

EL CONTRATO DEL TRABAJO EN LA LEGISLACION COMPARADA

(conclusión)

Por **CARLOS MARIO LONDOÑO M.**

Nota de la Redacción — El artículo anterior fue escrito por su autor antes de la promulgación del nuevo código sustantivo del trabajo. Por causas ajenas a nuestra voluntad hubo que demorar la edición del N^o 4^o de esta *Revista*, motivo por el cual se pueden encontrar anacronismos entre lo que fue escrito antes del nuevo código y lo que hoy está vigente en virtud de la nueva legislación.

Pedimos excusas así al Doctor Londoño.

Naturaleza Jurídica

Caracteres del Contrato de Trabajo. — Régimen del Contrato. — La Caucción de Obra y de Servicios. — Compra-venta. — Mandato. — Sociedad. — La Opinión de Planiol. — Contrato Sui Generis. — Estado de Necesidad. — Subordinación. — Profesionalidad y Continuidad. — Ausencia de la Subordinación. — Subordinación Jurídica. — Subordinación Económica.

Siguiendo los preceptos generales establecidos en nuestro Código Civil, se define el contrato como la convención por la cual una o más personas adquieren para otras, la obligación de hacer, dar, o dejar de hacer alguna cosa. Y se entiende por convención el acuerdo de voluntades sobre una misma cosa o hecho, con el fin de producir efectos jurídicos.

La división de los contratos es muy amplia y múltiple, y los hay de derecho civil y de derecho de gentes; nominados e innominados; consensuales, literales, verbales, etc.

Según la legislación común colombiana, el contrato de trabajo sería: a) Principal; no depende de la subsistencia de otro; b) Consensual, puesto que se perfecciona por el solo consentimiento de los contratantes; c) Sinalagmático, ya que el trabajador se compromete a prestar el servicio y el patrono a pagar la remuneración y las prestaciones que la ley señala; b) Es oneroso porque ambas partes se gravan en beneficio de la otra y perciben utilidades. La onerosidad del contrato de trabajo, para ambas partes contratantes, se obligan recíprocamente; el trabajador no admite dudas, como ocurre con otros, como muy bien lo dicen Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva, cuando escriben: "Es difícil en la práctica determinar si un contrato es oneroso o gratuito. Para establecerlo hay que tomar en cuenta toda la operación en conjunto. Así, es necesario ver no sólo la utilidad material, sino también la intención de los contratantes. De aquí que sería menester atender a las relaciones preexistentes o futuras entre las partes. Por ejemplo, tratándose de la fianza, la prenda o la hipoteca, cuando es el propio deudor el que da la fianza, la prenda o constituye hipoteca, no cabrá duda de que estas cauciones son onerosas, pues tienen por objeto la utilidad de ambas partes; pero será posible titubear cuando es un tercero el que lo hace? Si se celebra sin exigir remuneración, será entre deudor y fiador un contrato gratuito. Esto mismo puede ocurrir en la estipulación por otro, en la novación etc. (1).

Es nominado porque lo regamenta y contempla la ley.

Es también conmutativo, afirma Ramírez Gronda, porque las prestaciones pactadas son ciertas y determinadas (por lo menos en sentido genérico; ningún azar o riesgo presupone el objeto mismo. El contrato de trabajo es esencialmente personal, afirma el mismo autor del lado del que presta el servicio, es intuito persona. En cambio del lado del patrón, éste puede cambiar cuando subsiste la empresa, sin que se extinga la relación de trabajo), (2).

Las formalidades exigidas por la ley para que exista contrato de trabajo las iremos estudiando a medida que el capítulo avance.

El régimen del contrato de trabajo es diferente al

(1). —Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Samarriba Unzueta. "Derecho Civil" Tomo IV pág. 44. Editorial Nacimiento.

(2). —Juan D. Ramírez Gronda. "El Contrato de Trabajo". pág. 203.

Régimen del Contrato

que opera en el derecho común. Tomando el espíritu y la letra de lo escrito por el doctor Jorge Enrique Sánchez, podemos decir que el Estatuto del Trabajo, contrariamente a cualquier contrato, se impone a la voluntad de las partes contratantes. Sus disposiciones no son supletorias de las voluntades del patrón o del trabajador.

Y continúa el mismo autor: así si estos manifiestan su intención de manera expresa y las estipulaciones que fijan son inferiores a las determinadas en la ley, su voluntad queda sin efecto y se imponen las disposiciones legales. No tiene pues el estatuto legal del trabajo el carácter de supletorio que tiene el derecho común; por el contrario, representa el imperativo mínimo de las relaciones del trabajo que se producen entre empleadores y asalariados, imperativo empleado por el Estado mediante el sistema de inspección, de sanciones y con la creación de un procedimiento para hacerse efectivo, que no debe tener las dilaciones y complicaciones del procedimiento común.

Esto se debe no sólo al carácter vital que tiene el trabajo para quien lo presta, carácter que interesa a toda la nación, sino porque el contrato de trabajo, al revés de lo que sucede con los otros contratos del derecho común o privado, los efectos fundamentales empiezan a producirse a partir de momento en que el trabajador inicia la prestación del servicio. De tal suerte que no es el acuerdo supuesto de voluntades el que hace producir los efectos en el contrato de trabajo, sino el hecho de la prestación de servicio, en beneficio del otro, lo que entraña el cumplimiento previo de las obligaciones del trabajador. Solamente cuando el trabajador por la aplicación de su energía laborante queda enrolado en la empresa, se presenta el elemento de subordinación y el contrato empieza a producir sus efectos. La prestación del servicio y no el simple acuerdo de voluntades es la condición necesaria para la aplicación de las leyes del trabajo (3).

Locación de Obra y de Servicios

No ya como modalidad histórica, sino como estructura jurídica, es preciso estudiar el contrato de trabajo frente a la locación de obra para marcar la diferencia que existe entre estas dos figuras jurídicas. Es fundamental considerar el carácter del trabajador en sus relaciones con el pa-

(3). —Jorge Enrique Sánchez. "Manual Teórico y Práctico de Derecho del Trabajo Colombiano" Ediciones Lex 1946. pág. 44.

trono; si es dependiente o independiente. En la locación de obra el trabajador es independiente de la persona para la cual está destinada la obra que ejecuta. Su actividad profesional no está sujeta a ninguna voluntad fuera de la suya. "Dicho de otro modo: el trabajador subordinado, pone al servicio de otro contratante **su actividad profesional**" y prosigue Ramírez Gronda: "Este planteo no varía por la circunstancia de que esa actividad profesional se retribuya o remunerare sobre la base de la obra realizada, tal como ocurre, v. gr. con el trabajo a destajo o por piezas, y esto, porque como se verá poco más adelante, la subordinación jurídica, y otras notas propias de la relación de trabajo, nos permitirán extraer correctamente, algunas formas tradicionalmente consideradas como verdaderas locaciones de obra, para ubicarlas dentro del contrato de trabajo. Porque en lugar de fijar nuestra atención en el fin tenido en vista por los contratantes (obra concluída, igual a locación de obra, servicio indeterminado, igual a locación de servicios), tendremos presente cuál de las partes conserva la dirección y control de tarea. Si la asume el trabajador, éste será, por tanto, independiente y autónomo; si la retiene el empleador; existirá propiamente hablando una relación de trabajo" (4).

Se han señalado por varios autores españoles y argentinos las diferencias entre la locación de obra y la locación de servicios, y entre las principales establecen las siguientes:

a) Estudiando los alcances del Derecho del Trabajo se observa que sus irradiaciones se dirigen hacia locación de servicios y no sobre la locación de obra;

b) En la locación de servicios el trabajador recibe el salario en virtud del esfuerzo incorporado a la obra, mientras en la locación de obra sólo recibe el precio cuando la entrega;

c) Cuando ocurren riesgos el simple trabajador asalariado no carga con ninguno; le corresponden al empresario. En cambio en la locación de obra perecen para el operario.

Esta inclusión del trabajo humano entre las locaciones se debe a su origen romanista, como lo dijimos al iniciar el presente capítulo; la institución de la **servidumbre** fue determinando las valoraciones jurídicas del trabajo humano. Y por eso en todos los códigos civiles que se inspiraron en las fuentes napoleónicas traen las mismas calificaciones. Josserrán afirma que "el paralelismo con locación de servicios, que se le ha dado al contrato de trabajo, procede de un punto de vista arcaico y superficial; se comprende en tiempo de es-

(4). —Juan D. Ramírez Gronda. Op. cit. pág. 166.

clavitud, cuando el trabajo era servil; no cuadra ya con las ideas modernas de la libertad humana y de independencia de los trabajadores; regido por un estatuto original, el contrato antes llamado de arrendamiento de servicios ha conquistado su autonomía; ha devenido el contrato de trabajo, y bajo este vocablo, no se evoca ya, ni en el fondo ni en la forma, el recuerdo del arrendamiento de cosas; los servicios asegurados por una persona no pueden ser vaciados en el mismo molde que los prestados por las cosas" (5).

Como dice el profesor francés, la locación de servicios es un arcaísmo, pero la realidad de la tradición civilista hace que nos tengamos que referir a ella, ya que no se ha logrado aún, desterrar los viejos conceptos que le dan validez al contrato de trabajo dentro de los antiguos moldes del derecho civil.

Compraventa

Entre los autores clásicos aferrados a las tradiciones jurídicas y enamorados de los acervos que el Derecho Romano legó a la humanidad, y que creían encontrar en los principios que de él proceden, toda la savia necesaria para inocularle a las nuevas modalidades jurídicas, y los expositores del derecho social moderno, se trabó una discusión que ya ha tomado el cauce de la realidad histórica, para darles a estos últimos la razón en lo que atañe al contrato de trabajo. De esta emulación de las ideas afloraron distintas teorías sobre la ubicación del Contrato de Trabajo y algunas de ellas con acopio de razones han pretendido fijar los mojonos para la nueva heredad jurídica.

La vieja concepción liberal estaba enseñada a ver todas las operaciones económicas del hombre a través de las leyes de la oferta y la demanda, y al trabajo le correspondía la calificación de mercancía. El salario fue considerado por Stuart Mill, Ricardo, Malthus y Smith, como el precio de una mercancía que el hombre aportaba al enriquecimiento social. Los mismos socialistas no ven en el trabajo más que una fuerza de trabajo sujeta a las posibilidades de una venta, a cambio de un precio denominado salario. El trabajador lo recibe sin consideraciones a la eficacia del mismo, ni a los producidos de la empresa, independientemente de todo riesgo. El patrono se sitúa frente al trabajador y adopta las mismas posturas que el comprador ante el vendedor; se aprovecha de las circunstancias de éste para ponerle precio al objeto vendido y bregar a obtenerlo por la menor erogación monetaria.

(5). —Luis Josserand. "Curso de Derecho Civil Positivo Francés".

En nuestro concepto este es el hecho real en los estados regidos por sistemas liberales, donde el empresario hace lo que su libre albedrío le dicta; pero no debe ser la concepción jurídica para regir las relaciones laborales.

Paul Bureau, uno de los sostenedores de la teoría de la compraventa se expresa en esta forma: "Desde cualquier punto de vista en que uno se coloque, el trabajo del obrero aparece como una mercancía; y esta palabra que ofende a castos oídos es evidentemente la única que responde a la realidad de los hechos. Como todas las demás cosas el trabajo es susceptible de compra y de venta" (6).

Carneutti, citado por Ramírez Gronda, sostiene también la teoría de la compraventa en estos términos: "El contrato de suministro de energía eléctrica no es de arrendamiento porque el objeto del contrato no consiste en la fuente de energía, sino en la energía misma, y ésta no puede ser objeto de alquiler porque el arrendatario no puede devolver la cosa arrendada. La energía se consume. Es pues objeto de compraventa". En el mismo sentido sigue sosteniendo que el hombre no puede ser objeto de contrato (como persona física), y sí solamente su fuerza de trabajo, y en su energía. Y esta energía que se separa del trabajador y no vuelve a él, puede ser objeto de compraventa tal como la energía eléctrica. Responder que el trabajador conserva su fuerza de trabajo y que sólo concede el goce, es confundir la energía con su fuente; lo que queda al trabajador es la fuente de su energía, es decir su cuerpo mismo; la energía, sin embargo, sale de él y no vuelve más". Y continúa comentando Ramírez Gronda, ahora es claro que la compraventa tiene por objeto una obligación de dar y la obligación del trabajador es de hacer, pero nuestro autor ha explicado también que el dar consta de dos elementos: la **prestación y su objeto**; y lo mismo ocurre en el hacer, sólo que por defecto en el análisis, de ordinario se confunden, absorbiéndose el objeto de la prestación. El vendedor, cuando da, se apresta a hacer, pues deja que la cosa sea tomada por el comprador; de la misma manera el trabajador, cuando hace, se dispone a dejar que su energía sea utilizada por el patrono. Aun aquí, una es la prestación y otro el objeto, y si éste (el objeto) no es el hombre, no puede sino ser una cosa".

"Para aceptar que la energía humana es una cosa, no debe perderse de vista que la energía humana sólo puede ser objeto de contrato en cuanto se objetiviza exteriorizándose al separarse del cuerpo humano. Y no se diga que por su origen humano puede ser vista como una cosa, por-

(6). —Guillermo Cabanellas. Op. cit. pág. 281.

que cosas son los cabellos que se venden a un peluquero y los esqueletos que se colocan en un museo (7).

Considera Ramírez Gronda de gran valor dialéctico la teoría expuesta por Carnelutti y que puede llegar a deslumbrar al intérprete al primer golpe de vista; mas aprecia que es más inteligente que cierta, y la increpa diciendo: "puede, no obstante, que Carnelutti haya incurrido en el error cuando descuida examinar que el objeto de la obligación operaría en su energía **antes** de que se preste y antes de que se exteriorice, pudiendo por lo tanto, acaecer que esta energía se pierda antes de exteriorizarse, como lo señaló Lotmar. De donde se sigue que la obligación no consiste en el producto fabricado, sino en la misma energía y entonces no vale su asimilación a los huesos que se exhiben en el museo" (8).

Contra la tesis enunciada, de que el contrato de trabajo se asimila a la compraventa, se ha pronunciado Deville, en los siguientes términos: "Cuando el trabajo no existe, el trabajador no puede vender lo que no posee ni tiene medios de realizar, y cuando existe el trabajo no puede venderlo el trabajador porque ya no le pertenece. La única cosa que puede enajenar el trabajador, es su fuerza de trabajo, fuerza que se distingue de su función; el trabajo como la facultad de locomoción se distingue de la marcha, como una máquina cualquiera se distingue de su funcionamiento" (9).

En cuanto al carácter de mercancía que se le venía dando al trabajo desde el siglo pasado, por la economía liberal, no sólo se han pronunciado los Papas y expositores modernos, sino que el mismo Tratado de Versalles en su artículo 427 estableció con toda rotundidad que el "trabajo no es una mercancía".

El Mandato

Por esta figura jurídica una persona confía de la gestión de uno o varios negocios a otra que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. Así lo establece el derecho civil. Pero ocurre que el Contrato de Trabajo, no puede ubicarse dentro del ámbito del mandato por razones históricas y jurídicas. El Contrato de Trabajo se diferencia del Contrato de Mandato:

1º — El mandato en el Derecho Romano era esencialmente gratuito y en la actualidad puede ser gratuito o remunerado;

(7). —Juan D. Ramírez Gronda ob. cit. página 173.

(8). —Juan D. Ramírez Gronda ob. cit. página 174.

(9). —Gabriel Deville "Principios Socialistas" pág. 17.

2º — Para que exista contrato de trabajo es de necesidad absoluta que se pague un salario;

3º — En el mandato, el mandatario representa al mandante;

4º — En el contrato de trabajo el trabajador que presta el servicio no representa al que los aprovecha; ni es la finalidad que se persigue al contratar;

5º — Si en algunos casos el trabajador representa al patrono es accidentalmente; mientras que en el mandato es esencial.

6º — En el mandato los actos son de carácter intelectual, en cuanto se refiere a efectuar actos jurídicos en representación del mandante; mientras que en el contrato de trabajo se pretenden actos materiales;

7º — En el mandato no existe una jornada; en el contrato de trabajo tiene que estar sometido el trabajador a ella;

8º — En el contrato de trabajo la subordinación es ceñida y terminante; en la representación es atenuada y le quedan al mandatario cierta libertad para moverse dentro de los límites de su mandato.

Guillermo Cabanellas dice sobre este punto: "En el mandato la razón de dependencia es propia de las instrucciones recibidas; en el trabajo, como condición necesaria para la existencia de contrato y uno y otro se separan; además, por el salario en el que el obrero encuentra su razón principal de dependencia, mientras que en el mandato la estipulación de una cantidad como retribución se hace, en todo caso, no bajo impulsos de la necesidad, sino en igualdad de trato de una y otra parte (10).

Esta igualdad de trato, de que habla Cabanellas, es de suma importancia, porque en el mandato, el mandante busca en el mandatario las mismas cualidades que son valiosas en su persona, de modo que pueda depositar toda su confianza como si él mismo fuera quien ejecutara el acto jurídico. En el contrato de trabajo se busca eficiencia, pero no igualdad. El patrono quiere ser siempre superior.

9º — El mandante puede revocar unilateralmente el mandato; el contrato de trabajo termina por acuerdo de los contratantes, conforme lo establecido y por la llegada del plazo convenido.

Sociedad

La sociedad o compañía es un contrato, según el derecho civil, que se caracteriza por el ánimo que existe en

(10).—Guillermo Cabanellas ob. cit. página 280.

dos o más personas de poner algo en común con el fin de repartir entre sí los beneficios que de su función social provengan.

Los partidarios de esta tesis consideran que existe sociedad por el hecho del patrono aportar el capital, las herramientas de trabajo y las materias primas, mientras el trabajador aporta su trabajo. El salario que éste recibe se considera como el anticipo de sus utilidades y el riesgo en el negocio consiste en la eventualidad en recibir los salarios que ya ha devengado.

No obstante, lo sugestiva que parece esta teoría al valorarse real y jurídicamente, nos encontramos que el contrato de trabajo no puede asimilarse a ella, por las siguientes razones:

a) Porque no existe el ánimo de asociarse, "animos sociatis" que es el elemento necesario para que se forme la sociedad;

b) Porque aunque el trabajador pueda tener alguna participación en las utilidades, seguramente no se llegará el caso que la tenga en las pérdidas.

El razonamiento que se hacen los sostenedores de esta teoría cuando consideran que el riesgo en las pérdidas en el negocio consiste en la eventualidad de que no le paguen al trabajador los salarios que ya ha devengado, no va más allá de ser un artificio inteligente; de aceptarlo resultaría que todo servicio envolvía un contrato de sociedad. El mandadero, el portero, serían socios, y todo aquél que estuviera trabajando para otro, así fuera en menesteres que no tienen qué ver nada con la producción.

c) Por que tanto el trabajador como el patrono pretenden distintos fines: el primero persigue su salario; el segundo utilidades;

d) Cuando se celebra un contrato de trabajo del concurso de las voluntades entre patronos y trabajadores no emerge una persona distinta, como ocurre en la sociedad donde aflora una persona jurídica independiente de los socios individualmente considerados.

e) El asalariado está en condición muy distinta a la del socio industrial con quien se le quiere asimilar, pues éste no tiene respecto de los demás socios, ningún carácter de subordinación como la que tiene el trabajador del patrono, pues la subordinación obliga al socio industrial para con la sociedad de la cual recibe su remuneración a título de participación.

Comentando la teoría que dejamos expuesta Alarcón y Horcas ha dicho: "Nada tenemos que argumentar contra esta bella teoría: así debiera de estar organizada la sociedad,

pero no lo está. Las relaciones contractuales entre los representantes del capital y del trabajo se inspiran en móviles egoístas; ambos grupos pretenden el máximo de utilidad a cambio de un mínimo de riesgo y la idea de la asociación requiere, como base esencial de su existencia, la equitativa distribución de los beneficios y de la responsabilidad entre sus miembros; no puede haber sociedad sin la presencia de todos los que la constituyen, de un estado espiritual denominado el "ánimus societatis". El obrero que lucha por la participación en los beneficios, rechaza rotundamente toda participación en las pérdidas; de igual manera el patrono repele todo sistema remunerativo del trabajo que no sea el salario" (11).

El contrato de trabajo, por lo menos en las labores de producción, se identificará en el futuro con la sociedad, pues hacia ello tiende el catolicismo social y el sistema cooperativo que es el más adecuado para la paz y confraternidad humana. Hoy la aplicación de esta teoría, dada la organización individualista que se practica, resulta contraproducente para los trabajadores, ya que se les quiere hacer creer que el escaso salario que reciben es la jugosa participación adelantada que se les brinda a título de participación en las utilidades.

El trabajador puede llegar a ser socio de la empresa y participar igualmente de los beneficios y pérdidas del negocio en algunos casos especiales y de acuerdo con una reglamentación que le deje a salvo, lo que le es estrictamente necesario para la subsistencia propia y de su familia.

Y decimos, que deje a salvo la subsistencia propia y de su familia, porque los bienes necesarios para sostenerla los debe percibir el hombre de su trabajo por encima de cualquier otra consideración, y lo demás que adquiera corresponde a la categoría de enriquecimiento. De aquí, que lo que perciba el trabajador por este último concepto, puede estar sujeto al aleas del aumento o de la disminución, tal como el empresario. Sobre la porción de enriquecimiento el trabajador entraría en asocio con el empresario, y entonces sí estarían en un mismo plano de igualdad; ambos pretenden el enriquecimiento después de haber satisfecho sus necesidades primordiales. En esta relación entraría en toda su plenitud el ánimo de asociarse, y se perseguirían idénticos resultados.

La Opinión de Planiol

Como civilista, Planiol goza de gran reputación; mas,

(11).—Alarcon y Horcas S. "Código de Trabajo", Madrid 1927 T. I
Página 50.

en el campo del derecho laboral no se mueve con la misma propiedad. En todos los libros de Derecho del Trabajo corre su teoría sobre contrato de trabajo, y que él llama arrendamiento de trabajo. En Derecho, dice, lo que llaman contrato de trabajo, no tendría más razón de ser que la simétrica **contrato de casa** si se aplica al arrendamiento de casas. No hay más que una expresión que tenga valor científico, esta es "**arrendamiento de trabajo**".

Ramírez Gronda se pronuncia contra ella en estos términos: "La posición de este jurista es insostenible en la hora actual. Su doctrina errónea ha sido minada en sus propias bases por el pensamiento moderno y él mismo ha concluido por reconocerlo" (12).

M. de Volder también se pronuncia contra la teoría de Planiol: "El trabajo como factor humano, como producto genuino de la personalidad humana, no puede ser dado en locación, no puede adquirirse o enajenarse, puede arrendarse una cosa, un objeto material, pero no puede arrendarse un hecho, una actividad, algo que pasa y se mueve, algo que constituye la verdadera vida activa de muchos hombres" (13).

Guillermo Cabanellas sostiene la misma tesis de Volder cuando escribe: "La naturaleza jurídica de un contrato debe responder a su contenido. Para generalizar el de trabajo y comprender en él las múltiples manifestaciones que se producen, para dar cabida en el mismo a los diversos **aspectos** que el trabajo puede ofrecer, no cabe sino calificarlo a base de elemento externo, cuyo arrendamiento no es posible verificar por la abstracción que la palabra lleva consigo. Arrendar cabe sobre una cosa, un predio, un campo, una casa, una máquina, más es imposible arrendar a un obrero y menos arrendar al trabajo, porque en este caso tendríamos que lo que se alquila en una máquina no sería la máquina en sí, sino la fuerza productora de ésta, y en ciertas explotaciones el arrendamiento se confundiría con el fin perseguido por una de las partes, esto es como el producto que pudiera obtenerse. En el caso concreto del contrato de trabajo tenemos que el patrono o el obrero, no arriendan puesto que se entienden cedido por el uno, en beneficio del otro, el producto resultante del empleo, bien de fuerzas físicas, bien de inteligencia o de ambos elementos a la vez, por una remuneración" (14).

(12).—Juan D. Ramírez Gronda "Derecho del Trabajo" Editorial Claridad, página 90.

(13).—Guillermo Cabanellas. Obra citada. página 270.

(14).—Guillermo Cabanellas. Obra citada. Página 270.

Contrato Sui-generis

Algunos autores han considerado que el contrato de trabajo es una modalidad sui generis. El mismo Ramírez Gronda en su libro *Derecho del Trabajo*, lo considera así, cuando dice: "No cabe, según se ve en ninguno de los casilleros elaborados por los juristas de antaño. Es un contrato nuevo y distinto a los otros, del mismo modo que es distinta la venta de la colocación y ésta del depósito". Este modo de pensar, en lo relacionado con la calificación de sui generis dada al contrato de trabajo, fue rectificada por el autor en su obra posterior: *El Contrato de Trabajo* cuando escribe: "Pero he aquí que en la ciencia jurídica, lo sui generis no significa nada. En todo caso será la manera temporal y condicionada de colocarnos ante una posición de espera o de simple expectativa".

"Pocos pueden haberse considerado satisfechos, entonces, con tales conclusiones, y la investigación ha proseguido hasta cauces más hondos. Se ha examinado la relación y el contrato de trabajo, en sus menores detalles con el objeto de ver si existiría alguna otra posibilidad de caracterizarlo sobre otras bases, dejando un poco de lado las notas tradicionales".

Ya lo dijo con mucho acierto el profesor Mario de la Cueva, que la exposición de las ideas civilistas tradicionales, demuestra, naturalmente, que entre nuestro estatuto y los contratos de derecho civil existen desde el punto de vista formal muchas analogías. Pero agrega: "Supongamos por un momento que se acepte la teoría de la compraventa o de la sociedad; las cosas pasarían como si el trabajador vendiera su energía de trabajo o como si se le adelantara la parte que en los beneficios le corresponde. Con esta suposición sabemos algo sobre el contrato de trabajo, cuando se nos dice, al mismo tiempo, que no está regido por los principios de la compraventa o de la sociedad. Qué sentido puede tener buscar esas analogías si no han de poder aplicarse las mismas normas? Las reglas sobre los contratos civiles no pueden aplicarse en materia de trabajo porque esas reglas se refieren a relaciones patrimoniales, en tanto que repitiendo la frase de Lotmar autor que vio desde hace varios años la magnitud del problema "el objeto de la prestación del trabajador, fuerza de trabajo no es algo que pertenezca a su patrimonio". De ahí también que Carnelutti se vea obligado a concluir que, a pesar de la analogía que existe con el contrato de ministración (suministro), según la voz usada generalmente en la Argentina de energía eléctrica, debe considerarse separadamente al de trabajo".

“El Derecho del Trabajo concluye De la Cueva, es un mínimo de garantías, no para proteger cosas, sino personas, y sus preceptos tienen como finalidad inmediata, no tanto proteger la energía humana de trabajo, cuanto asegurar a cada hombre una posición social adecuada, esto es, el derecho del trabajo constituyente, no reglas para regular la compraventa de energía de trabajo, sino un estatuto personal que determina la posición del hombre en la escala social. Si no fuera así, el derecho del trabajo no se distinguiría de las prácticas adoptadas por los campesinos para obtener de sus bueyes el mayor rendimiento posible” (15).

Por su parte Héctor Escribar Mandiola afirma: “En nuestro concepto, el contrato de trabajo es una **convención peculiarísima sui-géneris, sin cabida en las nomenclaturas contractuales del derecho común**, sin posibilidad de ser asimilada a éstas y sin que valga la pena ni convenga el esfuerzo ingenioso y erudito que pueda gastarse en intentar o lograr su asimilación. Nació como consecuencia de circunstancias sociales y económicas de una nueva era histórica, y ha vivido y se ha desenvuelto con autonomía cuya integridad importa conservar y defender, sin atarlo a una tradición jurídica, cuyas ligaduras pueden desvirtuar su fisonomía específica, y debilitar su pujante vitalidad o entorpecer eventuales e insospechadas transformaciones. Las proyecciones sociales y económicas de este contrato que fluyen de todo lo dicho y de su peculiaridad inconfundible, justifican y reclaman la intervención de la ley para procurar el equilibrio entre los contratantes y para restringir la libertad de estos, a fin de evitar los abusos de la parte económicamente más fuerte, de asegurar garantías mínimas a la parte débil y de robustecer la posición contractual de ésta. Por razones de interés público y en cumplimiento del deber tutelar que incumbe al estado sobre las clases sociales desposeídas, se limita la autonomía de la voluntad en este contrato y se ensancha el ámbito de la esclavitud de la ley (16).

Estado de Necesidad, Subordinación Profesional y Continuidad

En el contrato de trabajo es típico su contenido objetivo que consiste en un **hacer humano** de trascendencia universal muy distinto “a una actividad que puede consistir

(15).—Juan D. Ramírez Gronda. “El Contrato de Trabajo”, páginas 177 y 178.

(16).—Héctor Escribar Mandiola. “Tratado del Derecho de Trabajo”, Editorial Zig-Zag página 339.

en **ejecutar** (nota típica de las locaciones tradicionales), o en **deliberar** (nota típica de mandato). En segundo lugar esta prestación de la actividad debe estar **subordinada** al dador de empleo. El patrono en sentido riguroso es quien dirige, vigila y controla la tarea. En tercer lugar el contrato de trabajo exige la nota **profesionalidad** en el trabajador. Y por último la doctrina se inclina también, aunque sobre el punto no unanimidad, por reconocer una tercera nota peculiar del contrato de trabajo: la **continuidad**. Las prestaciones de servicios puramente accidentales u ocasionales no configurarían un propio contrato de trabajo" (17).

Nosotros consideramos que a las tres características típicas del contrato de trabajo, anotadas, y que analizaremos más adelante, se les puede anteponer: **la del estado de necesidad**. El trabajador asalariado constituye un hecho social con sus características propias que le distinguen en el concierto social. Trabaja para vivir; es la defensa de la vida lo que lo mueve en primer término; por eso jamás el trabajo puede ser una mercancía; en él reside primeramente una necesidad, y de su ejercicio afluyen oleadas de superación. Trabajar es ascender, enriquecer la personalidad. En la jerarquía de los valores materiales o que tienen relación con éstos, la vida ocupa el primer lugar. Por eso la propiedad ajena frente a un hombre que está amenazado a morir de hambre, porque no puede hacerse a recurso, deja de ser intangible para convertirse en generadora de función social y puede ser apropiada para satisfacer las necesidades de aquél que sufre. Así lo previó Santo Tomás de Aquino en su Suma Teológica. Y no podía ser de otro modo, pues Jesucristo no murió por las yugadas de tierra ni por los plantíos, ni por los tesoros escondidos en las criptas de los bancos; cambió su vida por libertar al hombre del oro, la propiedad y la avaricia. El contrato de trabajo pretende, ante todo, la defensa del hombre que es la defensa de la sociedad. Por eso las normas que lo regulan en todas las legislaciones son de las llamadas de orden público. El estado desarrolla la facultad de tutelación que le es propia, para garantizarle al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

Esencia de la Subordinación

Todos los tratadistas de Derecho del Trabajo consideran que en el contrato de trabajo el elemento **subordinación** es el más sobresaliente, y que aunque no es exclusivo de él, pues se puede encontrar en el mandato y en la loca-

(17).—Juan D. Ramírez Gronda. "El Contrato de Trabajo", pág 181.

ción de servicios, en unión de la continuidad y la profesionalidad lo hace aparecer independiente de los demás contratos con perfiles y notas propias.

Tanto las legislaciones como la doctrina consideran como sinónimos las voces: subordinación, dependencia, dirección. Los tratadistas, alemanes españoles y colombianos, hablan de **dependencia**; y nuestra ley 6^a de 1945 en su artículo 1^o, al definir lo que se entiende por contrato de trabajo dice: "Hay contrato de trabajo entre quien presta servicio personal bajo la continuada dependencia de otro etc."

En la doctrina italiana se encuentra la palabra **subordinación** y la belga y francesa dicen: **dirección**.

Aunque en nuestra legislación se dice **dependencia**, nosotros calificaremos este vínculo contractual con el nombre de **subordinación**, porque consideramos que esta palabra es más comprensiva.

Los expositores se han formulado la pregunta en qué consiste la subordinación, y sus pareceres no han resultado unánimes. Unos consideran que la subordinación debe ser económica, otros jurídica y el resto técnica. La jurisprudencia italiana se ha decidido por la subordinación jurídica y este mismo camino ha seguido la francesa en los últimos años, pues hasta hace poco sus tesis favorecían a la subordinación económica.

Subordinación Jurídica

Por subordinación jurídica se entiende el derecho que el patrono tiene de darle órdenes al trabajador y de vigilarle sus labores y corregirle las deficiencias que aparezcan. Colin citado por Ramírez Gronda, afirma: "por subordinación jurídica entiéndese un estado de dependencia real, producido por un derecho, el derecho del empleador de dirigir, de dar órdenes; de donde surge para el empleado la obligación de someterse a sus órdenes. Esta es la razón por la cual se ha denominado a ésta, subordinación jurídica, para oponerla principalmente a la subordinación económica, o a la subordinación técnica, que significa sin duda, una dirección a atribuir un trabajo al empleado, pero **jurídica**, por el contrario, trátase de un derecho general de fiscalizar la actividad del otro, de interrumpir o hacerla cesar a su voluntad, de trazar sus límites sin que sea necesario controlar continuamente el valor técnico de los trabajos efectuados".

Por su parte, Ramírez Gronda, comenta al anterior trozo de Colin como sigue: "En esta parte del discurso de Colin, aparecen claras algunas posibilidades que podríamos llamar **potenciales**, en efecto, no siempre el empleador puede

actuar de una manera **directa** e **inmediata** sus poderes de dirección y de fiscalización. Si un obrero se traslada a una estancia lejana podría sostenerse que ha desaparecido la subordinación jurídica. Pero e:lo no es así. Nuestro vínculo de subordinación no se refiere a una subordinación directa e inmediata". "Justamente hemos expuesto, si por subordinación habría de entender la mirada constante y dura del empleador armado de un reglamento tiránico a manera de látigo, no cabría considerarla en nuestro derecho. De todas maneras, el que ha enviado al trabajador a reparar el molino, es un empleador, quien explícita o implícitamente, dio también las instrucciones del caso y puede dar otras instrucciones en cualquier momento, encomendado al empleado o al obrero una tarea distinta o disponiendo su regreso a la usina".

La subordinación jurídica consiste cabalmente, en el **derecho** patronal de dar instrucciones y en la correlativa **obligación** del trabajador de acatarlas; el patrono dispone y fiscaliza, como **acreedor** de una prestación contractual. Esta subordinación, además, no está encajada en un ámbito físico o temporal determinado de validez. Ella consiste para el dador del empleo, en algunos casos, en dar órdenes; en otros, en la sola posibilidad de darlas o de hacerlas cesar, y siempre —como lo tiene dicho la Corte de Apelación de Dijón (19 de febrero de 1932)— en la posibilidad de sustituir su voluntad a la del trabajador cuando lo creyera conveniente" (18).

Subordinación Económica

No encontramos razón poderosa para creer que la subordinación jurídica nazca del mandato de la ley con exclusión de otros factores. Nosotros consideramos que la subordinación económica constituye el hecho sociológico que determina el surgimiento de la ley normativa para regular el acuerdo de voluntades entre el patrono y el trabajador, que es propiamente, lo que se denomina contrato de trabajo; pues como veremos más adelante, este contrato tiene sus diferencias con la relación de trabajo. Es evidente que el trabajador, acude al empleador en busca de trabajo por la necesidad que tiene de satisfacer sus necesidades materiales y es por este camino por el cual se llega a la subordinación jurídica. Como se ve, la ley no hace otra cosa que reconocer la evidencia de un hecho y darle reglas necesarias para que cumpla los objetivos sociales que le son propios.

(18).—Juan D. Ramírez Gronda. "Contrato de Trabajo". páginas 191 y 192.

Con muy buen juicio el gran sociólogo alemán Jorge Simmel al estudiar el problema de la subordinación aprecia que ella se opera por caracteres de preeminencia o de necesidad y que cuando una de las partes en un contrato, por ejemplo, uno se encuentra en el mismo pie de igualdad con la otra no se verifica un verdadero contrato de sociedad y dice: "El principio formulado por los juristas romanos, de que la sociedad leonina no puede considerarse como un contrato de sociedad, muestra de un modo relativo que, al privar de toda significación propia una de las partes, queda suprimido el concepto de sociedad. En el mismo sentido, y refiriéndose a los trabajadores de las grandes empresas modernas que excluyen toda concurrencia de empresas rivales en el reclutamiento de brazos, se ha dicho que la diferencia entre la posición estratégica del obrero y la de sus patronos es grande, que el contrato de trabajo deja de ser un **contrato** en el sentido corriente de la palabra; pues los obreros tienen que entregarse incondicionalmente al patrono. Teniendo esto a la vista, la máxima moral: no emplea nunca al hombre como simple medio, se revela en efecto como fórmula de toda socialización. Cuando la significación de una de las partes desciende a tal punto que su personalidad ya no entra para nada en la relación, no puede ya hablarse de sociedad, como no puede decirse que exista sociedad entre el carpintero y su banco" (19).

El anterior trozo de Simmel serviría como argumento contra los que ven en el contrato de trabajo un contrato de sociedad y contiene además el sentido cabal de la subordinación por estado de necesidad, que a nuestro juicio, es característica del contrato de trabajo.

André Brun considera que "la dependencia económica sustituye a la dependencia jurídica, elemento del contrato de trabajo considerado antes como esencial. Se consideró digna de protección la persona que obtiene de su trabajo su principal medio de subsistencia, poniendo regular y enteramente su actividad en beneficio ajeno. Es así como los representantes, corredores y viajantes de comercio han sido asimilados a los asalariados".

En Colombia el concepto de subordinación económica, se ha aplicado en la doctrina como también el de la subordinación jurídica. El Departamento Nacional del Trabajo que tiene como una de sus funciones el hacer cumplir las leyes laborales ha sentado como doctrina la siguiente: "Existe contrato de trabajo siempre que la ejecución del trabajo, cual-

(19).—Jorge Simmel "Sociología". Trad. del alemán por J. Pérez Bances. Espasa Calpe Argentina. Tomo I Págs. 137 y 138.

quiera que sea su modo de remuneración, coloque al que lo suministra en una relación de dependencia económica y subordinación técnica con respecto a aquél que lo remunera" (Capitant. y Cuche. *Percis de Legislation Industrielle*). "Es decir que se reconoce como la característica primordial que sirve para distinguir el contrato de trabajo de todas aquellas otras que le dan contenido y esencialidad a las demás convenciones legales, el vínculo de subordinación o dependencia del asalariado para con el patrón".

"Esta subordinación puede dividirse para una mejor apreciación de ella en estas tres fases o manifestaciones; a) Subordinación económica; b) Subordinación técnica; y c) Subordinación personal; constituyendo esta última la facultad que tiene la empresa y el patrón, de dar órdenes al asalariado en todo momento y lugar; y en la obligación para éste de someterse a obedecer los reglamentos de la empresa, lo cual implica sujeción a los horarios de la labor, normas de conducta especiales, etc., sin que sea necesario la concurrencia de todas estas tres manifestaciones, pues sólo basta, para llegar a la misma conclusión de subordinación, la presencia de una cualquiera de ellas".

El vínculo de subordinación personal es esencial para que exista contrato de trabajo, no así el de subordinación económica aunque él resulta de las luchas sociales corrientes, pues puede suceder que un individuo que trabaja bajo la dependencia de otro no sea para derivar su subsistencia sino simplemente por afición al trabajo. Es también común el caso de individuos que perciben jubilaciones en empresas particulares y a su vez trabajan como dependientes de otros.

El control técnico en la mayoría de los casos existe, pero puede no existir cuando por ejemplo el empleado se contrata por el empresario en vista de sus conocimientos técnicos y para el fin de implantarlas en el establecimiento en el cual entra a servir.

Es el vínculo de dependencia en nuestra legislación como en la española, el que caracteriza el contrato de trabajo, pues las demás consideraciones fluyen de él según la circunstancia especial en que el trabajador esté colocado y de la misma organización de la empresa.

No sólo en la doctrina se ha seguido en Colombia el criterio de la subordinación económica sino también en la legislación especial; como muestra de ello podemos citar la ley 48 de 1936 sobre representantes y agentes viajeros y la ley 38 del mismo año, que se refiere a los trabajadores de la construcción; por eso en esta ley los trabajadores de los contratistas y subcontratistas pueden exigir solidariamente las

prestaciones que les corresponden del dueño de la obra o del contratista.

Refiriéndose al mismo tema de la subordinación económica Guillermo Cabanellas escribe: "quienes afirman que la subordinación jurídica se ciñe a la idea de que ella procede del texto de la ley, pero no tiene en cuenta que la ley no hace sino reconocer una situación de hecho existente antes de que ella se produzca. Esta situación de hecho es la que nos interesa desentrañar".

"El obrero, que cada día más es considerado como un colaborador formal en el desarrollo económico, no sufre, por su calidad de tal una "capitis diminutio" al someterse condicionadamente a su patrono. Su subordinación es hasta cierto punto jerárquica, exigida por las necesidades del desarrollo integral de la economía y esta subordinación subsiste tanto en los países de régimen capitalista como en los de régimen proletario. Es la tendencia más conveniente y viable para el futuro, lo que no impide que reconozcamos, un pasado totalizador y un presente excepcional; la existencia de una dependencia económica que es el motivo, la causa que obliga al obrero a someterse a dicha subordinación".

"La subordinación, pues, nace de una dependencia económica. El obrero se somete al patrono porque precisa de un salario; en otro caso no habría contrato y por ende no se produciría esa subordinación. La ley, al establecer el derecho del patrón a dar órdenes, se remite en todo caso a que dichas órdenes sean dadas en relación al trabajo y únicamente en cuanto a éste hace referencia. El patrono no puede formular otras exigencias que las relativas al cumplimiento del cumplimiento del trabajo. Si tenemos en cuenta inicialmente, este extremo, comprenderemos fácilmente que la subordinación que se exige ha de ser jerárquica, precisa ésta para la mejor distribución de la actividad. El patrono se reserva normalmente la facultad de dirigir la empresa, industria o establecimiento; la dirección significa jerarquía en el trabajo".

"Por todo lo dicho, la subordinación que puede ser económica hasta determinado punto, pasa a convertirse, en la efectividad del desarrollo del contrato de trabajo en jerarquía, o si se quiere —porque la palabra puede desagradar— en necesario. Esta subordinación del obrero al patrono no puede confundirse con la sumisión absoluta. Hay en definitiva sí, disciplina en el trabajo, acción coordinada, voluntades dirigidas y, en suma, obediencia a las órdenes en el trabajo, obediencia que no nace de la ley, sino que es impuesta por necesidades vitales de toda organización" (20).

(20).—Guillermo Cabanellas. Op. cit. páginas 310, 311 y 313.