida y, en general, para ejercer los derechos y acciones que se deriven del presente Código, de sus reglamentos y de las leyes de previsión social, los menores de edad, de uno u otro sexo, que tengan catorce años o más y los insolventes y fallidos.

Del mismo modo el artículo 32 del Código de Trabajo contempla la contratación de menores de catorce años, bajo determinadas condiciones, entre las cuales se menciona que se debe celebrar entre los representantes legales de los menores, y en ausencia de éstos, es necesario obtener la autorización de la Inspección General de Trabajo, y la remuneración económica que reciban los menores se hará efectiva a sus representantes legales o a la persona que esté a cargo de su cuidado, según la instrucción que debe expresar la Inspección General de Trabajo.

En este sentido, *contrario sensu* a los demás tipos de contrato, sean civiles, mercantiles, administrativos u otros, en los que la capacidad de ejercicio es indispensable, dentro de los contratos de trabajo se acepta que el trabajador goce de capacidad relativa, aplicada, evidentemente al derecho de trabajo. De hecho, el artículo 8 del Código Civil, establece esta capacidad relativa en los menores que ya han cumplido los catorce años de edad. Obviamente razones socio económicas han jugado un papel fundamental para que existan estas excepciones, pero el análisis de dichas razones no son objeto ni comprenden el contenido de la presente investigación.

Contrato de prestación de servicios profesionales

Una de los principales conceptos dentro de la presente investigación, lo constituye el del contrato de prestación de servicios profesionales. Y esto debe ser así, debido a que, se ha planteado como problema la simulación utilizada para la contratación de docentes, mediante este tipo de contrato.

En ese sentido, se requiere comprender adecuadamente la definición y naturaleza de este contrato, a efecto de determinar si el uso que se le da en la contratación docente, es el legal y adecuado, o, por el contrario, constituye una simulación contractual, en detrimento de los intereses del trabajador docente en este caso.

Para ese efecto, es indispensable abordar en primer lugar, lo relativo a la definición técnica del contrato de servicios profesionales. Para el Diccionario de Términos Jurídico Universitarios, este contrato es:

Aquel mediante el cual una persona, llamada profesionista, se obliga para con otra, llamada cliente, mediante el pago de honorarios convenidos, a prestarle los servicios relativos a la profesión en la que posee conocimientos técnicos y científicos, por los estudios que ha realizado. (Gasca, Piña, Olvera y Hurtado, 2010: Pág.102)

La definición arriba apuntada, constriñe los elementos del contrato de servicios profesionales, a solamente los elementos de la prestación del servicio calificado, por parte del profesional o profesionista, y al pago de los honorarios que se reciben por la prestación del servicio.

Ahora bien, doctrinariamente se ha definido de la manera citada anteriormente, no obstante, hay que recordar que este tipo de contrato es un contrato típico civil, debidamente encuadrado en el Código Civil; por lo que es necesario a su vez, analizarlo desde esa perspectiva. En ese sentido, el artículo 2027 del Código Civil, sin definir este contrato, lo sintetiza de la siguiente manera: Los profesionales que presten sus servicios y las personas que soliciten dichos servicios, son libres para contratar sobre honorarios y las condiciones en que se hará el pago.

De forma simple el artículo arriba citado, circunscribe el contrato de servicios profesionales, como especial y de aplicación única para ser suscrito, por parte de profesionales; y, según el artículo siguiente, es

decir, el artículo 2028, a falta de pacto de honorarios, el arancel respectivo.

Ahora bien, para ser calificado así, la persona, debe comprobar, documentalmente poseer dicha calidad, ya que, de lo contrario, podría estar cometiendo el delito de usurpación de calidad, de acuerdo al artículo 336 del Código Penal. El segundo aspecto esencial, es que el estipendio recibido, recibe el calificativo de honorarios.

Caracteres del contrato de servicios profesionales

Se entiende como caracteres, los rasgos distintivos que permiten identificar una cosa, un objeto o una situación como tal; y, en el presente caso, los rasgos del contrato de servicios profesionales.

Un buen resumen de estas características la hace la autora Buen, al indicar:

... En conclusión, en el contrato de prestación de servicios profesionales hay un elemento principal: el título legalmente expedido a favor del profesional de la materia sobre la que versará el contrato... Pero si quien ejerza alguna profesión que requiera título para su ejercicio no cuenta con la cédula o autorización, no tiene derecho a ejercer como tal y por supuesto no tiene derecho a cobrar honorarios...La ley aplicable al caso siempre será el Código Civil, es decir, no se toma en cuenta la naturaleza del negocio en que vaya a intervenir ... para regular la relación contractual entre las partes. (2003: Pág.172)

Así pues, existen dos caracteres esenciales, que son, que el prestatario del servicio, sea, en efecto un profesional de la materia, y que cuente con la licencia o facultativo para comparecer como tal. En el medio

guatemalteco, para ser considerado como profesional, la persona debe recibir su facultativo de parte de una universidad acreditada en el medio, no basta con haber egresado de educación media, ya que, estos títulos, como su nombre lo indica, son de un nivel preparatorio para la universidad; y, si bien es cierto algunos, como el de perito contador, son sujetos a inscripción, en la práctica, no son considerados sus portadores, como profesionales en el sentido propio de la palabra.

El segundo caracter esencial, es que el contrato de servicios profesionales será regulado por el Código Civil. En Guatemala, este contrato está contemplado en los artículos 2027 al 2036 inclusive. Este carácter, derivado directamente del primero, hace que, al realizar la comparación entre el contrato de servicios profesionales con el contrato de trabajo, sea imposible confundirlos y concluir que, la aplicación de este tipo de contrato, en detrimento del contrato de trabajo, responda a la intención de parte del patrono de evadir sus responsabilidades derivadas del derecho del trabajo.

En ese orden de ideas, la autora Buen, enuncia 4 caracteres distintivos entre los dos tipos de contratos relacionados, de la siguiente manera:

1. El trabajo deberá ser prestado en forma personal; el servicio profesional no necesariamente, e incluso puede ser desempeñado por varios profesionales y/o ayudantes...
2. En materia laboral, el trabajo es subordinado y no lo es la relación contractual profesional...

3. El trabajador no requiere de preparación técnica y el profesional sí requiere de título...
4. El pago de un salario en una relación laboral, y el pago de honorarios al profesor. (2003: pág. 174)

Existe bastante claridad, en cuanto a que los caracteres citados, son esenciales del contrato de prestación de servicios profesionales; y, si bien es cierto existen otros caracteres, como el carácter conmutativo y oneroso; estos no son exclusivos de este tipo de contrato, y, por lo tanto, no serán analizados en este apartado.

Obligaciones del profesional y del cliente

De forma concreta, las obligaciones y derechos devenidas del contrato de servicios profesionales, se encuentran contenidas en los artículos 2027 al 2036; con independencia de los pactos que celebren las partes en el contrato correspondiente.

Las obligaciones del profesional, según los artículos anteriormente citados, son, prestar los servicios con dedicación y diligencia. Esta obligación tiene que ver directamente con dos asuntos principales, que son, por un lado, la actitud subjetiva del profesional, en el sentido de que debe procurar que los intereses de su cliente sean debidamente observados. Verbigracia, la elaboración de planos de parte de un ingeniero, los cuales deben ser elaborados con la prestancia que exige el cliente, pero también con el nivel técnico adecuado.

Pero también tiene que ver, con la preparación técnica que tenga el profesional. Es decir, no basta con que el título facultativo respalde su quehacer, en el campo de la práctica, debe demostrar que, en efecto, está capacitado para la labor profesional que se le ha encomendado.

Dar aviso en caso de no poder continuar prestando sus servicios. Se espera que, como parte de la profesionalidad del prestatario, este cumpla a cabalidad con la entrega del servicio contratado. Pero, pueden existir condiciones de fuerza mayor, tales como la enfermedad propia o de un pariente o persona que dependa directamente del profesional, o incluso la muerte de un pariente cercano.

Guardar el secreto profesional. Sobre esta obligación, es una de las más importantes obligaciones de todo profesional, es la relativa a la guarda de los secretos profesionales. Aunque esta obligación se impone a todo profesional, se impone con mucha más relevancia en asuntos de carácter industrial, marcas y similares.

Las obligaciones del cliente son de igual manera muy importantes de enfatizar, ya que es la contraprestación. Al respecto se tiene que pagar los honorarios pactados al profesional. El carácter oneroso de este tipo de contrato conlleva la obligación por parte del cliente de los honorarios pactados hacia el profesional. La ley prevé que, de no haber sido

pactados se ajustarán a lo establecido en el arancel respectivo. Un uso muy común es el que se da en el cobro de honorarios profesionales en un juicio; para lo cual, el abogado se tiene que ajustar a lo establecido en el Decreto 111-96 del Congreso de la República de Guatemala.

Formas de contratación por la iniciativa privada

Uno de los aspectos fundamentales dentro de la presente investigación, lo constituye la forma de contratación que utiliza la iniciativa privada, y, en el presente caso, aplicándolo a la contratación docente. Dentro del presente tema, existen dos formas de contratación que actualmente se utilizan para la contratación de docentes de primaria y secundaria, las cuales se pueden resumir en las siguientes

Contratación típica laboral

Este tipo de contratación no requiere mayor explicación; ya que se sujeta a las normas laborales vigentes en Guatemala. Lo hace el patrono, a través de la publicación de vacantes, y luego de un proceso de entrevistas, el docente es contratado. Al trabajador, se le paga salario y se le reconocen el pago de las demás prestaciones que la ley de trabajo consigna. Esta contratación es la única que debería de existir, aunque tiene variables; pero toda vez se le reconozca al docente la calidad de trabajador, con sus derechos inherentes, basta para cumplir con la ley.

Contratación bajo el concepto de prestación de servicios profesionales

Parte del objeto del presente estudio. *A priori*, se le considera una simulación, ya que, el docente, según lo analizado en el caso del contrato de servicios profesionales, no es un profesional propiamente dicho, y, además, las condiciones bajo las cuales presta sus servicios, no son de naturaleza de contrato profesional; sino que, encuadran bajo las características del contrato de trabajo.

Los patronos, en este caso, con el solo hecho de que los docentes emitan factura por sus servicios, pretenden justificar la contratación; con el solo fin de evadir la obligación de pago de pasivos laborales. No obstante, derivado del análisis de cada uno de los elementos y caracteres de estos dos tipos de contratos, es fácil deducir que dicha práctica es ilegal, ya que, debido a la naturaleza del derecho del trabajo, la cual determina que, aunque se le dé una forma distinta a la relación laboral, la materialización de sus elementos es prueba suficiente para declararla como prestación laboral y no ninguna otra.

Contratación a través de oficinas de reclutamiento

Este tipo de contratación contiene la intervención de una entidad que se encarga de proveer del personal a la entidad de enseñanza. En esta modalidad pueden darse las siguientes posibilidades.

Que el trabajador contratado dé su servicio a la entidad docente, pero su relación de trabajo es bajo la dirección de la oficina de reclutamiento. En este caso, existe una relación de servicios entre las entidades; y, el trabajador recibe su salario de la oficina de reclutamiento. El funcionamiento de este sistema, es tipo mercantil ya que se encuadra en el contrato de suministro de servicios.

Que el trabajador contratado inicie relación de trabajo directamente con la entidad docente, con las características de un contrato de trabajo. En este caso, la oficina de reclutamiento solamente es un medio para colocar al empleado o para conseguir el personal que busca la entidad docente.

Que el trabajador contratado inicie la relación de trabajo directamente con la entidad docente, pero que esta entidad, le ofrezca una relación bajo el contrato de prestación de servicios profesionales. De igual manera, en este caso, la oficina de reclutamiento cesa cualquier tipo de relación con el empleado y será la entidad docente la encargada del pago directo.

Últimamente en Guatemala se ha comenzado a dar una modalidad quizá no tan común, ni conocida; pero que paulatinamente ha ido tomando un lugar dentro de la dinámica laboral en Guatemala; y, es la relativa a los centros de reclutamiento; y, precisamente porque a través de este tipo de

lugares es que se pueden dar las variables enunciadas, es que se hará una breve relación de estos centros.

La simulación

Uno de los conceptos más importantes dentro de la presente investigación, es el relativo a lo que significa la simulación y el uso que se le da este concepto dentro del mundo jurídico. Es importante ya que es menester comprender apropiadamente cómo se ha ido aplicando al campo contractual.

En ese sentido, para Ossorio este concepto significa:

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 inexactas, 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 la simulación puede tener una de dos finalidades: aparentar un acto inexistente u ocultar otro real ... 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. (1999: Pág. 922)

Lo expresado doctrinariamente constituye la principal manera de entender y clasificar este concepto jurídico. En su sentido más estricto, la simulación constituye la alteración de la expresión jurídica con relación a los hechos que debe plantear. Es decir, sin constituir falsedad, existe una distorsión adrede por una o todas las partes contratantes, con el fin de

que lo que contractualmente se estipule, de la apariencia de un negocio jurídico, pero, en su ejecución, es decir en el mundo fáctico, corresponde a otra figura contractual. La Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, citada por Sigüenza ha indicado sobre la simulación y la forma de desvirtuarla:

Esta Cámara ha sostenido en varios fallos que la fe pública notarial sólo permite tener absoluta certeza sobre la parte dispositiva de las escrituras públicas, y no así sobre la existencia real de las manifestaciones de los comparecientes, en otras palabras, sobre la verdad de la existencia o no de la causa, entendida ésta como el origen de la manifestación de voluntad de los comparecientes. De tal suerte que la realidad intrínseca de lo declarado o manifestado pudiese ser desvirtuado mediante otros medios de prueba... (2010: Pág. 222)

Si bien es cierto lo afirmado por la Cámara Civil corresponde a la materia civil, no se puede negar que, la simulación no es un concepto que se restrinja o se circunscriba con exclusividad a dicha materia, sino que, es un concepto que abarca en todo caso, la teoría del contrato a nivel general. Eso se indica ya que, con independencia de la rama o materia de que se trate, el contrato como negocio jurídico siempre será una manifestación de la realidad pactada por las partes, siendo susceptibles, por lo tanto, de alteración o distorsión de la naturaleza del negocio celebrado, obviamente con fines determinados.

Es importante señalar también que la simulación no es un error. El error en la denominación o algunos elementos contractuales, terminará afectando a las dos partes y no será realizado con un propósito; y a la postre será objeto de reclamación posterior, cayendo muchas veces la

responsabilidad, en el notario o funcionario autorizante. Es contrario lo que sucede con la simulación, ya que esta se constituye, como ya se ha indicado pródigamente, una acción voluntaria y con un propósito determinado. Dentro del abanico de propósitos se encuentran la evasión fiscal, el levantamiento de bienes; y, como el caso que ocupa la presente investigación, la sustracción de los derechos del trabajador, para no pagarle los montos salariales y de ley que se establecen en esta rama contractual.

Como parte esencial de la presente investigación cabe destacar que la simulación juega un papel determinante en el presente análisis. Esto se deriva de que tal y cual se ha apuntado anteriormente, en la docencia se presenta una relación de trabajo docente, sin embargo, el patrono, en este caso la entidad docente privada, le está dando una figura que no se aplica a dicha relación, la cual es la de un contrato de prestación de servicios profesionales, y es totalmente improcedente. Pero también es necesario señalar los tipos de simulación que existen, como concepto jurídico, a efecto de lograr determinar cuál de ellas es la que se presenta en la relación docente objeto de estudio. La importancia de su determinación radica en la responsabilidad que se deriva del tipo de simulación y el alcance que esta tiene, debido a que dependiendo del tipo y del alcance que tenga, así serán también sus consecuencias.

En ese sentido, la doctrina ha podido determinar por lo menos dos tipos de simulación, las cuales, según Ossorio, son la relativa y la absoluta. Como su nombre lo indica, evidentemente los efectos y consecuencias de la simulación relativa tendrán un alcance menor que la simulación absoluta. Para la mejor comprensión de dichos conceptos jurídicos, se desarrollan a continuación.

Tipos de simulación

Simulación absoluta

Se puede indicar que este tipo de simulación es la que consiste no solo en una alteración, sino en la superposición de una situación jurídica por otra. En este caso, no existe ningún tipo de correspondencia entre el mundo fáctico, con el mundo jurídico y/o contractual. El Código Civil establece en el artículo 1285 que existe simulación absoluta cuando la declaración de voluntad no tiene ninguna conexión con la realidad. Es decir, no tiene ningún elemento veraz dentro de la relación. En pocas palabras, no existe relación contractual entre los comparecientes, todo es producto de la ficción.

Sobre la simulación absoluta, en sentencia de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha uno de febrero del año dos mil diez, dentro del expediente de Casación número 292-2008, manifestó que “....

Debemos recordar que La primera *-simulatio absoluta-*, tiene carácter fraudulento y tiende a causar un perjuicio a terceras personas, puesto que la apariencia creada se utiliza para frustrar la satisfacción de expectativas legítimas de éstas.”

En el presente caso, no se puede decir que la relación de trabajo docente se encuadre dentro de una simulación absoluta, debido a que no se llena el presupuesto de que sea realizada con el objeto o propósito de causar un fraude a terceras personas.

Algo importante dentro de la simulación absoluta es que los contratantes se ponen de acuerdo en celebrar este tipo de relación contractual simulada, ya que ambos gozarán inequívocamente de beneficios de tal contrato. No se puede decir lo mismo de la relación docente, en virtud de que, en este caso, el docente se ve compelido a aceptar este tipo de contratación, es decir, de prestación de servicios profesionales en detrimento de sus propios intereses, ya que para él sería mucho más beneficioso gozar de un contrato de trabajo, debido a que así recibiría un mejor salario y las ventajas que representa este tipo de contratación.

Por otro lado, el contrato de prestación de servicios profesionales impuesto al docente, no es suscrito para causar fraude a una tercera persona. Esto se deriva del hecho de que, conforme lo que se ha ido

analizando en la presente investigación, la única persona afectada negativamente con este tipo de contratación en el ámbito de la educación privada es el mismo docente, por las razones apuntadas anteriormente. En pocas palabras, en el caso objeto de investigación no existe simulación absoluta, debido a que no se dan los supuestos doctrinarios y jurídicos que supongan el encuadramiento de la contratación docente como de servicios profesionales.

Simulación relativa

Es la que se presenta, al tenor del artículo 1285 del Código Civil, cuando al negocio jurídico se le da una apariencia distinta a la que realmente tiene, siempre con un propósito bien definido. Como lo manifiesta el mismo concepto, este tipo de simulación lo que pretende es encubrir un tipo de negocio o relación contractual, bajo la figura de otro que puede ser similar a este. En el campo civil, por ejemplo, se da mucho en los arrendamientos, en donde se le otorga dicho arrendamiento a una persona determinada, con el fin de que esta a su vez, lo sub arrende a cualquier tercero.

Una vez más es pertinente acudir a lo declarado por la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha uno de febrero del año dos mil diez, dentro del expediente de Casación número 292-2008, la cual al referirse a la simulación relativa indicó que:

La simulación relativa -*simulatio non nuda*-, por su parte, se utiliza para dar a un acto jurídico una apariencia, que oculta ser de carácter disfrazado bajo la forma de otro contrato. Ahora, basándonos en lo que para el efecto está regulado en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a lo anterior, señala el artículo 1285 del Código Civil que la simulación es absoluta, cuando la declaración de voluntad nada tiene de real; y es relativa, cuando a un negocio jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Esto lo hacen de común acuerdo las partes del contrato principal para que, en el momento en que el tercero incumpla, el desahucio sea mucho más fácil y expedito, ya que la acción judicial será con el acuerdo del arrendatario original, no el subarrendatario; y el último en todo caso, no tendrá participación en el juicio.

Ahora bien, en el Código de Trabajo, la simulación se puede dar en las siguientes situaciones. En el artículo 13, cuando se prohíbe la simulación de sociedad y todo lo que tenga que ver con la tergiversación de los derechos y garantías contenidas en cuanto al porcentaje de trabajadores guatemaltecos. En el artículo 81, en cuanto a la prohibición de simulación del período de prueba del trabajador; y en el artículo 156, en cuanto a la provisión de materiales al trabajador para su transformación y posterior venta al patrono.

Se podría afirmar que, en los casos previstos por el Código de Trabajo, se presenta la simulación relativa, ya que las situaciones allí indicadas, tienen el propósito de encubrir una situación jurídica por otra, dentro del ámbito laboral. También se puede afirmar que, la simulación siempre

tendrá un propósito de desventaja para el obrero, en menoscabo directo de sus derechos e intereses laborales. Es acá en donde se hace una relación directa con el tema de investigación y a la vez cuestionar científicamente si en efecto el contrato de servicios profesionales utilizado en algunos centros educativos privados, es el adecuado legalmente definido; o si en efecto, se constituye en una auténtica simulación contractual, con las consecuencias que la simulación representa.

En pocas palabras, al determinarse que, los elementos fácticos que se manifiestan en la prestación de los servicios que brinda el docente dentro del centro educativo privado, son directamente proporcionales a los elementos principales de todo contrato laboral, con independencia de cómo se denomine el documento que contenga la relación, será, por imperatividad legal, un contrato de trabajo; con las consecuencias laborales y jurídicas que correspondan. Ahora bien, es pertinente analizar brevemente cuales son los elementos principales que hacen que la actual contratación que se da por algunos centros educativos privados a sus docentes, sea de carácter laboral y no de servicios profesionales; y que por lo tanto se pueda conceptualizar como simulación relativa.

En ese orden de ideas, para establecer que existe la simulación en la contratación de docentes en centros educativos privados al utilizar un contrato de servicios profesionales, se analizan los siguientes elementos

Jornada laboral

La cual el docente debe cumplir con exactitud. En este sentido, no puede ser una relación profesional debido a que este no está sujeto bajo ningún concepto a jornada alguna, de acuerdo a lo regulado en los artículos 2027 al 2036 del Código Civil. En el caso de los docentes, si en efecto ellos dieran sus servicios como profesionales, tendrían libertad para impartir determinadas cátedras y disponer de su tiempo fuera de la cátedra; lo cual no sucede con los docentes. Es una verdad evidente que los docentes no solamente realizan labores impartiendo clases, se les impone otro tipo de tareas como la de atender a padres de familia, coordinar actividades extra aula para los alumnos u otras similares.

Es decir que existe simulación debido a que se trata del cumplimiento de una jornada laboral, y no de la disposición libre que tiene el profesional sobre su tiempo para el cumplimiento de la obra o proyecto para el cual fue contratado; esto hace que la prestación que da el docente dentro del establecimiento educativo sea de orden laboral y no de prestación de servicios profesionales.

Subordinación

De parte de una jefatura o dirección, lo cual es parte integral de la relación docente que actualmente se da en los centros de educación privada. La subordinación y obediencia a la jefatura patronal es uno de los elementos más representativos de la relación laboral debido a que el patrono vela para que su negocio o empresa tenga éxito bajo su propia dirección, o en todo caso la que ha delegado en el personal de su confianza. Este elemento pone de manifiesto el carácter de simulación de la relación con el docente ya que, si fuese una relación de servicio profesional bajo ningún concepto se permitiría que alguna jefatura dirigiera la labor del profesional.

El profesional, de acuerdo a las normas ya citadas en el Código Civil, es el único responsable de la calidad de su servicio profesional. Es por eso que dentro de la contratación de servicios profesionales comúnmente se pactan cláusulas de penalización, así como de daños y perjuicios, debido a que la formación profesional de la persona la hacen la única responsable por la calidad de su obra o servicio.

Caso contrario el que se da en la relación del docente con el director del establecimiento educativo privado, en virtud de que en este caso el docente debe cumplir con las orientaciones que emanen de la dirección

educativa. Es por eso que se está en presencia de una simulación de la relación contractual, debido a que existe subordinación de parte del docente y no tiene la libertad del profesional en dicha relación.

Salario

Percibido, aunque contractualmente en el contrato que se le extiende al docente se le llame de otra manera. Aunque en múltiples ocasiones el salario que se le paga al docente en la iniciativa privada es incluso menor al salario mínimo, esto no significa que deje de ser salario, al contrario, lo que hace es profundizar la simulación contractual en detrimento de los intereses del docente trabajador. Se dice que lo recibido por el docente en la iniciativa privada es salario debido a que se paga mensualmente la cantidad establecida en el contrato; y a su vez el pago es con independencia de otros factores tales como la calidad del servicio, la cual puede ser buena, mala o regular; o incluso la asistencia de alumnos.

En el contrato de prestación de servicios profesionales la consistencia del pago de honorarios va en directa relación a la cantidad y calidad del servicio que dicho profesional presta de acuerdo a la materia en que sea especialista; y es por eso que dicho pago comúnmente es elevado. En el caso del docente en la iniciativa privada, por las razones indicadas lo que recibe es salario, no honorarios; lo que hace que dicho elemento

compruebe que se está en presencia de una simulación de relación contractual, no solamente en lo escrito, sino también en el plano fáctico.

La convergencia de los elementos citados deriva en que la actual contratación de docentes por centros educativos en la iniciativa privada bajo el concepto de prestación de servicios profesionales se puede considerarse como simulación relativa, debido a que los sujetos que intervienen en dichos contratos no son profesionales y que las condiciones en las cuales desempeñan su labor, encuadran en la relación laboral.

Implicaciones laborales y jurídicas en el caso de la simulación del contrato en la docencia privada

Se tiene claro que dentro de la contratación en la docencia privada existen varios instrumentos contractuales que se utilizan, siendo los principales, el contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios profesionales. En cuanto al primero, es claro que atiende a los elementos de la relación laboral típica; y, por lo tanto, se ajusta a derecho. En cuanto al segundo, es preciso determinar si por exclusión es ilegal su uso en la contratación docente, o si en efecto, es lícito o procedente su aplicación. Para poder determinar este extremo, es necesario realizar un

análisis comparativo, por lo menos a groso modo, partiendo de sus elementos principales, y concluir de forma valedera y científica qué es lo que corresponde enunciar en derecho.

En ese sentido, en el contrato de trabajo, no es necesario que el prestatario sea profesional, mientras que en el contrato de prestación de servicios profesionales es obligatorio que lo sea y en el contrato docente, tampoco es necesario que sea profesional universitario. En cuanto a la relación de dependencia y subordinación, en el contrato de trabajo y el docente, son elementos que les constituyen, contrario al de servicios profesionales, el cual según lo estudiado anteriormente puede ser ejecutado por otro profesional.

Ahora bien, es indispensable determinar las consecuencias que se desprenden de la simulación contractual en la docencia privada. Al realizarse la debida comparación, lógicamente se puede manifestar que no cabe duda de que sí existe simulación de la relación, ya que fácticamente no se presentan los elementos de la contratación de servicios profesionales y *contrario sensu*, sí se presentan todos los elementos y caracteres del contrato de trabajo.

En la práctica, aunque los establecimientos educativos suscriban con sus docentes un contrato de prestación de servicios profesionales, dicha práctica no está ajustada a derecho, ya que no corresponde legalmente a este tipo de instrumento contractual. De igual manera, esta aplicación constituye una flagrante violación a los preceptos constitucionales y ordinarios que tutelan los derechos laborales. De dicha cuenta, es totalmente correcto denominar al contrato de prestación de servicios profesionales que se utiliza en el ámbito docente, como una simulación contractual. Esa simulación contractual, como todo acto jurídico tiene consecuencias e implicaciones, las cuales pueden ser, de carácter laboral y de carácter jurídicas; las cuales son objeto de desarrollo.

Implicaciones laborales

Se entiende por implicaciones laborales, a las consecuencias que se desprenden de la simulación contractual aplicada a la contratación docente. Bajo esa perspectiva, se puede determinar que sus consecuencias laborales, desde el punto de vista de la realidad son:

Pérdida económica para el trabajador

Es decir que el docente o empleado en la iniciativa privada, no goza de todos los beneficios que la ley laboral le otorga. Esta pérdida económica se refleja en el salario en primer lugar, ya que, bajo la simulación se

pueden pactar pagos por debajo del salario mínimo. Pero no solamente el salario mínimo se deja de percibir, sino también el aguinaldo y el bono catorce, así como el pago de la indemnización cuando corresponda. Esta pérdida económica a su vez, se traduce en un mayor margen de rentabilidad para los establecimientos educativos privados, lo que les permite, en su verdadera calidad de patronos, alcanzar mayores ganancias económicas.

También es importante subrayar que la misma limitación económica que supone un salario e ingresos por debajo de lo que la ley determina, obliga a los docentes dentro de la iniciativa privada a trabajar en más de una plaza de trabajo, para lograr alcanzar sus perspectivas económicas, lo que conlleva a su vez, a un desgaste laboral excesivo; y aun así el mencionado docente no puede alcanzar objetivos económicos satisfactorios. Si bien es cierto, esta circunstancia no es única de la relación laboral docente en los centros educativos privados, pero al estar circunscrito el presente estudio al estudio de la mencionada condición de los docentes en los citados centros, se limita a esa área laboral.

Esta consecuencia es parte del mundo fáctico del trabajador, trasciende las normas y es en donde lo expresado en las leyes no tiene sentido para el pueblo común, debido a que para el docente que por pura necesidad económica se ve compelido a aceptar condiciones que no le son

beneficiosas, la norma laboral no funciona a su favor. Esta es una de las consecuencias más importantes ya que desarrolla en el docente trabajador una desconfianza en el sistema de leyes; y tomando en consideración que los docentes tienen como labor la formación académica de los niños y adolescentes, el impacto se puede ver multiplicado.

Es probable que esta implicación no se palpe a simple vista, pero derivado del análisis realizado no se puede negar dicho extremo; y eso es lo peligroso debido a que aunque la presente investigación aborda a un segmento de los trabajadores, en este caso los docentes en la iniciativa privada, no se debe olvidar que la sociedad vive a través de sus propias relaciones las cuales se tejen y manejan de diversa manera y que en todo caso lo que le suceda a un segmento de esta, de una manera u otra termina afectando a otros grupos sociales. Y eso es lo que precisamente acontece en el presente caso, aunque sus implicaciones directas son solo al docente, sus efectos se extienden hasta el seno de sus propias familias y del círculo que le rodee.

Condiciones favorables injustas para la parte laboral

Es evidente que, al existir incumplimiento en el orden salarial, existirá un beneficio injusto e ilegal a favor del empleador o patrono. Una de las razones que arguyen los patronos o empleadores es que el ciclo escolar

es de diez meses y que solamente están autorizados al cobro de esos diez meses; por lo que no cuentan con la disponibilidad de recursos económicos para el pago de catorce salarios, cuando solo están autorizados al cobro de diez mensualidades, más el de inscripción. Si bien es cierto esto es una realidad, atendiendo al criterio de la realidad y de la ausencia de riesgo, el patrono no puede trasladarle al trabajador docente, este tipo de circunstancias, ya que, al realizar una analogía, lo mismo podría argumentar el comerciante patrono, cuando sus ventas bajan en virtud de la temporada.

Es decir, no es una razón válida la indicada, ya que, el patrono lo que debe hacer es mejorar su administración y organización empresarial, a efecto de que pueda enfrentar sus obligaciones de pago frente a sus trabajadores docentes. El problema real de la falta de eficiencia en la administración docente particular debe tener raíces más profundas, las cuales tienen su efecto inmediato negativo sobre el docente, en virtud de que es él el primer afectado.

Implicaciones jurídicas

Uno de los conceptos más importantes dentro de la presente investigación, es el relativo a lo que significa la simulación y el uso que se le da este concepto dentro del mundo jurídico. Es importante ya que es

menester comprender apropiadamente cómo se ha ido aplicando al campo contractual. En su sentido más estricto, la simulación constituye la alteración de la expresión jurídica con relación a los hechos que debe plantear. Es decir, sin constituir falsedad, existe una alteración a propósito por una o todas las partes contratantes, con el fin de que lo que contractualmente se estipule, de la apariencia de un negocio jurídico, pero, en su ejecución, es decir en el mundo fáctico, corresponde a otra figura contractual.

Así como existen consecuencias laborales, que apuntan al plano de la realidad de a pie del trabajador y del empleador, también se constituye en una obligación el señalamiento de una consecuencia jurídica, es decir dentro del plano del derecho. Lo contrario, no sería solamente injusto, sino impune. Por lo expuesto, al existir simulación contractual, pretendiendo darle forma de contrato de prestación de servicios profesionales a una relación de trabajo, se pueden señalar algunas consecuencias de derecho, como las que a continuación se apuntan.

Responsabilidad de la Inspección General de Trabajo. Esta oficina administrativa, debe velar porque los derechos de los docentes en los establecimientos educativos privados no sean vulnerados. La existencia a vista y paciencia de esta violación, a pesar de la obligación que tienen los inspectores de monitorear las diversas actividades económicas, en donde

se presenta también el quehacer educativo a nivel privado, constituye una alta a sus obligaciones por parte del Estado, en cuanto a garantizar a sus habitantes, el derecho al trabajo y el cumplimiento de sus normas constitucionales y ordinarias.

La Inspección General de Trabajo, de acuerdo al marco jurídico que le regula, es una oficina de primer orden en el tema de investigación, debido a que actualmente no se tiene evidencia de que tenga algún plan estratégico para la inspección o supervisión de los centros educativos privados. Caso contrario a lo que sucede en industrias o maquilas en donde es común que cada cierto tiempo se presenten los inspectores a realizar preguntas y solicitar la exhibición de libros de salarios y planillas a los patronos. Se debe recordar que la obligación de la Inspección General de Trabajo debe ser integral, es decir, tratar de abarcar todas las áreas de su competencia.

Responsabilidad del empleador. Como resultado de la presente investigación, y derivado de que, en la práctica el empleador es el que impone, no solamente las condiciones de trabajo, sino que también el instrumento o instrumentos que le regirán, es totalmente procedente indicar que es el responsable directo de las consecuencias jurídicas de la simulación contractual por él promovida.

Dentro de las consecuencias directas de la simulación contractual para el empleador, se citan a su vez.

Consecuencias judiciales, las que consisten en la condena que dictará el órgano jurisdiccional competente, en virtud de que, en el momento en que se ponga del conocimiento de dicho órgano de dicha situación, en apego a la ley, se le deberá condenar. Claro está que el patrono o empleador, tiene el derecho de defensa que la ley le otorga, pero, como se reitera, en apego a los principios laborales establecidos en el ordenamiento jurídico interno, difícilmente podría probar la argumentación del contrato de prestación de servicios profesionales.

Cabe destacar que las consecuencias judiciales también tienen un costo para el trabajador docente, debido a que para emplazar al empleador tiene que contratar los servicios de un abogado. Es cierto que para la acción judicial laboral no es indispensable la asesoría profesional, en la práctica es lo más recomendable ya que la parte patronal siempre irá con su abogado. También es cierto que algunos bufetes de las universidades, tanto estatal como privadas tienen estudiantes que dan el acompañamiento a este tipo de demandas, como parte de su práctica de la carrera de derecho; pero al tomar en cuenta la mora judicial actual, muchos trabajadores prefieren no demandar a sus ex patronos a efecto de no ser parte del desgaste que representa el juicio.

Consecuencias pecuniarias, la razón principal que origina la simulación contractual promovida por el patrono, es el asunto económico o de pago para con el trabajador. Esa es su principal motivación; y por eso, la condena judicial, conlleva el pago de los rubros no dejados de pagar bajo el contrato de prestación de servicios profesionales. Dichos rubros son, ajuste salarial, bono 14, aguinaldo, vacaciones, indemnización, y cualquiera otro que pudiera existir.

Como aporte a la presente investigación, se puede indicar que la práctica de simulación contractual docente, debe ser objetada y perseguida administrativamente por el mismo Estado, ya que, contraviene los derechos del trabajo mínimos, y deja de manifiesto el grado de fragilidad del sistema laboral guatemalteco. Esto es totalmente viable ya que, si el Estado incorpora como requisito para el funcionamiento de todo centro educativo, llenar ciertos requisitos ante la Inspección General de Trabajo, como la inscripción de los contratos de trabajo y constancia de registro al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; la práctica de simulación sería muy difícil practicarla para los centros educativos privados. Este tipo de acciones no representa mayor inversión de parte del Estado ya que la naturaleza de la Inspección General de Trabajo y actual estructura administrativa ya existen; y en todo caso lo único que se necesitaría es una reorganización administrativa.

Adicionalmente a lo expuesto, para promover esta acción estatal, se podrían ejecutar las siguientes acciones organizativas

Que se cree una sub - unidad de supervisión laboral docente, adscrita a la existente Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo. Esta unidad se dedicaría con exclusividad a la inspección y control de la actividad laboral dentro de los colegios urbanos. En un principio sería únicamente sobre los colegios urbanos, debido a que en el área rural existen menos establecimientos educativos de la iniciativa privada. La justificación a la creación de esta unidad específica estriba en primer lugar en la primacía de las normas laborales que obligan al Estado a velar por el cumplimiento de dichas normas; pero también obedece a la importancia de la labor docente. Es interesante que los educadores de la iniciativa pública han luchado siempre por la dignificación de los docentes, pero siempre dirigido hacia el Estado; pero nunca se ha luchado por la dignificación del docente de la iniciativa privada, y al contrario ha sido objeto de explotación, como se refleja en la investigación realizada.

Otra estrategia que se propone es la habilitación de una línea de comunicación que atienda al docente. Esta línea puede ser telefónica, por internet o incluso por *whatsapp*, la cual puede ser atendida tanto de parte de la Inspección de Trabajo, como del mismo Ministerio de Educación.

Dentro de la línea de dignificación del docente, no solamente está lo relativo al aspecto meramente económico, sino lo relativo a las condiciones de trabajo de este. La relación laboral implica no solo el pago y horario, sino que una serie de condiciones propicias para que la labor docente sea realizada efectivamente. En la medida que las condiciones del docente sean mejoradas, en esa misma medida mejorará la educación para las futuras generaciones de guatemaltecos y eso redundará en progreso para Guatemala.

Conclusiones

La contratación del personal docente en la iniciativa privada en los últimos tiempos se ha constituido en una lesión de los derechos laborales, porque se violentan garantías constitucionales y preceptos laborales por la simulación que se da en el contrato; es por esto que es importante determinar la forma en que realmente se debe dar esa contratación.

Se concluye que la naturaleza jurídica de la relación entre patrono y docentes, es de carácter laboral, no profesional; debido a los aspectos laborales que se presentan en dicha relación como la unidad de mando o dirección y la subordinación existente.

Actualmente se ha sustituido el contrato laboral entre las instituciones educativas de la iniciativa privada por el contrato de prestación de servicios profesionales, dándose con ello el incumplimiento de los derechos laborales del trabajador al no reconocerse la relación de dependencia que existe en la relación contractual.

Se determina que la relación que el docente tiene con la institución educativa de la iniciativa privada es una simulación, debido a que esta relación sí cumple con los requisitos de una relación de trabajo; sin embargo, suscriben un contrato de prestación de servicios profesionales.

Las instituciones educativas de la iniciativa privada deben realizar la contratación de su personal docente bajo la figura del contrato de trabajo, debido a que es el que cumple con las condiciones reales de la relación que tiene el docente con la institución educativa.

Referencias

Libros

Buen, C. (2003). *Estudios Jurídicos en homenaje al Doctor Néstor de Buen Lozano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Climent, J. (2003). *La OIT y la contratación laboral*. México: Editorial Biblioteca jurídica Virtual UNAM

Coyoy, C. (2005). *La necesidad de incorporar el estudio del derecho laboral en la temática escolar guatemalteca con vista hacia los futuros trabajadores y patronos para evitar el desconocimiento de las leyes laborales*. Guatemala: Editorial Instituto de Investigaciones. Editorial Yoma

Sigüenza, G. (2010). *Código Civil anotado y concordado*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar

Spector, H. (2015) *Manual de Derecho Civil*. Uruguay: Editorial UCUR

Diccionarios

Caballenas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editorial Heliasta

Gasca, Piña y Hurtado (2010) *Diccionario de términos jurídicos-Universitarios*. México: Editorial Universidad Autónoma de México.

Larousse (2015). *Diccionario Enciclopédico Usual*. México: Editorial Larousse

Ossorio M. (1999). *Diccionario De Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Argentina: Editorial Heliasta, S.A.

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Librería Jurídica de Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala. (1996). *Arancel de Abogados, Árbitros, Procuradores, Mandatarios Judiciales, Expertos, Interventores y Depositarios*, Decreto Número 111-96. Librería Jurídica de Guatemala

Congreso de la República de Guatemala. (1963). *Código Civil*. Decreto Ley 106. Librería Jurídica de Guatemala

Congreso de la República de Guatemala. (1961). *Código de Trabajo*. Decreto Número 14-41. Librería Jurídica de Guatemala

Citas Electrónicas

<https://www.google.com/search?q=consultor+jur%C3%ADdico+digital+de+honduras+2005&oq=consultor+jur%C3%ADdico+digital+de+honduras+2005&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

05&oq=consultor+jur%C3%ADdico+digital+de+honduras+2005&aqs=chrome..69i57j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Citas Web

http://ww2.oj.gob.gt/estadisticalaboral/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=512

<http://fundamentodelosderechoshumanos.com/2016/04/libertad-negativa-y-positiva.html>

<https://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20%20la%20realidad.htm>

<https://www.crecenegocios.com/el-proceso-de-reclutamiento-y-seleccion-de-personal/>