

T.-D  
261

1

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**BREVES APUNTES SOBRE EL CONTRATO  
DE TRABAJO**

**TESIS:**

**PARA OBTAR EL TITULO DE DOC  
TORA EN DERECHO Y CIENCIAS  
POLITICAS**

**ISABEL PEREZ DE CARRASQUILLA**

**SCIB**  
00018386

1.979.-

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**REPUBLICA DE COLOMBIA**

**RECTOR :-**

**Dr: LUIS H. ARRAUT**

\*\*\*\*\*

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**DECANO:**

**Dr: JAIME GOMEZ O'BYRNE**

**SECRETARIO:**

**Dr: PEDRO MACIA S.**

\*\*\*\*\*

**PRESIDENTE DE TESIS:**

**Dr: RODRIGO CABALLERO G.**

**PRESIDENTE HONORARIOS:**

**Dr: ALFONSO NIEVES GOMEZ**

**EXAMINADORES:**

**Dr: GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA**

**" GUILLERMO BAENA PLANETA**

**"**

---

**CARTAGENA - ABRIL 27 DE 1. 979.**

**INDICE**

**CAPITULO - I**

**PAGINA**

Concepto y definición del contrato de trabajo

I	Concepto de Contrato	1
II	La denominación contrato de trabajo	3
III	Definición	6
IV	Elementos	15

**CAPITULO - II**

Teorías Civillistas del Contrato de Trabajo en General

I	Del contrato de arrendamiento	27
II	Del contrato de compra-venta	22
III	Contrato de Sociedad	24
IV	La Teoría del mandato	20

**CAPITULO - III**

Limitación a la Libertad Contractual

I	Caracter del contrato de trabajo	29
II	Situación de las partes.	33
III	Razón del Intervencionismo estatal	38
IV	Limitación a la Libertad contractual	43

**CAPITULO - IV**

**PAGINA**

**De la relación de trabajo**

I	Noción General	50
II	Elementos de la relación de trabajo	61
III	Actividad personal	61
IV	La continuada subordinación o dependencia	64
V	Un salario	74

**CAPITULO - V**

**Objeto y Capacidad del Contrato de Trabajo**

I	Objeto del Contrato de Trabajo	76
II	La capacidad en materia de trabajo	83
III	Capacidad General para Contratar	86
IV	Capacidad de los patronos.	87
V	Asociaciones Profesionales	88
VI	Consentimiento	89

**CAPITULO - VI**

**Características del Contrato de Trabajo**

I	Clases de Contratos.	91
II	Formas	93

<b>CAPITULO</b>	<b>PAGINA</b>
III Prueba	95
IV	
<b>CAPITULO - VII</b>	
<b>Terminación del Contrato de Trabajo.-</b>	
I Principios Generales	97
II La situación legal colombiana	104
III Libertad para terminar el contrato	108
IV Terminación motivada	107
V Las causas legales y la voluntad de las partes	109
VI Condición resolutoria	102
VII Modos generales de terminar el contrato	116
VIII Por parte del trabajador.	123
IX Terminación con aviso previo por parte del patrono.	127
X Terminación con aviso previo por parte del trabajador.	130

### INTRODUCCION

A pesar de que el contrato de trabajo , es un tema que ha sido tan ampliamente discutido y analizado, no deja de ser un campo de actualidad, debido a la forma cambiante de la sociedad , a las ambiciones de los individuos y primordialmente de la protección de los derechos que el estado está en el deber de garantizar a los más débiles quienes quedarían en las manos de los que ostentan el poder económico.

El derecho del trabajo debe nacer de la realidad de los hechos y el legislador a temperar ésta, a las necesidades jurídicas y sociales.

Al derecho del Trabajo debe tener como colorario un contrato, en el que la libertad afectiva de las partes no tenga cortapisas nacidas en la hegemonía de una de ellas.

A través de este estudio, trato de evocar los diferentes conceptos que se han tenido a lo largo del tiempo sobre el contrato de trabajo , siendo la base principal de éste, las relaciones de trabajo que surgen con la ejecución del contrato.

7

Hago lo posible por enfocar el tema desde un aspecto muy generalizado, pero lógicamente teniendo que particularizar tanto en el contrato individual como el contrato colectivo, pero siempre dando una imagen de amplitud de conceptos referentes al contrato de trabajo. La razón por la cual generalizo tanto en el tema es, sencillamente por salirme un poco de los lineamientos tradicionales seguidos por la mayoría de los que se inquietan por el tema.

**CAPITULO - I**

**CONTRATO DE TRABAJO**



I

**CONCEPTO Y DEFINICION**

- 1. - Concepto de Contrato. - 2. - La denominación contrato de Trabajo . 3. - Definición. 4. - Elementos.

1. - CONCEPTO DE CONTRATO. - Savigny definía el contrato como "el acuerdo de muchas personas sobre una manifestación común de voluntad destinada a regir sus relaciones jurídicas". El codificador Argentino hizo suya, con pequeñas variantes, esta definición . El artículo 1137 del Código Civil de la Argentina establece: Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.

Siendo como son los contratos la fuente más rica del Derecho de obligaciones , dimanar del de trabajo numerosas situaciones que son fronterizas a las comunes de la Legislación Civil positiva. Por esta razón no hay inconveniente alguno en establecer aquellas definiciones como generales, antes de particularizar en materia de especialización . El contrato es todo pacto, ajuste o conve -

1. - nio estipulado entre partes que se obligan a dar, a hacer, o no hacer una cosa. Con ello podemos señalar que en el trabajo las obligaciones que para las partes dimanar son de dar o de hacer.

Los tipos de contratos clásicos han sido rebasados en mucho Ripert señala acertadamente que el contrato libremente consentido por el Código Civil ha venido a ser reemplazado por un tipo de contrato semilegal, semicontractual, en el que la declaración de voluntad solo es necesaria para reconocer la sumisión de las partes a la situación impuesta por la Ley. Esta gran verdad se hace por demás sensible en presencia del contrato de trabajo en el que el simple consentimiento de las partes forja la relación jurídica, pero es incapáz para de terminar, por ella sola, las diversas condiciones contractuales que son establecidas por la otra parte. En defecto de estas condiciones voluntarias, substituyéndolas las más de las veces, aparecen las reglamentaciones que, como habremos de ver, cercenan la autonomía volitiva y crean un contrato de tipo legal, dirigido totalmente por el legislador.

El antagonismo de intereses que enfrenta a las partes que con

1. - tratan adquieren su mayor virulencia en el trabajo, ya que en él lo que beneficia a una de las partes perjudica sensiblemente a la otra. De aquí , pues, ese matiz de irreconciliables que tienen los dos elementos -patrono y obrero - en la contratación , y de ahí, también, la necesidad de establecer una autoridad superior que vale porque la relación jurídica se desarrolle sin un perjuicio para una de las partes, naturalmente para aquella que más débil debe en contrarse obligada a aceptar lo que la otra le imponga o exija.

2. - LA DENOMINACION CONTRATO DE TRABAJO. - La expresión contrato fué adoptada de un modo oficial primeramente en Bélgica , después en Suiza y más tarde en Francia por su Código de trabajo. De este término se ha dicho que aún faltó de precisión no tiene el defecto de darnos una noción inexacta del objeto del contrato. Jossierand, ratificando la denominación de contrato de trabajo, expresa que " la antigua de arrendamiento de servicios procede de un punto de vista arcaico, superficial ; se comprende en tiempos de esclavitud , cuando el trabajo era servil; no cuadra ya con las ideas modernas de libertad humana y de independencia de los trabajadores; regido por un estatuto original el contrato antes llamado de arrenda-

de servicios ha conquistado su autonomía, ha devenido el - contrato de trabajo y, bajo este vocablo, no evoca ya ni en el fondo ni en la forma, el recuerdo del arrendamiento de las cosas : los servicios asegurados por una persona no pueden ser vaciados en el mismo molde que los prestados por las cosas".

Hoy la denominación anotada ha obtenido el consenso casi - unanime de la doctrina, y tiene la particularidad de referirse al hecho objeto de la prestación. En defecto, el individuo no se contrata, porque dentro del actual concepto de la libertad individual ello no sería posible. Quedaría resuelto el - problema elevándonos al plano del derecho filosófico, en el que " el contrato de trabajo es la sociedad que tiene por objeto la producción de la riqueza y en la que el socio empresario abona al socio trabajador una suma, pagadera en época determinada, a cambio del abonado por el trabajador del - producto de su trabajo".

Tanto la legislación como la doctrina son unánimes en admitir esa denominación. El contrato de trabajo es objeto de Leyes especiales o está contenido en los códigos del trabajo a

2.- los que sirve como fundamento. Excepcionalmente se mantiene dentro del código civil , como ocurre con el Peruano del 14 de Noviembre de 1.936, el que consagra varios capítulos a este contrato.

Charles Gide, en tiempos en que se encontraba ya el nombre de contrato de trabajo , expresó su opinión en contrario. "los jurisconsultos dicen que el contrato de trabajo es hoy día , el nombre más corriente; no obstante el trabajo no es el objeto del contrato y no se designa un contrato por su objeto; no se dice el contrato de tierra, ni el contrato de casa, ni el contrato de dinero. Distínguese las especies de contratos por los estados de Derecho que crean: aquí el estado de salariado .  
 ¿ Por qué no habría de decirse contrato de salariado como se dice contrato de matrimonio? Y el propio Gide responde: probablemente porque la palabra no es muy bien vista hoy día, aún por aquellos que la declaran definitiva".

Fuera de  
 Fuera de esa excepción, y alguna que otra discordancia aislada , la norma es reseñarlo como tal contrato de trabajo, dándole independencia como figura jurídica, libre de las trabas normales impuestas por el código Civil , pero con una relativa in-

2. - dependenciadde éste.

3. -

3. - DEFINICION. - Más , ¿ Que debe entenderse por contrato de trabajo? Según Lotmar, en el plano del derecho positivo el contrato de trabajo es aquel por el cual unapersona-Trabaja dor - se obliga respecto de otra- patrono- a trabajar durante un tiempo determinado o a ejecutar alguna obra mediante un precio .

En la doctrina A. Rouast, en la obra de Planiol y Ripert, define este contrato " como una convención por la cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra, de modo que trabaje bajo la dirección de ésta y para su aprovecho mediante una renumeración llamada salario".

Hinojosa, en sus comentarios a la Ley Española de contrato de trabajo , lo define como " aquél en virtud del cual, una o más personas que no sean funcionarios públicos en la prestación de su servicio, se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio a una o varios patronos, fuera de todo carácter familiar o de mutuos auxilios, bajo la dependencia de aquél , sea cual fuere la forma de remuneración pactada por dicho servicio u obra".

3.- Pocos contratos han merecido tantas y tan antagónicas definiciones . Ello es en razón de su rápido devenir y a los diversos factores sociales y económicos que ejercen marcada influencia sobre él. El concepto de obrero ha sufrido también una intensa transformación : ya no son únicamente los trabajadores manuales a los que afecta la relación de derecho que surge de la prestación de un servicio ; son también los llamados trabajadores intelectuales los que se incluyen dentro de las normas de este contrato, que cada vez abarca nuevas fases de la actividad humana hasta comprender toda relación humana en donde exista la realización de un esfuerzo , físico o intelectual, una dependencia directa entre las partes y una remuneración o salario .

Dentro de la legislación positiva, la Ley Española de 21 de Noviembre de 1.931 establece que se entenderá por contrato de trabajo , cualquiera que sea su denominación , aquel por virtud del cual una o varias personas se obligan a ejecutar una obra o a prestar un servicio, a uno o varios patronos o a una persona jurídica de tal carácter , bajo la dependencia de ésta , por remuneración , sea la que fuere la clase o for





3. - se sirvieron para crear las conocidas diferencias entre locación de obra y locación de servicios, aparecen confundidas en el contrato de trabajo caracterizado por la Ley Española . Y es que en realidad poco puede importar el disgusto desde que ambas modalidades aparecen constantemente unidas y confundidas , de tal suerte que si la distinción teórica aparece clara, no ocurre lo propio frente a los hechos. "

Gallardo Folch señala sobre la mencionada definición su calificación de buena, no porque sea un modelo de síntesis en la formulación del contenido de esta figura jurídica , sino - porque plantea con toda claridad el problema jurídico que la Ley intenta resolver, al trazar , con más o menos perfección técnica pero con plena claridad, la silueta de la realidad social que va a regular con normas del derecho.

Hizo alarde de verdadera concisión el código Español del trabajo , el que definió este contrato como aquel en virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio por un precio cierto.

Marcan estas dos definiciones , sustancialmente , la gran evo

3. - lución operada. La una concibe solo el aspecto individual - del contrato; en la otra se considera el colectivo. La una exige un precio cierto; en la otra se impone una remuneración que puede ser incierta en principio. La una impone dependencia , calidad de patrono en una de las partes; en la otra no se invoca dicha razón de dependencia.

Un primitivo proyecto formulado en España en 1.906 definía el contrato de trabajo como "la prestación de servicios de carácter económico , ya sean industriales, Mercantiles, agrícolas o domésticos" quedando excluidos expresamente , "los trabajos en cooperación o comisión , los servicios accidentales o sueltos y los de obra por ajuste o precio alzado, realizados fuera del establecimiento o explotación o de la acción directa del patrono, los cuales se regirán por los preceptos legales de las legislaciones Civil y Mercantil ". Este proyecto de Ley, que presentado al parlamento no llegó , empero , a discutirse , incluía dentro del concepto de obrero a quienes realizaban el servicio doméstico. Proyectos posteriores eliminaron de los beneficios de la legislación del trabajo a esta clase de trabajadores. Una razón justificativa ha sido dada al efecto:

3. - en el servicio doméstico no existe dependencia , sino conti  
 nuidad de la vida hogareña , un ídenticó techo, los mismos  
 problemas y muchas veces mutua convivencia que crean una  
 relación que no es la misma que la que existe , normalmente,  
 entre el obrero y el patrono.

La evolución que señaláramos anteriormente se hace sentir  
 aún más, en la definición contenida en el proyecto presenta  
 do por el pleno del Instituto Español de Reformas Sociales en  
 1.924, la que expresa que este contrato " Es el que tiene por  
 objeto la prestación retribuída de servicios de carácter econó  
 mico , en las condiciones que se pacten , según reglas que tien  
 dan a la normalidad de las relaciones entre los elementos que  
 intervienen en la producción y en la forma más equitativa de de  
 rechos y deberes".

Surge de esta definición el problema social y expresa la unidad  
 evidente que hay entre la economía y el derecho. Se señala una  
 relación de equidad entre los elementos que intervienen en la  
 producción , cuyo fin es llegar a la normalidad. Esta definición  
 correspondería a la doctrina y ella enuncia, más que define ,  
 propósitos contenidos en la Legislación del Trabajo y afectos

El contrato de trabajo es la convención por la cual una persona ( el empleado u obrero) promete a otro ( el que emplea o patrón) su trabajo por un tiempo determinado, mediante el pago de un salario.

Dentro de las definiciones contenidas en los proyectos presentados en Hispano-América merece destacarse la de Saavedra Lamas, la que expresa: El Contrato de trabajo no tiene por base la prestación individual o colectiva de servicios comerciales o industriales , mediante una remuneración en dinero . Como se ve quedan exentos de las disposiciones , por propia definición, los obreros agrícolas cuando es innegable que realizan con su patrón un verdadero contrato de trabajo así como quienes prestan servicios domésticos.

El proyecto del Código del trabajo para Bolivia, presentado a finales de 1.943 , dispone en su artículo 18: El contrato individual de trabajo es aquel en virtud del cual una o más personas se obligan a prestar sus servicios manuales o intelectuales a otra bajo la dependencia y autoridad de ésta y mediante un salario.

El Artículo 10. del código del trabajo de Chile da la siguiente

definición contrato de trabajo es la convención en que el patrón o empleador y el obrero o empleado se obligan recíprocamente, estos a ejecutar cualquier labor o servicio y aquellos a pagar por esta labor o servicio una remuneración determinada. La ley federal del trabajo de México, en su artículo .17 expresa que es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra bajo su dirección y dependencia, un servicio personal, mediante una retribución convenida.

Las características que ofrece esta definición son: 1o) Obligación del trabajador de prestar un servicio, empleando sus energías tanto físicas como intelectuales; 2o) Obligación del patrón de pagar una remuneración; y 3o) Relación de dependencia o de dirección en el que el trabajador se encuentra colocado frente al patrono.

La consolidación de las leyes del trabajo del Brasil reduce su definición a los siguientes términos: Contrato individual de trabajo es el acuerdo tácito o expreso correspondiente a la relación de empleo (Artículo .442)

En nuestro concepto el contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto la prestación, bajo la dependencia o dirección ajena,

de servicios de carácter económico y por la cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de utilizar la actividad de otra. El esfuerzo productivo debe, en todos los casos, recibir una recompensa equitativa de aquel que obtiene sus beneficios. (Enriquecimiento sin causa.).

4. - ELEMENTOS. - De las definiciones transcritas surgen los siguientes extremos:

- a) Una relación de dependencia entre las partes.
- b) Uso y disfrute de la actividad ajena.
- c) La exigencia de una remuneración, entendiéndose por tal la totalidad de los beneficios que el trabajador obtenga por sus servicios.
- d) La necesidad de que los servicios prestados sean de carácter económico;
- e) La indeterminación del tiempo de la prestación de los servicios o su fijación por día, semanas o años, por obra o por tarea.
- f) La posibilidad de que sean uno o varios los obreros que se contratan o uno o varios patronos contratantes.

de servicios de carácter económico y por la cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de utilizar la actividad de otra. El esfuerzo productivo debe, en todos los casos, recibir una recompensa equitativa de aquel que obtiene sus beneficios. (Enriquecimiento sin causa.).

4. - ELEMENTOS. - De las definiciones transcritas surgen los siguientes extremos:

- a) Una relación de dependencia entre las partes.
- b) Uso y disfrute de la actividad ajena.
- c) La exigencia de una remuneración, entendiéndose por tal la totalidad de los beneficios que el trabajador obtenga por sus servicios.
- d) La necesidad de que los servicios prestados sean de carácter económico;
- e) La indeterminación del tiempo de la prestación de los servicios o su fijación por día, semanas o años, por obra o por tarea.
- f) La posibilidad de que sean uno o varios los obreros que se contratan o uno o varios patronos contratantes.

- g) Que los servicios puedan ser Industriales , agrícolas o - Mercantiles exceptuándose los realizados en familia o por carecer de carácter económico.
- h) Se entenderá por contrato de trabajo, cualquiera que fuere la denominación que recibiere, el que reúna los requisitos expresados.

Como vemos, a través de los conceptos enunciados , "el contrato de trabajo ya no es la locación de servicios romana que los códigos y recopilaciones nos han venido editando durante siglos y más siglos. Es una relación jurídica - que se desenvuelve en un plano distinto del resto de los contratos de derecho Civil. En todos estos contratos observamos el régimen de libertad individual de los contratantes: en el que estamos examinando los principios varían, no impera en absoluto la librevoluntad del individuo . El estado interviene con fines de protección y se salvaguardan los intereses sociales".

Así en la consolidación de leyes del Trabajo del Brasil (Artículo .444) se dispone que las relaciones contractuales pueden ser objeto de libre estipulación de las partes interesa-



das en todo cuanto no contravenga las disposiciones de protección al trabajo, los contratos colectivos que les sean aplicables a las decisiones de las autoridades competentes.

La distinción aparece más nitidamente dibujada a través de los principios fundamentales recogidos en la Ley Española - del contrato de trabajo, la que señala bases y diferencias que pueden resumirse en la siguiente forma:

- a) En cuanto a la finalidad , sustituir el régimen de necesidad de fuerzas en que anteriormente se producían las relaciones entre el capital y el trabajo, por régimen de humanidad y de Justicia ; quitar al trabajo la condición de simple mercancía valorada según los principios de la oferta y la demanda, para convertirlo en vínculo de colaboración condicionada a la vez por necesidades económicas y los principios de justicia.
- b) b) En cuanto al procedimiento sustituir el contrato individual , injusto casi siempre por la falta de independencia económica de los trabajadores, por el contrato colectivo , en el que las fuerzas equilibradas pueden pactar relaciones justas".

Al examinar las definiciones que hemos anotado señalamos las leyes y codificaciones a las que hemos ido haciendo referencia al enunciar otros tópicos relacionados con el Derecho del Trabajo. Al omitir la legislación del contrato de trabajo en la Argentina, lo hacemos en el deseo de reproducir al respecto la autorizada opinión del Doctor Ramírez Gronda, el que se expresa en los siguientes términos: " he aquí unode los puntos más defectuosos de nuestra legislación del trabajo: el que se refiere al contrato mismo. La ausencia de una regulación adecuada a recurrir a los textos codificados por el eminentísimo Vélez a pesar de las profundas transformaciones producidas en el orden social y económico . Creemos que bastan los dedos de una mano para contar en cada país los que aún pretenden llenar los claros de la legislación del trabajo con textos sacados de los viejos sistemas individualistas y se conforman con ello. La legislación del trabajo aplica donde quiera se proyectan sus institutos los métodos y los principios del derecho Público. ¿ Cómo coordinar, pues, esta circunstancia que

domina toda la relación del trabajo con el Derecho Civil. El artículo 1623 del Código Civil- de origen romanista define la locación de servicios, pero resulta que el contrato de trabajo no puede ser asimilado al arrendamiento. Tampoco guarda relación alguna con la compraventa o la sociedad. No cabe en ninguno de los cuadros clásicos del derecho privado."

**DEFINICIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.** - El artículo 22 del Código Sustantivo del trabajo define el contrato de trabajo como:

"... aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración ". Y agrega: " Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y renumera, patrono , y la remuneración , cualquiera que sea su forma, salario ".

Ambas definiciones, como puede observarse , se refieren propiamente al acto jurídico , al convenio de voluntades creador de obligaciones , y no a la denominada relacion de trabajo.

De ahí porque los elementos que en ellas se perfilan ya como indispensables para su validez y que amplía el artículo 23 son francamente inadecuados a la figura jurídica estimada como tal, pues, como lo veremos adelante, ellos se adecuan más técnica y jurídicamente a la dinámica del convenio y no a este mismo.

El contrato de trabajo, entendido como relación jurídica, supone, como todo contrato, los siguientes requisitos fundamentales: capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos. No obstante algunos de ellos, particularmente los dos primeros, presentan una diferencia notoria con el derecho común, no solo en sí mismo consideradas, sino en lo tocante a los efectos de su inexistencia.

**CAPITULO II**

**TEORIAS CIVILISTAS DEL  
CONTRATO DE TRABAJO EN  
GENERAL:**

1. - TEORÍAS CIVILISTAS SOBRE LA NATURALEZA DE ESTE CONTRATO .

Como resultado de la lucha entablada entre el derecho común y el nuevo derecho de Menge, entre otros, llama "de los pobres", surgieron diversas teorías promovidas por los civilistas, para explicar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo , en un supremo esfuerzo para ubicarlo dentro de sus límites . Tales teorías son las siguientes:

- 1o) Del contrato de arrendamiento
- 2o) Del contrato de Compra-Venta
- 3o) Del contrato de sociedad
- 4o) Del contrato de mandato.

Teoría del contrato de arrendamiento, sostenida principalmente por Planiol, consiste en afirmar, según sus propias palabras, que el contrato de trabajo es "... un contrato de arrendamiento, como lo demuestra un rápido análisis ; la cosa arrendada es la fuerza de trabajo que reside en cada persona y que puede ser utilizada por otra, como la de una máquina o de un caballo, dicha fuerza puede ser dada en arrendamiento , y es precisamente lo que ocurre cuando la remuneración del trabajo por medio del

salario es proporcional al tiempo de la misma manera que pasa en el arrendamiento de las cosas".

Esta tesis fué ampliamente refutada con dos argumentos principales : Primero, que mientras en el arrendamiento de la cosa arrendada se separa el arrendador, no ocurre lo mismo en el contrato de trabajo , pues en este lo que se separa del asalariado es el efecto del trabajo y no el trabajo mismo, además de que el esfuerzo personal denomina trabajo no constituye propiamente patrimonio alguno; y segundo, que mientras la esencia del contrato de arrendamiento consiste en que la cosa arrendada debe regresar a su dueño una vez vencido el contrato, en el de trabajo, una vez producido el esfuerzo , este ya no regresa a la persona del trabajador, puesto que se ha consumido íntegramente.

LA TEORIA DE LA COMPRA-VENTA fué defendida , entre otros , por el profesor Italiano CARNELUTTI, quien para sustentarla se basó en el contrato sobre suministro de energía eléctrica . Consiste, esencialmente , en sostener, que , así como en este contrato , lo que se compromete mediante una venta no es la fuente de la energía sino esta, permaneciendo aquella intacta , del mismo modo, en el contrato de trabajo no es la per

sona humana , fuente de trabajo o de capacidad laboral la que se vende o se contrata, sino su energía , esto es, su es fuerzo.

Recogió en esta forma la observación fundamental que en parte se había hecho a la tesis del arrendamiento para tratar de acercarse aparentemente a la realidad del contrato de trabajo . Sin embargo , discutida a tiempo, también fué refutada la tesis. La energía humana asalariada no es una simple "cosa ." en el sentido físico del vocablo, y no puede , por tan to , ser objeto del tratamiento de que son susceptibles las co sas en el derecho Civil. También por este camino , y en te rreno de las comparaciones, podría llegar a configurarse un contrato distinto del que compra-venta que sirviera como ins trumento o medio para que una persona o entidad disfrutara permanente o transitoriamente de un bien perteneciente a otra. Pero cuando tal " cosa " proviene de la actividad misma de la persona humana y está indisolublemente unida a su calidad pro pia , fallan todas las reglas jurídicas establecidas para el tra tamiento de los negocios de las cosas. Así parece haberlo en tendido el propio sustentador de la tesis de la compra-venta cuando afirma:



" En aquel ( el contrato de trabajo) el objeto de la prestación es energía humana, y en este, es cualquier otra clase de energía , de donde resulta que estando el hombre más cerca del hombre que de las cosas, su energía debe ser considerada por el derecho en un plano distinto".

De otro lado se argumentó, en orden a la repulsa de la tesis civilista , esta emana del principio de considerar el objeto del contrato cuando la energía se extereoriza, lo que no ocurre en el contrato de trabajo, en el cual la obligación principal del trabajador se refiere a su capacidad o energía de trabajo, aún antes que se preste, esto es, antes que se objetivice. Además esta energía , aún suministrada , puede ser inútil económicamente para el que la recibe o adquiere, lo cual no releva al adquirente de su precio , esto es, del pago del salario.

LA TEORIA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD fué promovida por el tratadista Francés CHATELAIN, y el Español Valverde. La tesis radica sobre el concepto de empresa, entendida como una conjunción de intereses de capital y de trabajo, lo cual los lleva a sostener que en el fondo el contrato de trabajo, dentro de aquel complejo, no es otra cosa que un contrato de sociedad. Comparan la colaboración que prestan los trabajadores, mediante el contrato de trabajo, en el funcionamiento y vida de la

Comparan la colaboración que prestan los trabajadores , mediante el contrato de trabajo, en el funcionamiento y vida de la empresa, con la que en terreno jurídico se denomina afectio societatis, o ánimo deliberado de trabajar en común para fines igualmente comunes. Sin embargo , la noción de sociedad , como tipo de contrato especial, supone, jurídicamente hablando , dos condiciones indispensables: el ánimo de asociarse , asumiendo por consiguiente los riesgos tanto de utilidades como de pérdidas en el negocio, y además la llamada igualdad de condiciones entre los socios o par conditio, calidades ambas extrañas al contrato de trabajo.

No toda colaboración en un trabajo o en una empresa determinada puede identificarse con el deseo de asociarse a ella o a sus resultados. El colaborador no puede considerarse como socio en todos los casos, sino solo en aquellos en que la realidad de las condiciones en que el trabajo se lleva a cabo , así lo presenten ; particularmente en el terreno laboral, la noción de pérdidas para el trabajador, vinculada a la de riesgos de la empresa, está descartada. Las leyes del trabajo no conciben un contrato como el que estudiamos, que condiciona las garantías propias del salariado a los riesgos que la impru

dencia, la negligencia o simplemente las eventualidades propias de la vida comercial, deparan a las actividades industriales y mercantiles. A pesar de estos, el contrato de trabajo sigue inmodificable y persiste en su esencia todas los atributos protectores que lo tipifican en la Ley. La Legislación Colombiana, por ejemplo, es categórica al prescribir que, en ningún caso, los trabajadores podrán asumir parte alguna de las pérdidas que pueda sufrir una empresa (C. D. del T. Artículo 28).

Y si bien es cierto, como lo afirma Mario de la Cueva, que la teoría del contrato de sociedad ha sido útil al derecho del trabajo por cuanto abrió campo a la moderna teoría de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, ello con todo, no quita nada a la imposibilidad práctica y jurídica de la similitud buscada, ni alcanza, con mucho, a justificar su aceptación en el terreno social.

LA TEORIA DEL MANDATO, estuvo en boga durante mucho tiempo, como las anteriores, y lo mismo que ellas, terminó por ser desechada. En realidad, el mandato entendido como "un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más de sus negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y -

riesgo de la primera " (C. C. At. 2142), presenta pocas similitudes con el contrato de trabajo.

Primeramente, porque, según puede observarse, el mandato tiene por objeto la realización de actos jurídicos, mientras que en el contrato de trabajo tiene uno muy diferente. Luego porque el mandato puede ser gratuito u oneros es decir, remunerado, en tanto que el contrato de trabajo jamás puede ser gratuito para el trabajador. El principio Universalmente aceptado en esta materia, es el de que todo trabajo debe ser remunerado. De otra parte, el mandato puede ser para un negocio o para varios, lo cual supone la ocasionalidad del mismo, sin que pierda su esencia, mientras que una de las características importantes del contrato de trabajo es que presenta cierta permanencia, pues si el servicio fuere instantáneo o eminentemente transitorio, las leyes lo estiman fuera de las condiciones propias que determinan la existencia del mismo. Las anteriores circunstancias, analizadas detenidamente por los tratadistas del derecho laboral, llevaron a su convicción la imposibilidad jurídica de identificar el contrato de trabajo con el de mandato, y terminaron como en el caso de las anteriores teorías civilistas, por relegar el intento de encontrar para

aquel explicaciones fundadas en los requisitos u objetivos de este.

aquel explicaciones fundadas en los requisitos u objetivos de  
este.

**CAPITULO III****LIMITACION A LA LIBERTAD****CONTRACTUAL:**

- 1) Caracter del contrato de trabajo, 2-) Situación de las partes
- 3.- Razón del intervencionismo estatal , 4-) Limitaciones contractual.

1) CARACTER DEL CONTRATO DE TRABAJO. - El trabajo constituye un medio , el único adecuado para dar satisfacción a todas las necesidades humanas. HEGEL ha expresado al respecto elementos de juicio concretos. " la intervención para preparar y procurar a las necesidades particularizadas el medio adecuado, también particularizado , constituye el trabajo que diversifica con los procedimientos más variados para estos múltiples fines el material proporcionado directamente por la naturaleza. Esa elaboración proporciona al medio el valor , la adecuación al fin, de suerte que el hombre en su consumo está en relación particular con los productos humanos y tales labores constituyen lo que él consume".

El trabajo es un elemento integral en la propia personalidad humana . Consiste, como afirma el profesor ORTEGA y GASSET, en "un esfuerzo no calificado , sin prestigios propios, que recibe su dignidad de la necesidad que sirve . Por esta razón tiene un carácter cuantitativo que permite medirlo por horas y remunerarlo matemáticamente ". Este esfuerzo , que en si es el -



trabajo , pertenece a la categoría de los " entes valorables y por lo tanto susceptibles de contratación. "

Del trabajo cedido nace un contrato y de éste surge un derecho que ya es fundamental para el desenvolvimiento de la humanidad . Si concebimos al trabajo como un desarrollo perseverante de esfuerzos y establecemos el actual régimen económico que sirve de base para el desenvolvimiento de la sociedad , comprenderemos fácilmente cual es la importancia del contrato de trabajo en la vida moderna.

Este contrato , tal como hoy lo concebimos, en sus consecuencias y en sus efectos, nace, como dice CASTORENA, de la gran industria, la que "aparece en la Historia al mismo tiempo que las ideas liberales que inspiran todo el régimen jurídico de la época anterior. Juntas crecen y alcanzan un grande esplendor. Los principios patrimoniales dieron margen a un concepto patrimonial del derecho: ese concepto sirvió para arreglar todas las relaciones humanas, cualesquiera que fueran los intereses en juego. La tutela , el matrimonio , instituciones fundamentales humanas fueron reducidas a nociones patrimoniales casi en su totalidad. Los valores

morales se valorizaron , por lo menos se pretendió su valorización".

"El contrato de trabajo no escapó a esa posición del derecho ym, de pronto, todos los deberes de asistencia que tenían los maestros para con sus obreros tuvieron su traducción patrimonial, el salario: con el salario se cubría todo y nada más que a él se tenía derecho. El poco tiempo, por la extensión del fenómeno , se agudizaron las consecuencias del punto de vista liberal y ello trajo como consecuencia el que se analizaran más de cerca las relaciones de trabajo".

"El hombre sujeto de derecho en el contrato de trabajo, sigue diciendo CASTORENA, rinde su actividad para que otra persona la aproveche. Mientras esa actividad se desarrolla, él hombre no es dueño de sí mismo, pierde su libertad física y su libertad intelectual : es en cierta manera objeto de una relación jurídica . Tratar esa actividad como un bien patrimonial, sin mirar el sentido profundamente humano que tiene, ha sido el error más grande del derecho liberal. El régimen de las cosas no es, ni puede ser , el régimen de las personas. El sentido más hondo del Derecho Obrero es haber devuelto a las relaciones entre

patronos y obreros su sentido personal y humano ; en haber hecho de una relación patrimonial una relación ético-social".

El propio CASTERONA, se ocupa más tarde de aclarar su pensamiento al expresar que " el sujeto trabajador es también en cierto sentido , el objeto de la relación jurídica; ese dato en el contrato de trabajo , de carácter patrimonial en derecho común, tiene un sentido ético en el derecho obrero: el obrero no es máquina , que no es elemento traducible en dinero, sujeto de rática expuesto a riesgos derivados de la explotación, ha de ser tratado como hombre". El interés de este contrato, que tiene como protagonista principal al elemento hombre, es de importancia suma, por cuanto o en calidad de patrono o en la de obrero, la inmensa mayoría de las personas lo realizan. Pocos son los que se desenvuelven sin necesidad de recurrir a la cesión de sus esfuerzos o que no necesitan requerir el trabajo ajeno. El Agricultor y el Industrial , el comerciante y el Empresario, todo aquel , en suma, que transforma las riquezas o la convierte en el torrente de la economía , precisa de las fuerzas ajenas, de capacidades que, plegadas en la unidad de acción y de movimiento, producen valores.

El contrato de trabajo , en el que las partes que en el intervienen aparecen netamente en choque con intereses contrapuestos, es sin embargo , en su desarrollo, de amplia colaboración. Ni la industria ni el comercio podrían desenvolverse sino existiera absoluta armonía entre los dos elementos :capital y mano de obra. Una colaboración decidida tiende cada vez más a la creación de riquezas. Es ley que está en la propia naturaleza humana la de producir integralmente en proporción a las fuerzas individuales poco importa que el rendimiento efectivo re - vierta en una sola economía.

2) SITUACION DE LAS PARTES. - Sentados como elementos de juicio estos antecedentes , cabe preguntarse: ¿ resuelve el contrato de trabajo por si solo el problema social? .No , "Hay que desengañarse , hay que afirmarlo de una vez por todas, el contrato individual de trabajo, por el cual cada trabajador contrata individualmente con el patrono o capitalista, no solamente se resuelve el problema sino que lo agrava". Es una fórmula cada vez más caída en desuso. Lo constituyen plenamente los pactos colectivos de condiciones de trabajo en donde fueren situadas en idéntico plano discuten en igualdad de condiciones las normas dentro de las cuales han de desenvolverse

los obreros y patronos de una rama del trabajo, profesión o localidad.

Dice SALEILLES que " al vulgarizarse el nombre de contrato de trabajo se ha querido poner de manifiesto que el trabajador contrata no en virtud de una Ley inicial que sufre, lo que fué al principio de la esclavitud antigua y de la servi dumbre que le sucedió al principio de la edad media, sino -- en virtud de un acto libre de su plena voluntad". Podemos -- fácilmente contradecir esta afirmación, y para ello basta -- mos reproducir las palabras pronunciadas por CHAMBON -- en el año 1.870, en el debate seguido en la Cámara de Dipu -- tados Francesa con motivo de la discusión del proyecto de Ley sobre contrato de trabajo.

"Ciertamente -- afirmaba aquel legislador, en todo contrato se halla generalmente sólo una igualdad relativa o teo -- ríca. Pero especialmente en el contrato de trabajo existe desigualdad absoluta y la voluntad del más fuerte es impuesta casi siempre. ¿ Como podría ser de otro modo si una de las partes tiene a su disposición una mano de obra siempre nume -- rosa, mientras que la otra espera de su colocación el pan -- para

- 35 -

para sí y su familia? De hecho no existe reciprocidad de las obligaciones en la ejecución del contrato y, como se ha dicho es del lado patronal el régimen del poder absoluto. ¿Se quiere un ejemplo de ello?. En los últimos años se ha visto multiplicar los reglamentos de taller, los cuales no son más que la expresión de la voluntad patronal y que se han convertido sin embargo, en verdaderos contratos de trabajo creados en absoluto o modificados sin que el obrero tenga la posibilidad de discutirlos. Estas consideraciones han motivado, en verdad, sucesión de Leyes y Decretos que forman lo que se ha convenido en llamar Legislación del Trabajo. Pero se trata más bien de reglamentación industrial que de legislación sobre el contrato de trabajo..."

KLEINWACHTER ha planteado este problema de la supuesta libertad contractual en los siguientes términos: "La Legislación Civil de todos los países cultos, que como sabemos declara nulos los contratos celebrados por algún medio coactivo, mantiene el punto de vista de considerar libremente celebrados aquellos contratos en cuya conclusión ninguna de las partes se encuentra bajo el influjo de una coacción externa.

Los motivos internos que puedan obligar a los interesados a celebrar un contrato ( relaciones personales o familiares) no se toman en cuenta, por regla general, (prescindiendo de algunas excepciones, como la laesio enormis, la usura, etc)y, no obstante, que una coacción interna de esta naturaleza en determinadas circunstancias puede ser mucho más efectiva que una amenaza proferida por un tercero . De igual manera se considera como libre el contrato de trabajo cuando el trabajador , sin temer ninguna coacción externa, acuerda con el patrono las modalidades del contrato o cuando el obrero acepta libremente, con exclusión de toda fuerza externa las condiciones contractuales determinadas unilateralmente por el empresario . La opinión corriente se coloca en el punto de vista de que no existe diferencia alguna entre el trabajador y el comerciante; el uno vende, pues, su mercancía u otro objeto, sea el que fuere; el obrero sus servicios , siendo idénticos ambos casos". "

Lo dicho hace que haya una contradicción evidente entre la supuesta libertad jurídica del trabajador y su dependencia de hecho. Esta situación realista no admite soluciones eclécticas dentro del derecho Civil clásico. De todos los contratos ninguno

- 37 -

tiene los caracteres tan personales como el que hace relación al trabajo en el cual se produce un vínculo efectivo, que si bien en su desenvolvimiento de carácter económico, adquiere desde un comienzo el contenido de una relación de persona a persona. Solo el matrimonio y la adopción, concebidas ambas instituciones como contratos tienen esta misma característica de unidad de las personas física por un vínculo jurídico. Los restantes son una relación, como norma, entre una persona y una cosa, en el sentido extensivo que puede dársele a los bienes patrimoniales.

Bien se ha dicho que "la flexibilidad de los postulados del derecho del trabajo, donde la equidad es base primordial, rompe la tradición quirritaria de las reglas del derecho común y se abre campo en las ciencias jurídicas con características excepcionales".

Esta característica es la eliminación, si no absoluta por menos en trance de serlo, del principio de la autonomía de la voluntad, a base de un intervencionismo estatal que se basa precisamente en la necesidad de establecer normas inspiradas en un estado de necesidad social, en las que, cada vez más, el



interés de los particulares es suprimido en favor del interés social.

3. -RAZON DEL INTERVENCIONISMO DEL ESTADO. - El trabajo se convierte en función o servicio, y su exigencia es impuesta por los poderes públicos que no solamente desentrañan el problema que nacen de las relaciones contractuales entre las clases sociales, sino que además interviene para imponer la hegemonía del trabajo, no frente al capital, sino dentro de un concepto totalizador, en el que se encuentra su máxima dignidad la actividad laboral. El estado al promover el amparo del trabajo y del trabajador, realiza la primera y más eficaz obra constructiva, y al intervenir en las relaciones contractuales definidas entre obreros y patronos, lo hace formulando principios en los que la equidad señala su predominio, alejándose de los moldes clásicos de los contratos de derecho Civil, en donde siguen concibiéndose, teóricamente al menos, a las partes autónomas en sus determinaciones y en un idéntico pie de igualdad.

Nos encontramos dentro del plano de situación del contrato de trabajo con que en él no se trata del mero interés de las partes, sino de algo que es superior si cabe a éstas, es de-

cir , la propia personalidad humana, porque mientras en cualquier otro de los contratos la "idea del individuo físico, como norma , desaparece en su relación con el objeto, en éste se confunde la idea de la personalidad con el contrato que tiene a ese el objeto del contrato. Es por ello que puede decirse siguiendo en ello a WALKER LINARES "QUE en el contrato de trabajo "hay factores sociales que obligan a la colectividad a intervenir: por consiguiente no podrá ser regido por el principio de la libertad contractual ni deberá dejársele al libre juego de las leyes económicas , como la de la oferta y la demanda, que consideran al trabajo humano en el mismo nivel que cualquier mercadería".

Ya ADAM SMITH señaló que la condición de los contratantes no eran iguales. "El obrero no es libre, ya que el patrono puede esperar y como el obrero no puede hacerlo , sólo el patrono fija las condiciones de trabajo". Este mismo problema fué abordado por LACORDAIRE, el famoso orador sagrado, el que señaló con ecuanimidad y clara visión, en certera frase la realidad del problema: " Entre el fuerte y el débil , es la libertad la que mata y la Ley la que redime". Estos conceptos , unidos a los anteriores, expresan la necesidad de limitar la libertad

contractual , estableciendo la redención de los intereses de quienes están necesitados de una máxima protección social.

El profesor de la Universidad de Madrid ADOLFO POSADA, definió la situación con estas palabras: "El contrato de trabajo no es un problema de términos sencillos y abstractos , No se trata de dos partes que libremente estipulan acerca de un servicio o de una cooperación y de un precio para obtener un resultado, que puede ser un producto, sino que implica el problema de la posición personal y la condición económica de las partes , la potencia de las mismas, sus aspiraciones el flujo de su propia psicología y hasta la animosidad con que respectivamente se miran, amén de su cultura , organización , moralidad etc."

Muchas de las normas comunes al derecho de los contratos desaparecen en el de trabajo , porque en él no hay, desde el momento inicial de formalizarse la relación jurídica , una absoluta igualdad de las partes contratantes, y el legislador trata de ponerlas en una situación de paridad, para lo cual establece un conjunto de disposiciones que ellas, las partes, no pueden dejar sin efecto. Trátase del salario, de la ruptura del contrato

de la forma de ejecución de éste y de las mutuas y recíprocas garantías, vemos como se conserva en el plano del derecho positivo una igualdad de las individualidades conseguida por la intervención del legislador, cuando no por razón de un pacto superior, logrado por la conjunción de valores, situando en un mismo plano a las individualidades, encuádrandolas por su profesión u oficio y dándoles la fuerza que la unidad de personas expresa en un organismo superior que es el sindicato. " En cierta forma, pues, como dice ANDREBRUN, las relaciones jurídicas llegan a ser standardizadas; deben conformarse estrictamente a un modelo que no ha sido hecho por los intereses mismos. En consecuencia, la voluntad individual quedó reducida a la mínima expresión; sólo desempeña un papel activo en el círculo de las profesiones liberales, de la agricultura, o respecto de los empleados superiores; en una palabra en los campos en que es menos intensa la penetración del derecho nuevo".

"Del trabajo tal como señala BURGOS Y MAZO, nacen dos intereses, dos funciones; una individual y otra social. Los antiguos legisladores no vieron más que la primera y de aquí el punto de partida para la rectificación. El trabajo es un vínculo

jurídico personal, visible, de forma contractual, que une al que trabaja y cobra por trabajar con el que paga y manda, pero es al mismo tiempo un vínculo personal indivisible de figura tutelar, entre el ciudadano que trabaja y la sociedad entera hay un interés social en el cumplimiento de todo contrato de trabajo. Y si de aquel nace una perfecta obligación individual, de éste ha de elevarse una obligación de todos para el que contrata su trabajo, de ineludible asistencia social. La Ley sigue diciendo BURGOS YMAZO, expresión de la voluntad colectiva, cumple ese deber por la reglamentación del contrato de trabajo, una de las más firmes bases del progreso social. En nombre del interés social, la voluntad de las partes contratantes del trabajo (antes única ley) es acosada por la ciencia y la moral que mandan en los dominios de la edad y del sexo, de la instrucción y de la habitación, de la salud del cuerpo y del respeto a las conciencias'.

Nos interesa reafirmar que en ningún contrato surgen tantas limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad como en el que tiene por objeto el trabajo. El intervencionismo estatal se define al suplir la voluntad de las partes. Establece normas que se presuponen serían las que válidamente hubieran acordado los contratantes si disfrutaran de una misma independencia

económica . Se prevé, por tanto , la inferioridad de una de las partes que precisa del contrato como medio de vida y no puede esperar a una larga discusión, ni menos oponer condiciones , que ya es sabido no serían aceptadas por aquella otra , para la cual el factor tiempo obra a su favor".

4. -) LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL. -De tal forma se ha estimado que la libertad contractual no puede jugar libremente sino a "condición de que las partes se encuentren en un mismo plano de igualdad que, evidentemente, no existen cuando ambas se hallan colocadas en tan distinto lugar económico. Y así , la tan generalizada legislación sobre contrato de trabajo tiende ahora en lo esencial a convertir en contrato de interés y de orden público un contrato que, con posterioridad a los modernos códigos Civiles de tipo Francés, fueron de índole esencialmente privada. El legislador supone al dictar las modernas leyes reglamentarias del contrato de trabajo , cual hubiera sido la voluntad de una de las partes- el obrero - si hubiera tenido libertad y posibilidad de hacer prevalecer en el ajuste, y al dictar la ley señala las grandes líneas del marco de condiciones dentro del cual, el contrato ha de celebrarse . La esfera de acción del individuo queda así

visiblemente reducida".

Siempre que la libertad contractual quede monoscabada por una razón de dependencia , aparece la necesidad del intervencionismo estatal, encaminando a restablecer el equilibrio jurídico roto por esa sumisión que el obrero debe, por su calidad de tal, al patrono. Todos los trabajadores que se encuentren en esa situación deben ser incluidos en el concepto de obrero y beneficiados por tanto con las normas legales que suplen la voluntad que libremente hubieran manifestado los contratantes a no existir aquella razón de independencia o sumisión.

SAAVEDRA LAMAS, en su proyecto del código del trabajo, plantea esta situación , señala en su artículo .14. :debe considerarse como lícita toda cláusula del contrato por la cual una de las partes abusa de la necesidad , ligereza o inesperienza de la otra para imponerle condiciones que estén en flagrante desacuerdo con los habituales de la profesión , o con el valor o importancia de los servicios prestados.

Se inspira este artículo , como expresa su autor , en códigos modernos, como el Suizo de las obligaciones y el civil Aleman.

Dentro del orden de la legislación Civil nos parece más clara la redacción propuesta por el artículo 22. del proyecto de código de las obligaciones y de los contratos Franco-Italianos, al que ya hemos hecho referencia. De todas maneras, es clara la tendencia, tanto de la legislación civil como del trabajo, de impedir la lesión de los intereses de los contratantes, pero la diferencia estriba en que mientras la primera presupone la situación en un mismo plano de independencia e igualdad en la manifestación del consentimiento de los contratantes, en la del trabajo se estima este viciado y es por ello que, para anular la situación de superioridad de una de las partes, el estado interviene y controla los términos absolutos del contrato.

Indica CELSO R/VELASQUEZ que "publicistas eminentes han querido reducir los límites de la contratación a los actos jurídicos libremente discutidos por las partes sobre un supuesto de igualdad para establecer situaciones jurídicas individuales, relaciones obligatorias entre acreedores y deudores, tal como acontece con los contratos de compra-venta y locación. De esta suerte saldrían de los límites de la contratación para



entrar en los de declaración unilateral de voluntad , instituciones -unión , acto colectivo o convenio ley: 1) los actos de adhesión , , tales como los concluidos en los grandes almacenes sobre precios fijos o con las compañías de transporte sobre tarifas preestablecidas , etc. , y 2) los actos sometidos a un régimen jurídico permanente como la sociedad , la asociación y el contrato colectivo de trabajo.

El consentimiento punto de partida para la formación de todo contrato, sufre en el de trabajo una modificación que atañe a la forma de mantenerse , de tal manera que es normal que él se exprese con una de los vidrios que hacen que la voluntad sea anulada en sus efectos. El doctor ALEJANDRO RUSO ha definido el problema de esta supuesta libertad en el consentimiento que se presta en el contrato de trabajo, al decir que jurídicamente , es de su esencia la igualdad de derechos entre las partes que asegura una libre manifestación de la voluntad, si bien y desgraciadamente , ante la realidad de los hechos , en muchas ocasiones , ella no existe. Es así: las dos partes vinculadas jurídicamente , el obrero que loca sus brazos y el patrón que paga un salario , la miseria que persigue al primero , su situación desventajosa emergente de la actual organi-

- 47 -

zación del trabajo por el sistema del contrato individual, lo coloca en una situación de dependencia del empleador que rompe el equilibrio, puesto que pudiendo prescindir de él en un momento, lo pone en la necesidad suprema de amoldarse a la situación para percibir el salario, que es la conservación de su existencia y el sustento de los que de él dependen".

El ejemplo que ofrecen los obreros que trabajan en las regiones inhospitalarias del alto Paraná, mencionando sino un solo punto de América, es también sintomático al efecto. Ellos demuestran como la supuesta libertad contractual no tiene de tal nada más el nombre. Jornadas excesivas, trabajos penosos e insanos, jornales de miseria, presiones por deudas, pago de los salarios en especie, falta de control sanitario, carencia de protección en los accidentes de trabajo, vivienda insalubre: Un cuadro dantesco, en definitiva, es el que tiene por escenario los yerbales del alto Paraná y por protagonista al mensú, cuadro que se repite en otros muchos lugares y que demuestra en su realidad, la precisión de aquel intervencionismo que son hoy día muy pocos los que niegan o discuten.

La libertad contractual sufre numerosas limitaciones. Ello no impide que las leyes que reglan el trabajo contemple los elementos bases del mismo, pero dejan en libertad a las partes para acordar aquello que les convenga, siempre que no sea contrario a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres. Y como fuerza de Ley la voluntad expresada en los pactos o bases de trabajo, se limita muy poderosamente la libertad individual, la que subsiste únicamente en las situaciones no previstas intencionalmente por el legislador. El otro contrato individual de trabajo, como dispone siguiendo las normas de la legislación civil, el artículo 33. de la Ley Federal del trabajo de México, obliga a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a la buena fé, al uso o la Ley.

La Ley Española del 21 de Noviembre de 1931 sobre contrato de trabajo parece admitir el principio de la autonomía de la voluntad, al establecer en su artículo 92. que el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito, tiene por norma la voluntad de las partes libremente manifestadas. Pese a esta conclusión, las limitaciones a la libertad contractual se señalan en la misma Ley de inmediato ya que dispone que no será válido el con

trato que sea contrario en perjuicio del trabajador , a las disposiciones legales a bases de trabajo y a los pactos colectivos.

En conclusión , haciendo nuestras las palabras de los proyectistas del código del trabajo para Bolivia presentando a finales de 1.942 al gobierno de dicho país , podemos decir que " más aún que las ramas tradicionales del derecho positivo , la legislación del trabajo ha de subordinar su contenido, como - suele decirse sus soluciones , a condiciones objetivas de tiempo y espacio, dicho de otra manera: a la figura Historica de una época y de un estado , no menos que a las circunstancias geográficas , sociales, políticas y culturales en él prevalecientes".

**CAPITULO - IV****DE LA RELACION DEL TRABAJO**

**NOCION GENERAL.** - Las últimas leyes Colombianas de carácter social, tanto sustantivas como procesales, hablan insistentemente ya no solo del contrato de trabajo, o de empleo, sino, además, de la relación de trabajo, lo cual obliga a estudiar las características de una y otra institución.

Como ya vimos, de acuerdo con las reglas del derecho Civil para que exista contrato basta el consentimiento de una de las partes y un objeto lícito, de suerte que, una vez arreglados tales requisitos nacen inmediatamente las obligaciones recíprocas. No ocurre lo mismo en el terreno de la contratación individual del trabajo. La doctrina Laboral ha sido unánime en que, para que surjan en el terreno de la realidad días mayores y más importantes obligaciones para el patrono y el trabajador, no basta que haya existido en ellos el libre consentimiento y el objeto adecuado, sino que además es preciso que el asalariado haya empezado a prestar su servicio. Siendo la subordinación la columna medular del contrato de trabajo, es necesario que esta, de la noción teórica o simplemente jurídica, se proyecte en el plano de la realidad. Es a esta última situación a la que se denomina relación de trabajo, para oponerla o diferenciarla del acto jurídico constitutivo del contrato.

-51-

Por una paradoja , que sin embargo encuentra fácil explicación en la naturaleza de las relaciones laborales, se tiene que, mientras en el derecho civil , por regla general , el acto jurídico constitutivo del contrato supone necesariamente obligaciones para los contratantes y aquel mantiene toda su integridad aunque estas no lleguen a cumplirse , en el derecho del trabajo , y también por regla general , solo el cumplimiento de las obligaciones propias del contrato supone la existencia del mismo . -

Más la diferencia que puede presentarse entre las dos situaciones , la del contrato y de la relación , no establece independencia entre una y otra, sino que determina una relación no establece independencia entre una y otra, sino que determina una relación necesaria, una vinculación íntima. En el contrato de trabajo el consentimiento supone, como es natural , el compromiso de cumplir las obligaciones o actos que integran la relación del trabajo, más claramente , el trabajador queda comprometido a ponerse a órdenes de su empleador, y esta a poner a disposición del aquel los elementos y circunstancias que le faciliten la prestación del servicio. Mientras esto no ocurra puede afirmarse que las partes han celebrado -

un contrato de trabajo, pero no puede decirse que entre ellas exista una relación de trabajo".

La diferencia anotada presenta, naturalmente, una situación disímil en cuanto al funcionamiento de la legislación social y en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de las partes. Porque, ciertamente, no es igual el simple acuerdo de voluntades que la materialización de los actos que de él se derivan. Hablando en términos llanos y referidos a la legislación Colombiana, el trabajador y el patrono que, después de haber convenido en la prestación personal de servicios, se halla con que uno de ellos no aporta lo que está obligado para llevarlo a cabo, ciertamente tiene una acción para que lo acordado valla al plano de la realidad pero tal acción no podría tener por objeto aquellos derechos emanados directa y racionalmente del hecho de la prestación cumplida. En cambio, si celebrado el contrato, o iniciado por ambas partes el cumplimiento de sus obligaciones principales, alguna de ellas se colocara en estado de incumplimiento, ya la acción de que dispondría la otra, y particularmente el trabajador, no sería solamente la de recabar aquellas garantías que protegen a título de con -



prestaciones , su trabajo personal , sino, además, las que se desprenden del régimen indemnizatorio propio de la condición resolutoria implícita en el contrato.

No obstante, lo anterior, que, como podemos observar, se refiere exclusivamente al aspecto de la contratación entre dos personas que se denomina patrono y trabajador, esto es, a un aspecto eminentemente contractual, hay otra concepción de la relación de trabajo , más amplia y general. Es la relacionada sencillamente con toda prestación personal de servicios , sin distinción de las personas o entidades a quienes se presta y sin reparar en la naturaleza jurídica del vínculo que la determina.

Y así, dentro de esa noción, quedan comprendidos los funcionarios públicos , por el solo hecho de prestar un servicio personal a la administración . Dentro de este concepto , la relación de trabajo no juega un papel primordial como elemento complementario de la contratación privada o pública del trabajo asalariado , sino que constituye la resultante de tener en cuenta el servicio personal como factor determinante del amparo de las leyes sociales.

Ahora bien, sobre el aspecto de la distinción entre el contrato

y la relación de trabajo, conviene saber que el antiguo Tribunal Superior del ramo enfocó el problema en los términos siguientes:

" El contrato individual de trabajo, es decir, el negocio jurídico mediante el cual se produce libremente un acuerdo de voluntades para prestar un servicio personal y recibir a cambio un salario, ha sido y continúa siendo en la legislación Colombiana fuente de obligaciones. Como tal se le ha considerado siempre, desde que en 1.934 se definió y reglamentó por vez primera el trabajo de los empleados particulares, hasta el actual código - sustantivo de la materia. Esas obligaciones no son otras que las de poner en acto aquello que el acuerdo ha fijado en potencia, la de entrar en la dinámica de la relación jurídica. El contrato no es ciertamente una prestación pero es su base incuestionable. No supone necesariamente la ejecución de lo convenido , pero implica el compromiso de las partes para llevarlo a cabo. En la llamada relación de trabajo se encuentra la parte activa del contrato, su desarrollo normal, su ejecución por las partes , es el complemento necesario del contrato. De ahí porque el artículo 25 del Código Sustantivo del trabajo, , como anteriormente el 20 del Decreto 2127 de 1.945 , presuman que todo

servicio personal se presta en cumplimiento de un contrato de trabajo y obliguen al patrono a desvirtuar la presunción. Siendo el de trabajo un contrato consensual- dice G. Cabanellas es evidente que la relación de voluntades se produzcan - por la manifestación del consentimiento mientras que la relación de trabajo seguirá cuando el trabajador comience la prestación de su actividad profesional bajo la dirección del patrono o empresario.

"La circunstancia de que el derecho del trabajo en la actualidad se incline, desechando todos los formalismos propios de otras ramas del derecho , a proteger específicamente el hecho del trabajo, no significa en manera alguna que contrato y relación sean contrarios o antitéticos, pues hay que tenerlos como dos elementos complementarios y por tanto - igualmente importantes a la misma Institución : el trabajo. Representan dos momentos necesariamente sucesivos en la problemática contractual de las relaciones individuales entre el capital y el trabajo. El hecho del trabajo supone un previo acuerdo de voluntades y origina prestaciones mutuas distintas de las que nacen en este último. En este caso las partes se obligan, verbalmente o por escrito , la una a prestar un

servicio y la otra a remunerarlo; en aquel, surgen, ya todas las obligaciones anexas o consecuentes de las citadas tales - como la asistencia de los riesgos profesionales, y en general el suministro de aquellas garantías que realizan en la práctica la tutela del trabajo asalariado y del trabajador.

" Más la circunstancia de que la llamada relación de trabajo sea objeto de protección legal especial y a ella se refieran por regla general, las garantías de orden constitucional y legal - que contribuyen a darle categoría ética y humana , no significa en absoluto que el contrato, el acuerdo libre de voluntades, el compromiso inicial o acto preparatorio de la relación, este desamparado en los textos legales. Si se le admite ya se ha dicho que como a tal lo tienen no solo nuestra legislación sino la generalidad de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y Europeos- como el antecedente necesario del hecho físico de la prestación personal de servicios, debe aceptarse que no - puede ser extraño a los mandatos legales que instituyen la voluntad en la fuente de obligaciones. Podría sintetizar lo anterior afirmando que quienes celebran un contrato de trabajo es tán obligados legalmente a entrar en relación de trabajo, a poner en acto el objeto de su acuerdo , el trabajador a ponerse

a disposición del patrono y este a remunerario en la forma y los términos convenidos. Síguese de lo dicho que si conluido el acuerdo, la relación de trabajo no se actualiza y ello ocurre por disposición o por culpa de uno de los contratantes, el otro puede con todo derecho exigir la correspondiente indemnización de perjuicios. Y no es preciso, para la prosperidad de tal acción, que quien se sienta lesinado o víctima del incumplimiento esté necesariamente obligado a requerir al presunto deudor para el cumplimiento de las obligaciones. Pactadas . En el terreno de la práctica , puede hacerlo si lo estima conveniente; pero la circunstancia de que lo omita no le disminuye en nada el derecho que para él se deriva de la condición resolutoria, implícita dentro del contrato, por incumplimiento de lo pactado. Cuestión de los hechos y de su prueba será el delucidar en su oportunidad si la ejecución de lo convenido ocurrió realmente y causó daño que debe ser reparado . Si el contrato como lo dijo el artículo 10. de la Ley 8a. de a. 1. 945 , como lo reafirmó su decreto reglamentario 2127 del mismo año y como lo reiterado el código sustantivo del trabajo , en artículo 22, es aquel acto por el cual las partes se obligan , la una a prestar un servicio subordinado , y la -

otra a remunerarlo , no se ve la razón para que una vez con-  
 cluido como concurso de voluntades, deba medir requerimien-  
 to para que proceda la relación de trabajo. Esta debe subse-  
 guir normalmente a aquel, a menos que en el escrito si se op-  
 tó por tal forma se hubiera estipulado como fecha inicial de la  
 ejecución una posterior, en cuyo caso los contratantes saben  
 de antemano que en ella y precisamente en ella el trabajador  
 debe estar a disposición de su patrono, y este dispuesto a pa-  
 gar la remuneración convenida.

" Por consiguiente , la afirmación del seccional de Barranqui-  
 lla , de que la celebración del contrato no hace presumir su  
 ejecución y de que es preciso requerir a quien lo suscribió pa-  
 ra que eventualmente pueda declarársele responsable de incum-  
 plimiento, es incompleta y oscura en su primer aspecto y fran-  
 camente errada en el segundo . Lo uno, porque si bien es cierto  
 que en el acuerdo de voluntades se supone necesariamente  
 su realización, si supone la categórica obligación para los  
 contratantes de entrar en relación de trabajo en la forma y los  
 términos estipulados. De no ser así habría que aceptar , ale-  
 jándonos sin fundamento doctrinario alguno de los principios  
 universales del derecho, que la voluntad no es ya fuente de ob

puesto que, acordadas ellas, el arbitro de uno de los contratantes sería suficientes para derogarla o para desistir de las mismas sin ninguna responsabilidad .Y lo otro, por las razones que atrás quedaron apuntadas y que no es necesario repetir".

De todo cuanto hemos visto hasta ahora, extraemos algunas consecuencias importantes:

a) Los que la Ley Colombiana llama " elementos del contrato de trabajo " no son tales sino, más bien, "elementos de la relación de trabajo". El contrato como acto jurídico requiere la concurrencia de requisitos diferentes de los que caracterizan la relación:

b) No es preciso que los elementos constitutivos del contrato se encuentren en la relación de trabajo, pues esta puede darse sin el principal de ellos, que es el acuerdo de voluntades. Sinpara existir solo requiere, en principio, el trabajo o la disposición efectiva de prestarlo, tal hecho puede cumplirse sin conocimiento y aún sin consentimiento previo y expreso del patrono. Particularmente en la gran industria es muy frecuente este caso. Por tal razón ,DE LA CUEVA, acogiendo

la terminología de MOLITOR, acepta que el citado acuerdo está sustituido por el enrolamiento o enganche.

c) Sin que el simple acto jurídico, integrado por consentimiento, objeto y causas lícitas, esté desprotegido en caso de incumplimiento, lo que específicamente amparan las leyes sociales es el hecho de la prestación del servicio; lo cual surgen dos notables consecuencias a saber: a) que el contrato de trabajo es un contrato realidad en donde, más que las fórmulas y las teorías, se atiende al aspecto fáctico o material del compromiso contraído y b) que todas aquellas garantías conocidas en la legislación con el nombre de prestaciones sociales, como auxilio de cesantía, descansos hebdomadarios y anuales, jubilaciones, etc, solo se explican y surgen a la realidad patrimonial del asalariado, en el grado y en la medida en que efectiva y evidentemente se haya prestado un servicio.

d) Si no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, esta no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o de mala fé le hayan asignado.



No dejará de serlo porque se alegue o se apruebe , por ejemplo, falta de acuerdo previo de voluntades, ni tampoco será otra cosa, verbigracia, un contrato de arrendamiento o de sociedad o de hipoteca, porque así hayan querido denominarlo las partes. La realidad prevalece sobre toda otra circunstancia , y aquella cuando consiste en la prestación de un servicio personal, supone legalmente , salvo prueba en contrario, la existencia de un acto jurídico de tipo contractual y determina la aplicación de la legislación del trabajo.

2.º ELEMENTOS DE LA RELACION DE TRABAJO. - Son los que el artículo 23. del código sustantivo considera como esenciales en el contrato de trabajo. Pero ya antes vimos que es mucho más adecuado y que se arregla más perfectamente a la teoría y práctica del derecho del trabajo, aceptarlos como elementos integrantes de la llamada relación de trabajo. Sin embargo , hecha ya la distinción , objeto del tema anterior, podemos , para evitar confusiones, continuar adoptando la terminología del Código . Los elementos en referencia son pues los siguientes:

3. - ACTIVIDAD PERSONAL. - Del trabajador, es decir, "rea

lizado por sí mismo". Como su nombre lo indica, este primer elemento implica la prestación personal del oficio a que el trabajador se ha obligado, sin concurrencia de ninguna otra persona, y sin que el titular de la relación pueda ser sustituido por otro sujeto.

Todas las disposiciones legales que establecen prestaciones sociales, salarios mínimos, normas defensivas de la jornada, de los descansos, del salario tiene como base el hecho de que el trabajo se preste personalmente por un asalariado, hombre o mujer. Cuando este requisito no se cumple, la naturaleza jurídica de la relación corre el riesgo de disfigurarse para determinar un tipo contractual regido por la legislación distintas.

El derecho del trabajo conoce, sin embargo, algunas pocas excepciones a esta regla por general. Así el trabajo a domicilio, como es sabido, tiene como nota fundamental la de que se realiza fuera de los recintos de talleres o empresas y lejos de la vigilancia directa del patrono. Además de que estas circunstancias hacen por sí mismas improbable el hecho de que ese trabajador preste personalmente el servicio, el texto legal que

lo define (artículo 89) no lo ignora, pues habla de que la persona que contrata (trabajador ) labora "sola o con la ayuda de miembros de la familia", sin embargo de lo cual se considera como contrato de trabajo. Y aún cuando no es este el momento de explicar porque la legislación social ha incorporado a su régimen protector esta clase de trabajo, ni cuál es su naturaleza jurídica , si consideramos oportuno presentar el caso como una de las excepciones a la regla que exige como elemento indispensable la prestación personal del servicio.

Otra excepción se registra en algunos casos de pequeños operarios de taller que, ayudados por algunos pocos trabajadores, desempeñan sus funciones dentro del recinto de la empresa. En ocasiones ciertos trabajos se efectúan dentro de la empresa, pero el sujeto contratante se vale de la ayuda de unos cuantos, dos o tres para la realización del trabajo. Esos ayudantes los consigue sin la intervención del patrono, y los paga con lo que recibe por el precio fijo de las obras contratadas. El Tribunal Supremo del Trabajo admitió en antigua jurisprudencia que, siendo uno de los elementos del contrato la prestación personal, si el contratante cumplía este requisito y él mismo estaba sujeto , además, a ordenes e instrucciones por parte del patrono,

había entre este y aquel un contrato de trabajo, a pesar de la concurrencia de otras personas. La modalidad que presta este tipo de contrato, en cuanto al salario se refiere, es que este no está constituido en realidad por la totalidad de lo que el contratante recibe como precio de las obras o del trabajo realizado, sino por tal suma, disminuída en la cantidad pagada a los ayudantes. Se trata, como podemos observar, de un caso especial, distinto de los intermediarios y contratistas que veremos más adelante.

4. --) LA CONTINUADA SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA. -

Inicialmente se admitió la tesis de que la subordinación podía ser de tres clases: técnica, jurídica y económica. Se tenía a la primera como la obligación del trabajador de someterse a instrucciones sobre la forma de realizar el trabajo; se comprendía la segunda de la potestad patronal para exigir el cumplimiento de las obligaciones principales del contrato; y se hacía derivar la tercera de la circunstancia de recibir el trabajador un salario como precio de su trabajo. Hoy esta división tripartista ha sido relegada. La Ley, la jurisprudencia y la doctrina, no admiten otra noción de la subordinación que la de tipo eminentemente jurídico, derivada de la facultad gene

ral que las leyes sociales conceden al patrono para dar órdenes y establecer reglamentos internos a los cuales debe someterse el trabajador. Es evidente que dentro de esta noción caben todas las órdenes posibles y el ejercicio del poder disciplinario propio del contrato del trabajo; pero tanto a aquellas que se refieren al modo y a la forma de hacer el trabajo, como las atinentes al cumplimiento de hacer otros por parte del trabajador, se resuelven en la realización de las obligaciones pertinentes al mismo, especificadas por la misma ley, de donde se concluye la impropiedad de la división anotada.

El ordinal b) del código sustantivo del trabajo en su artículo 23 define la subordinación como:

"La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a esta para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato".

De esta noción surgen algunas características fundamentales que deben tenerse en cuenta, y que son:

- a) Que debe ser continuada o permanente, con permanencia igual a la duración del contrato. Por consiguiente, aquellas situaciones de carácter transitorio u ocasional, que por su misma naturaleza rechazan la noción de continuidad, no son consideradas como un elemento del contrato de trabajo, aún cuando en ellas quien se encarga de hacer una obra reciba determinadas órdenes:
- b) El llamado "deber de obediencia" del trabajador se contrae exclusivamente al campo de las obligaciones propias del contrato de trabajo. Más allá de este límite, ni el patrono tiene facultad alguna de mando, ni el trabajador está obligado a obedecer.
- c) Como noción jurídica que es, se trata más de una posibilidad que de una realidad. No quiere significar con esto - que la subordinación radica más fundamentalmente en el hecho de que el patrono pueda en cualquier momento, durante la vigencia del contrato, impartir órdenes o dar instrucciones o imponer reglamentos internos, y que cuando ello ocurre, el trabajador debe cumplirlas. Más si por la naturaleza del servicio que se presta, o por voluntad del patrono, o por la pericia del trabajador, tales órdenes no

- 67 -

Se dan en forma permanente o no existe reglamento interno de trabajo, no por ello la relación jurídica se desfigura, ni las le yes sociales dejan de ampararlas.

El estadista ERNESTO KROSTOCHIN enfoca el problema en los siguientes términos:

"Ahora bien: la relación jurídica, considerada por el Derecho del Trabajo, y que es determinante del carácter del trabajador es aquella que le hace depender de otra persona. La Doctrina, la legislación y la jurisprudencia están de acuerdo en principio, en que la característica fundamental del trabajador consiste en que la dependencia, es decisiva tanto para distinguir el trabajador, en el sentido del derecho del trabajo, de otros "trabajadores" que precisamente a causa de la falta de dependencia no se hallan comprendidos en este derecho (trabajadores autónomos), como para diferenciar la relación laboral de otras relaciones jurídicas (locación de servicios del derecho común, locación de obra etc).

"Hace mucho ya que se ve en la dependencia la cualidad esencial del trabajador. Se puede decir que ello ocurrió desde que el derecho del trabajo nació como disciplina propia, separándose del derecho común. Se ha visto que el factor que conduce -

principalmente a la concepción de un derecho propio del trabajo fué la situación de aquellos trabajadores que al incorporarse a una empresa ajena tuvieron que someterse a la voluntad y dirección de otro, perdiendo con ello su independencia frente a la organización y plan de trabajo ajeno. Se les reconoció el derecho a una protección especial, por los abusos a que lleva este consentimiento, y para equilibrar la pérdida de la independencia. Esta situación no ha sido siempre apreciada en su verdadero alcance. Al principio se creía que todo trabajo humano, o toda actividad profesional ejercida personalmente podría reducirse a un denominador común, jurídicamente, sin tener en cuenta las diferencias que desde el punto de vista económico y social existían entre el trabajo prestado bajo la dirección de otro, dentro de una organización de trabajo creada y manejada unilateralmente por ese otro, y el trabajo hecho en forma autónoma inclusive se había ideado un contrato de trabajo, por así decirlo, genérico, el que comprendía las más variadas especies de contratos de actividad personal, tales como la locación de servicios, la de obra, el contrato de corretaje, de mandato, o de comisión, de depósito oneroso, de transporte etc. Existe modernamente la tendencia



diente . Solo que a veces prevalece una y a veces otra. Pero deben darse y se dan siempre las dos. Por otra parte, se ha atribuido a ambos conceptos una aceptación especial a los efectos del desarrollo laboral, especificando la dependencia jurídica más bien como jurídico-personal ( en contraste a la dependencia que puede nacer de una simple relación del derecho de obligaciones (1) y, por el otro lado, identificando la dependencia económica con el trabajo por cuenta ajena. El concepto de la dependencia jurídico-personal contiene un elemento jurídico y un elemento de hecho. El elemento jurídico consiste en que el patrono debe tener, principalmente, el derecho exclusivo de dirigir el trabajo y dar órdenes al trabajador, con el consiguiente deber de este de cumplirlas. Pero se trata nada más que de un principio. En la práctica , el derecho de dirección que incumbe al patrono sufre innumerables variantes según el cargo que desempeña el trabajador , la índole de su trabajo , el grado de su preparación , el carácter de la empresa, etc. La dependencia jurídica se distingue , sin embargo , de la llamada dependencia técnica cuya relatividad ya se destacó, porque - - aquella comprende por lo menos la posibilidad de dar órdenes con la consiguiente obligación del trabajador de acatarlas , por

diente . Solo que a veces prevalece una y a veces otra. Pero deben darse y se dan siempre las dos. Por otra parte, se ha atribuído a ambos conceptos una aceptación especial a los efectos del desarrollo laboral, especificando la dependencia jurídica más bien como jurídico-personal ( en contraste a la dependencia que puede nacer de una simple relación del derecho de obligaciones (1) y, por el otro lado, identificando la dependencia económica con el trabajo por cuenta ajena. El concepto de la dependencia jurídico-personal contiene un elemento jurídico y un elemento de hecho. El elemento jurídico consiste en que el patrono debe tener, principalmente, el derecho exclusivo de dirigir el trabajo y dar órdenes al trabajador, con el consiguiente deber de este de cumplirlas. Pero se trata nada más que de un principio. En la práctica , el derecho de dirección que incumbe al patrono sufre innumerables variantes según el cargo que desempeña el trabajador , la índole de su trabajo , el grado de su preparación , el carácter de la empresa, etc. La dependencia jurídica se distingue , sin embargo , de la llamada dependencia técnica cuya relatividad ya se destacó, porque - - aquella comprende por lo menos la posibilidad de dar órdenes con la consiguiente obligación del trabajador de acatarlas , por

lo cual el patrono está siempre en condiciones de sustituir su voluntad, a la del trabajador.... lo decisivo es, en todos los casos, la verdadera situación creada, no el nombre que las partes hayan dado a la relación jurídica establecida entre ellas, y la posición que la persona calificada o calificable de trabajador ocupe realmente en la estructura de la empresa de otro. De esa situación debe inferirse que hay un patrono y que este asume cierta superioridad jerárquica dentro de la organización de la empresa, aún teniendo en cuenta las tareas o capacidades específicas del trabajador. Por otro lado, esa jerarquía por el hecho de disposición , que se ejerce con respecto a la actividad del trabajador , debe ser un consecuencia directa del contrato, o de la relación de trabajo; es decir, debe ser concedida al patrono en virtud de esta relación. Admitir semejante jerarquía y fundarla jurídicamente es, en la esfera del derecho privado, una particularidad exclusiva de la relación laboral, inherente a este esencialmente".

Por su parte el profesor italiano LUDOVICO BARASSI, al ocuparse en este problema, lo explica bajo estos aspectos distintos , aún cuando en el fondo llega a aceptar la tesis de la llamada subordinación jurídica . Veamos:

"Podemos y debemos considerar la subordinación como limitación de autonomía en el trabajador que debe dar sus energías

a) Para fines que no le conciernen de modo primario, ya que normalmente pertenecen a quien ha estipulado el contrato con él (lo que no basta porque es también cierto para el trabajador autónomo).

b) Según las directivas impuestas (de acuerdo con el presupuesto anterior) por el contratante a quien se presta el trabajo (pero también el comitente de una obra puede imponer las modalidades de la obra a ejecutarse). Es menester agregar por ello;

c) Que el trabajo debe ejecutarse con el control constante y riesgo del empleador. Precisamente a estos presupuestos alude el artículo 2094, el cual menciona el trabajo hecho "bajo la dirección del empresario", junto a la dependencia de este último. La dependencia en realidad, termina siendo la misma subordinación, y a la autoridad directiva ajena no se comprende sino a la luz de finalidades que giran en torno al empleado'.

Como vemos, estos dos autores, para citar otros que esencialmente coinciden, tiene de la subordinación, como elemento

cardinal del contrato de trabajo , un criterio que se identifica con el adoptado por la legislación colombiana. Desde luego , tal elemento presenta multitud de variantes y de modalidades que solo en realidad es posible diferenciar y establecer y que, por regla general, es el juez quien debe definir en un momento dado. Hay muchos contratos de prestación de servicios personales, tanto en el derecho civil como en el derecho comercial, algunos de los cuales han sido resueltamente incorporados al derecho del trabajo por norma expresa de la ley, como se verá oportunamente, no obstante la viva discusión existente aún acerca de su naturaleza real . Y hay otros, colocados por su propia virtud en los linderos mismos del derecho del trabajo, acerca de los cuales la jurisprudencia ha venido definiendo en cada caso si se encuentran o no amparados por los preceptos tutelares de tal derecho. En estos últimos , toda la cuestión ha tomado como centro de gravedad la determinación del elemento subordinación de que nos hemos venido ocupando pues se ha estimado generalmente y con buenas razones, que es allí la verdadera diferencia entre la relación de trabajo y cualquier otro contrato o relación de tipo aparentemente civil o comercial . Cuando estudiemos algunos contratos especiales de

trabajo ; como el de los ejentes viajeros, notarios, trabajadores del estado, etc. podremos ilustrar mejor acerca de la situación que ahora planteamos.

5.-) UN SALARIO. - Como retribución del servicio, es el tercer elemento de la relación de trabajo. La ley colombiana no concibe un contrato de trabajo gratuito para el trabajador, o, lo que es lo mismo, una situación mediante la cual el asalariado preste o no su energía de trabajo, sin percibir por él una remuneración.

En líneas generales , el salario es la cantidad de dinero que el patrono conviene en pagar al trabajador por los servicios que de él va a obtener. Sobre su naturaleza, forma de convención, cantidades, modalidades, importancia dentro del contrato y normas que lo amparan, es necesario hacer un capítulo separado.

Sin embargo, conviene hacer desde ahora, el siguiente comentario . A tenor del artículo 23 del código , el salario es no solo un elemento esencial del contrato, sino que este se entiende existir solo cuando se han reunido todos los demás que lo integran. De lo cual surge, al menos en apariencia , la conclusión

de que allí donde no haya convención sobre salario, tampoco habrá contrato de trabajo. Pues si se trata de un elemento de su esencia, y él falta, desaparecería tal contrato. No obstante, esta consecuencia no se produce en la legislación Colombiana, porque:

a) Ningún servicio profesional permanente puede ser gratuito (artículo 27 del Código Sustantivo del Trabajo)

b) Cuando las partes no se han arreglado sobre el salario, este debe ser determinado posteriormente atendiendo a diferentes factores ( artículo 144 del Código Sustantivo del Trabajo)

c) Cuando esta fijación es imposible la Ley dispone que el trabajador tiene derecho, por lo menos, al salario mínimo.

Si esto es así, conviene concluir que la terminología empleada por el Código es inadecuada, toda vez que, aún faltando es tipuiación tan importante, el contrato de trabajo no deja de ser y de producir todos sus efectos legales.

**CAPITULO - V**

**OBJETO Y CAPACIDAD DEL CONTRATO  
DE TRABAJO. -**



1. - Objeto del contrato de trabajo. - 2. -) La capacidad en materia de trabajo-. 3. - Capacidad general para el trabajo . - 4. -) Capacidad de los patronos 6. -) Asociaciones Profesionales . - 7. -) Consentimiento.)

1. -) OBJETO DEL CONTRATO DE TRABAJO. - ¿ Cual es el objeto del contrato de trabajo? Diferentes y a veces antagónicas son las diversas opiniones que al respecto han sido emitidas . Estas podemos resumirlas , con GARRIGUET, en la forma siguiente : a) El objeto del contrato de trabajo es el mismo obrero ; b) El objeto inmediato del contrato no es el obrero mismo, sino su actividad su fuerza de trabajo; c) Para otros , estriba en el acto productor, en el trabajo; d) Otra opinión señala que lo que constituye realmente el objeto es el efecto de la fuerza muscular e intelectual representada en el fruto del esfuerzo del trabajador ; e) Se estima, por algunos , que el trabajador no vende su fuerza productora, ni el efecto útil de esta fuerza; no cede más que lo que ha puesto en producto , y mediante una suma determinada entrega la parte que le corresponde en la venta del producto.

No es una cosa, bien se ha dicho, lo que está en juego en el

qu

contrato de trabajo, sino una persona. Esta no puede servir de objeto a ningún contrato. Solo en base a una concepción distinta puede resolverse el problema. El objeto del contrato de trabajo, tal como expresa el artículo segundo de la Ley Española, no es otro que el realizado por cuenta y bajo dependencia ajena, la labor que el obrero crea que tiene un valor, como lo tiene su tiempo: La obra que de sus manos sale y que en el mercado adquiere un precio.

ALARCON señala que la realidad obliga a reconocer el fenómeno indiscutible de que el hombre trabaja para obtener una remuneración, por la energía que presta al patrono, o sea, que se obliga, mediante cierto salario, a emplear durante un período de tiempo toda su actividad física, su espiritual iniciativa, sus conocimientos profesionales en provecho del patrono. Resulta por tanto, que obrero y patrono contratan sobre un trabajo determinado a un precio cierto: estos han de constituir el objeto del contrato.

El objeto de este contrato es el trabajo, causa principal de la relación jurídica, cuyo efecto es para el obrero que lo realiza la obtención de un salario, el que habremos de es-

34

tudiar) en toda su extensión más adelante . Este trabajo , como afirma DEVEALI, ha dejado de ser el simple objeto de un contrato bilateral y conmutativo como fué considerado en el pasado para asumir los caracteres de un deber social.

BUYLLA, citado por GRONDA , dice que en " realidad el trabajo , por la universalidad de su origen , de su fin y de la repercusión que su ejercicio tiene en la especie, toca a la colectividad en su raíz mas profunda". Estas son las razones, agrega GRONDA, por las cuales el estado interviene y dispone imperativamente la aplicación de las cláusulas protectoras de los trabajadores, reduciendo al mínimo la autonomía de la voluntad.

El hombre , se ha dicho, repugna el trabajo y toda la humanidad lo considera como una pena. Se parte de que el Génesis no dice que le fué impuesto por Dios como uno de los castigos de su primera culpa: ganarás el pan con el sudor de tu frente.

El trabajo , que no es otra cosa que el esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza, supone, se afirma a una especie de comunicación inteligente del hombre a las cosas, que imprime a estas como un sello representativo de la per-

sonalidad del trabajador , el que aplica siempre en ellas no solo su fuerza física, sino la intelectual, pues aún el mero operario manual realiza su obra de una manera inteligente, procediendo con conocimiento del fin que se propone , por lo que únicamente en sentido impropio se habla del trabajo de los animales.

Antiguamente se distinguía el trabajo en tres aspectos: corporal , inventivo y de dirección. Una clasificación más concreta divide el trabajo en físico e intelectual , según predomine en él la materia sobre el espíritu. El trabajo físico puede, a su vez, clasificarse en manual o muscular y mecánico o instrumental, Teniendo en cuenta los rasgos predominantes puede hacerse la división del trabajo, así como de las artes, en liberal y servil o mecánico.

Los caracteres fundamentales del trabajo han sido clasificados en la siguiente forma:

- a) Humano, esto es, deber ser inteligente y moral, no constituyendo una mercancía , sino el cumplimiento de una necesidad y de un deber moral, individual y social.

b) Libre, concibiéndolo de tal forma que el hombre no sea un instrumento o medio para otro hombre , y que cada cual pueda elegir la clase de trabajo que mejor le acomode a sus aptitudes , debiendo en su realización ser respetada su libertad fundamental y la personalidad humana.

c) Asociado , ya que el hombre no puede concebirse aislado , y todo trabajo requiere, aún cuando aparentemente no sea así, la colaboración de otros hombre.

d) Dividido, ya que una individualidad no puede realizar sino una parte de la producción , precisando de colaboradores en un régimen uniforme de división del trabajo y por tanto de especialización.

e) Unido al capital , ya que ambos factores , capital y trabajo , precisan aunarse para su mejor desenvolvimiento.

f) Protegido por la Ley, de tal manera que adquiriera precisamente esta protección su más eficaz desarrollo.

El artículo 2o. de la Ley Española del 21 de Noviembre de 1.931 establece que el objeto del contrato de trabajo, es todo trabajo que se realice por cuenta y bajo dependencia ajena a

todo servicio que se preste en iguales condiciones, incluso el doméstico.

La propia Ley menciona se ocupa de inmediato de establecer las excepciones a este criterio general.

a) Los trabajos de carácter familiar, se ejecutan ocasionalmente mediante, bajo la dirección de uno de sus miembros siempre que los que trabajen no se consideren asalariados.

b) Los trabajos que, sin tener carácter familiar, se ejecutan ocasionalmente mediante los llamados servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad.

En el primer caso la prestación de servicios de carácter familiar no pueden integrar un contrato, no solo porque faltan los vínculos exactamente jurídicos, sino porque dicho trabajo se inspira en la unión y ayuda familiar. No basta el concepto de auxilio o de mutua ayuda, sino que es preciso, además, que aquellos que realizan el trabajo no se consideren asalariados. Aparecen, sin embargo, una serie de dificultades que nacen al considerar o no el trabajo familiar por una simple declaración de voluntad posterior al hecho. Los trabajos tienen o no carácter familiar por su naturaleza, por los vínculos

que existan entre las partes, pero su calidad de contrato no puede variar por esa presunción jure et de jure que el legislador Español imprudentemente ha incluido en el texto legal. La ley debe tender a la supresión de todo trabajo en forma benévola o gratuita por cuanto la onerosidad es la regla de este contrato.

" El segundo caso, afirma PEREZ LOBO, está inspirado en la amistad; es la ayuda que pide uno a un amigo o a un vecino para realizar alguna cosa y, observése que la ley para evitar que acogidos a este precepto puedan burlar su cumplimiento, incluye la palabra ocasionalmente, es decir, por una sola vez, por necesidad del momento, causal, ocasional, pudiendo sospechar que cuando está ayuda en continuada y habitual, ya se desvanece la idea de que es ayuda desinteresada para surgir la posibilidad de que la relación existente entre aquellas personas, no es una relación amistosa, sino una relación contractual". Y sea que, generalmente, el trabajador contrata sus servicios a un fin determinado, siendo en la práctica raro encontrar estos servicios a título gratuito los que, naturalmente, deben ser extraños a la profesión del individuo que los presta.

2. -LA CAPACIDAD EN MATERIA DE TRABAJO. - Para realizar el contrato de trabajo rigen distintas reglas de capacidad que para cualquiera otro de naturaleza civil. Es aquí donde el derecho del trabajo se inspira más en la realidad teniendo presente que el obrero no cuenta sino con su trabajo para vivir y que, por tanto, no puede esperar a la mayoría de edad para contratar sus servicios. La capacidad en el derecho del trabajo, como así ésta permite la realización de la función social que es el trabajo, debe permitirse, por ende, que aquel que se encuentre en tales condiciones pueda emplear su actividad contratando para ello sus servicios. Igual que en la legislación civil se autoriza celebrar el matrimonio en virtud de la idea de que la procreación es posible aún antes del completo discernimiento que rige la capacidad, en las relaciones contractuales que se derivan de la producción en el trabajo, es natural que la legislación deba atemperarse a esas circunstancias poniéndose a tono con ellas para no verse rebasada.

La capacidad presupone el discernimiento. Este es, como se ha dicho, la facultad que nos permite distinguir lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo y medir las consecuencias posibles de nuestros actos y de nuestras acciones. La inca-



pacidad en Derecho del trabajo representa, lo mismo que en el orden de las relaciones contractuales contenidas en el de recho Civil, la falta de aquel discernimiento, y se basa en el carácter protector que en este punto inspira a ambas legis laciones . Podemos , pues, considerar aquí la capacidad como una aptitud de obrar válidamente.

Las prohibiciones legales fijadas para el trabajo de los menores en determinadas industrias nocivas a la salud o en la forma de realizar el horario de trabajo, en realidad no repre senta una valla impuesta por el legislador con fines de protección social. La incapacidad absoluta que podría surgir de esta prohibición no es tal, sino una presunción legal de que el objeto del contrato es ilícito al ser prohibido por el legisla dor. De todas formas, sea en razón del objeto o en relación a la capacidad, el hecho es que la prohibición mencionada for ma parte integrante de los preceptos contenidos en la legisla ción del trabajo y ella no puede dejarse sin efecto por la voluntad de las partes contratantes.

Tenemos que establecer que no hay dentro del Derecho del trabajo una absoluta capacidad, pues las numerosas limita -

ción, por ejemplo, de la jornada de trabajo a ocho horas se impone a la totalidad de los obreros y no es razón a la aptitud válida para obrar, sino por una disposición de orden público dictada en atención a las limitadas posibilidades de las fuerzas humanas. Cualquiera cláusula en el contrato por lo cual se establezca una jornada superior a la legal admitida, sería nula, no por falta de capacidad del obrero, sino por flicitud del objeto.

Fué bajo la influencia de la escuela intervencionista que se ha reglamentado en la efectividad, más estrictamente, el trabajo de la mujer y el niño por la situación de desamparo en que se encontraban, desvalidades que exige un máximum de protección. En el presente el derecho del trabajo limita las diversas actividades de los obreros, sean estos incorporados a la industria, a la agricultura, a la ganadería o al comercio. En un principio tuvo un carácter de protección social al desvalido, carácter que se ha perdido para ser algo así como la carta orgánica del trabajo, de todo el trabajo, practíquese en una u otra forma la actividad y cualesquiera sean los sujetos del derecho.

Para determinar las diversas reglas que rigen la capacidad,

dividiremos nuestro estudio en tres partes:

- a) Capacidad en general para contratar.
- b) Capacidad de los patrono.
- c) Asociaciones profesionales
- d) Consentimiento.

a) CAPACIDAD GENERAL PARA CONTRATAR. - En este, como en tantos otros aspecto, el derecho laboral ha llegado hasta la realidad misma de los hechos, y, apoyado en ella, ha estimado no solo innecesario sino perjudicial mantenerlos los límites de edad afirmados por el derecho común. (Anteriormente 21 años)

El artículo 29 del Código dispone, por ello, que "tienen capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo todas las personas que hayan cumplido diez y ocho años de edad".

Esta capacidad como es obvio, comprende no solo la plenitud de facultades para contraer el vínculo laboral, sino para ejercer la acción o acciones que puedan derivarse del mismo, en órden a buscar, por medio de los organismos jurisdiccionales del estado, la protección especial de la constitución, y leyes garantizan al trabajo humano asalariado.

Los menores de la edad indicada, hombres o mujeres, tienen una capacidad semiplena para los mismos actos. Están autorizados para celebrar el contrato siempre que dispongan de una autorización especial escrita de sus representantes legales ( el padre o madre en primer término), o del inspector del trabajo, el alcalde municipal, o el inspector o corregidor de policía del lugar donde el acto va a celebrarse. En este aspecto parece que el derecho del trabajo quisiera mantener las pautas del derecho civil tutelares de la autoridad familiar. Por eso no es superfluo considerar que en aquellos casos en que, teniendo el menor padres presentes que no se avengan justificadamente a conceder la autorización necesaria, el funcionario público no debe concederla. Pero además, dicha autorización se explica por el afán del legislador de velar porque el trabajo de los menores no se cumpla en oficios peligrosos para su salud o para su formación moral.

b) CAPACIDAD DE LOS PATRONOS-. La capacidad exigida a los patronos es la misma que aquella impuesta para ejercer una industria o el comercio. No es propia del derecho del trabajo, sino general para la legislación Civil o comercial. He aquí una limitación resultante de las relaciones necesarias

que surge de la dependencia y autoridad jerárquica existente entre el patrono y el obrero, la que carecería de base si es que el primero, por la edad no tuviera el discernimiento preciso, no solo para contratar, sino además para dirigir, organizar; en suma, para desarrollar la función patronal que no se reduce a pagar un salario al obrero sino que representa la jefatura de la empresa.

Puede un menor de edad ser propietario de una industria que emplea millones de obreros, pero la función representativa no la ejerce él, sino por intermedio de sus mandatarios, que en este caso son los que deben tener la capacidad legal para contratar.

**ASOCIACIONES PROFESIONALES.** - Las asociaciones tanto patronales como obreros, pueden por sí realizar el contrato individual de trabajo, el por equipos, así como los pactos colectivos de condiciones de trabajos, estando facultadas, además, para intervenir en la fijación de horas de trabajo.

La capacidad de estas entidades, personas jurídicas de existencia ideal, se rige por las leyes especiales dictadas para las asociaciones profesionales, siendo éstas distintas según sea la concepción corporativa que haya sido acogida en el desarrollo.

rrollo político nacional. En donde no existen disposiciones especiales , las normas de aplicación se extraen del código civil que define a las personas jurídicas , mas en todo caso como el Derecho del Trabajo debe constituir un todo armónico , necesario será dentro de él fijar las normas que regulen las asociaciones profesionales , tanto de los trabajadores como de los patronos.

Las personas jurídicas pueden ser sujetas, como hemos visto , del derecho del trabajo, pero deben a tal efecto constituirse de acuerdo con las disposiciones legales, de tal manera que las restricciones y limitaciones por este derecho son aún más numerosas que en derecho civil, para lo cual se tiene en cuenta que tanto las asociaciones obreras como las patronales son en definitiva , medios de lucha, en unas utilizando para tal fin la Huelga y en otras el lock out. La misión del estado, beligerante ante los choques, es limitar facultades y exigir garantías , que eviten esa continua y estéril pérdida de energías.

d) CONSENTIMIENTO. - "No hay contrato sin consentimiento"  
Es este un principio general que domina todo el derecho de -

las obligaciones y el que , en su aplicación en el contrato de trabajo, no comporta ninguna observación particular. Si el consentimiento de las partes es simplemente viciado , el contrato existe, pero su anulación puede ser demandada a peti - ción de la parte cuyo consentimiento haya sido viciado".

La libre expresión de voluntad que gobierna el consentimiento se obtiene en virtud de normas superiores establecidas - por el legislador, de tal forma que se compensan las diferen - cias de fuerzas en el contrato de trabajo, siendo la mayoría de las cláusulas establecidas en el interés general, bastando por lo tanto la simple manifestación de voluntad para crear el contrato, pero no su contenido , el cual en sus puntos esenciales , tales como jornada , descansos, vacaciones, despi - dos , condiciones de salubridad e higiene, indemnización - por accidentes , salarios etc. , son fijados frente a las par - tes contratantes , por el estado, como poder mediador de un lado y defensor del más débil del otro. -

**CAPITULO - VI**

**CARACTERISTICAS DEL CONTRATO  
DE TRABAJO.**



**CLASES DE CONTRATO.** - El contrato de trabajo puede ser individual o colectivo o por equipo. El primero es el realizado por un patrono o varios patronos con un obrero, y el segundo el celebrado entre uno o varios patronos y un grupo de obreros. Es el número de trabajadores que intervienen en el contrato el que determina la clase de que se trata.

Para diferenciar mejor uno y otro contrato hemos de tener presente que si el patrono celebra un convenio con un grupo de trabajadores considerados en su totalidad, tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes inherentes a su calidad. En los pactos colectivos no aparece una relación de dependencia, sino un conjunto de normas de aplicación jurídica y contractual.

Puede también clasificarse el contrato de trabajo por la retribución convenida según sea este por tiempo, por obra o tarea. En cuanto a la duración que está establecida en el contrato será por tiempo definido o indefinido. También por la naturaleza de la prestación, clasificándose en industriales, marítimos, agrícolas, etc. En cuanto a la forma pueden ser verbales o escritas. Así mismo pueden clasificarse lo es -

contratos de trabajo por la clasificación del servicio, siendo los trabajadores manuales e intelectuales, simples o cualificados. Por trabajos manuales se entienden aquellos en que en el empleo de la actividad humana predomina el ejercicio de las facultades físicas. A contrario sensu, el trabajo intelectual es aquel en el predomina el esfuerzo mental del trabajador. Tanto en el trabajo manual como en el intelectual se exige necesariamente un esfuerzo mental y de ahí la distinción del trabajo manual simple y el cualificado. En el primero el trabajo se realiza sin necesidad de que predomine el esfuerzo mental, ni tan siquiera se requiere éste; en el segundo hay ya especialización.

Cuando un obrero realiza tareas de distinta naturaleza es preciso recurrir a la preponderancia de una de las labores para definir y establecer la naturaleza de derecho por razón de que lo accesorio sigue a lo principal.

La diferenciación entre las diversas clases de trabajo, o mejor dicho de relaciones de dependencia existentes, han hecho que la legislación haya tenido necesidad, desde un eje o centro común, de bifucarse en distintas especialidades, mar -

cando los estatutos particulares. De esta manera el trabajo marítimo es considerado distinto al agrícola: el servicio doméstico: el trabajo a domicilio: el desarrollo en la fábrica bajo la directa vigilancia del patrono o de sus subordinados. Estas diferentes fases del trabajo y de la relación de dependencia existente, han creado legislaciones especiales que se enfrentan con los problemas asociados que se derivan del trabajo. Las leyes específicas son innumerables, y van formando el régimen particular de cada uno de los gremios, en la misma forma que en la Edad Media las corporaciones fijaban sus estatutos particulares.

2o) FORMA: - Siendo el contrato consensual, perfecciona por el simple consentimiento de las partes. Puede hacerse por tanto verbalmente o por escrito. La norma es establecerlo de esta última manera cuando por su cuantía debe exigirse una prueba fehaciente y en los contratos colectivos sin excepción en razón principal a la importancia que estos últimos revisten.

CONTRATO VERBAL. - Al respecto la ley obliga a las -

partes a ponerse de acuerdo sobre un mínimo de puntos. Tales son, según el artículo 38 del Código Sustantivo del Trabajo:

La índole del trabajo y el sitio en donde ha de realizarse: la cuantía y forma de remuneración, ya sea por unidad de tiempo, por obra ejecutada, por tarea, a destajo u otro cualquiera y los períodos que regulen su pago: por último sobre la duración del contrato.

**CONTRATO ESCRITO.** -Por lo que respecta a esta modalidad, la ley colombiana prescribe que debe extenderse en tanto ejemplares cuantos sean los interesados, que, por regla general, son dos el patrono y el trabajador. Por lo demás, está exento de impuestos de timbre nacional y de papel sellado.

Igual que en los contratos verbales la Ley exige que las partes se pongan de acuerdo y hagan constar, aquí si por escrito, un mínimo de requisitos, fuera de las cláusulas que acuerdan libremente. Según el Artículo 39 del mencionado Código, ellos son: La identificación y domicilio de -

las partes, el lugar y fecha de la celebración del contrato, el lugar en donde se haya contratado el trabajador y aquel en donde haya de prestar el servicio, la naturaleza del trabajo, la cuantía de la remuneración, su forma y período de pago, la estimación del salario en especie, en caso de que lo hagan en forma de suministro de habitación y alimentación y la duración del contrato, su desahucio y terminación. El salario adicional en especie debe constar en el contrato principalmente para evitar al trabajador futuros conflictos y problemas ante el juez en la eventualidad de un juicio.

En la legislación colombiana los contratos que deben constar por escrito son:

- a) El contrato a término fijo
- B) El celebrado prestando término de prueba.
- c) El que contenga la estipulación de un período de aprendizaje.
- d) Aquel en que se pacta un régimen de intermediarios.
- e) Los que hacen parte de un engranaje colectivo.

**PRUEBA.** - Cuando las leyes del trabajo indican que los contratos deben de realizarse por escrito no expresan que sea

nulo el contrato que no se ajuste a lo dispuesto , sino que dicha formalidad debe ser establecida y en perjuicio de ella se tendrá lo que las bases , pactos colectivos de condiciones de trabajo, usos o costumbres establezca. Tanto es así que la teoría de la presunción es siempre a favor del contrato.

A los efectos de su prueba exígnese , por algunas legislaciones el contrato por escrito. Normalmente, empero, cualquiera sea su cantidad, se hace por escrito el contrato que se realiza con las grandes empresas y verbalmente cuando el patrono ocupa un reducido número de obrero.

Teniendo principio de ejecución el contrato, este es habiéndose dado comienzo el obrero a su trabajo, cualquier medio de prueba es admisible para demostrar la existencia de ese contrato, correspondiendo a aquel que afirma la veracidad de sus dichos.

**CAPITULO VII****TERMINACION DEL CONTRATO DE  
TRABAJO. -**

1. - PRINCIPIOS GENERALES. - Puede afirmarse que la terminación del contrato de trabajo es el fenómeno en virtud del cual y por hechos provenientes o no de la voluntad de los contratantes, cesan estos definitivamente en el cumplimiento de sus obligaciones principales. Es decir que, de una parte, queda relevado el trabajador de prestar su servicio, y de otra el patrono queda también relevado de pagarle una remuneración.

Se diferencia esencialmente del fenómeno de la suspensión, en que, esta supone apenas un simple receso temporal en el cumplimiento de tales obligaciones, sin que en manera alguna el vínculo sufra quebranto por la terminación o disolución desaparece el vínculo jurídico, causa inmediata de aquellas obligaciones.

Sin embargo, hemos dicho que de las "obligaciones principales", citándolas, porque en algunos casos, al menos en la legislación colombiana, la terminación no cancela, desde el momento en que ocurre, el cumplimiento, por parte del patrono, de determinadas obligaciones, especialmente de carácter asistencial, como cuando el trabajador es despedido o se estima



en estado de enfermedad y cuando aún no han vencido los plazos durante los cuales debe suministrársele determinada asistencia .

El problema de la terminación del contrato es uno de los más delicados dentro de la teoría jurídica del mismo, y, al igual que muchas otras instituciones laborales, ha sufrido una radical transformación , generada por el propósito de defender cada día más a las clases trabajadoras. En el derecho Español como lo anota Guillermo Cabanellas -esa defensa tiene remotos antecedentes en algunas disposiciones de las leyes de indias, donde se tomaron prevenciones para el caso de que los trabajadores fueran despedidos injustamente de sus empleos. Así, por ejemplo, cita algunas del fuero Viejo de Castilla y del Fuero Real de España, el último de los cuales, en uno de sus preceptos dice los siguientes:

" Si algún ome cogiere a otro a soldada, a plazo, e le hechare de su casa antes del plazo sin su culpa , dele toda su soldada del año; e si el mancebo dexare al señor antes del plazo sin su culpa, pierde la soldada e péchele otro tanto; e si el señor le hubiese algo dado de su soldada , y el mance

- 99 -

bo lo negara , el señor sea creído por su jura falta un maravé; e si algún daño le ficiere , pebegelo e no le fiera por -  
elb " .

Estas , como tantas otras disposiciones protectoras de los trabajadores , fueron víctimas del principio según el cual "se obedece pero no se cumple" , y así, se quedaron escritas, sin desempeñar en la práctica otro papel que el de servir de ilustración para la Historia del derecho.

Mucho más adelante, especialmente durante el siglo XIX , con el auge de las teorías individualistas cimentadas sobre el principio de la libertad irrestricta en todos los campos de la actividad humana, se practicó y defendió la tesis de que, de igual suerte eran absolutamente libres para escoger a sus trabajadores , también lo eran para prescindir de ellos cuando a bien tuvieran, sin responder en campo alguno por las consecuencias sociales , jurídicas y económicas de semejante conducta.

Se apoyaba esta tesis en la afirmación de que el derecho de rescindir el contrato era idéntico para el patrono y el trabajador , de modo que este también podía , cuando lo estimara conveniente , abandonar el trabajo, con o sin causa y con o sin expresión .

de la misma. Se trata como puede observarse , de la errónea estimación de que en el contrato de trabajo, lo mismo que en los contratos civiles, las partes eran iguales; supuesto falso por contrario a la realidad económica y social, pues desconocía la notoria inferioridad de la clase trabajadora frente a las prerrogativas del capital y del empresario.

Sin embargo, la intervención estatal, en defensa de los trabajadores , la constante y belligerante intervención del sindicalismo en defensa de la estabilidad en el empleo, y, sobre todo, desde el punto de vista jurídico, la necesidad de hacer del contrato de trabajo un verdadero instituto jurídico en todos sus aspectos , que encausare por reglas de derecho la conducta de las partes y se ajustara a aquel espíritu de defensa , culminaron por reducir el fenómeno de la terminación del contrato a una serie de principios , que, teniendo en cuenta la voluntad de los contratantes o la carencia de ella, señalaron una serie de condiciones previas , a un régimen de causas concretas y claras y una escala de responsabilidades .

Así, una de las primeras cuestiones consistió en el examen de la denominación jurídica que debía darse el fenómeno de la

cesación definitiva de las obligaciones de las partes. Para ello se ha venido adoptando indistintamente la terminología propia de los contratos civiles, aún cuando algunos autores prescinden de toda ella y se satisfacen con la adopción del término extinción o desolución, que, en su concepto, es suficiente para expresar el referido fenómeno. Guillermo Cabañellas al tratar este tema, hace la siguiente distinción entre la terminación, la resolución, la rescisión y la disolución del contrato:

" Habitualmente se confunde la terminación del contrato con su rescisión. Empero, el contrato termina cuando llega el plazo estipulado o fallece una de las partes, lo cual imposibilita su continuación; por el contrario el contrato se rescinde cuando media despido, es decir, cuando un hecho imputable a uno de los dos contratantes, o previsibles para estos, produce la imposibilidad de que el contrato llegue a su justo término.

"Por otra parte, se dice que un contrato es resuelto todas las veces que es destruido retroactivamente por una causa distinta a una nulidad inicial. Esta destrucción retroactiva

- 102 -

de un contrato , reconocida como válida , no puede obrar sino en virtud de una voluntad expresa o t axita de las partes. La resolución supone que las partes han dado al contrato un consentimiento condicionado con vistas a que se produzca una eventualidad determinada; una vez producido ese evento, el contrato se resuelve".

" La resolución de un contrato puede producirse de dos maneras: una , cuando la causa de resolución se produzca y el contrato sea resuelto de pleno derecho y si ser pronunciada judicialmente. En el primer caso se dice que hay condición resolutoria ; en el segundo , se habla de acción de resolución. La resolución judicial del contrato ha sido formulada en principlo, por el articulo 1184 del Código Civil francés, que dispone "un contrato sinalagam tico puede resolverse desde que una de las partes no ejecuta su obligación". La parte que posee la acción de resolución no est  reducida a una sóla actitud . Puede escoger entre resolver el contrato o demandar su ejecución".

"La vos rescisión, designa todo acto por el cual las partes ponen término ellas mismas al contrato que habían hecho. La

resolución solo se aplica a los contratos que obligan a las partes a prestaciones prolongadas y repetidas, y que durarían más tiempo si una voluntad contraria no les pusiera término. La rescisión convencional es un acuerdo especial, posterior a la conclusión del contrato; el contrato rescindido queda destruído por una convención en sentido inverso. (mutuus dissensus), pues lo que la voluntad crea, la misma voluntad puede destruírlo".

" De las causas de extinción expresadas, hay algunas propias del contrato de trabajo; y, en realidad, no hacen más que disolver el vínculo contractual de naturaleza permanente estable. Estas causas... producen la cesación del contrato de trabajo, su extinción, términos que cabe usar como sinónimos de la disolución del vínculo contractual".

Más adelante se verá, con mayor determinación, cómo la terminología anteriormente descrita no se adecua en toda su extensión y oportunidades a la naturaleza del contrato de trabajo, y como el funcionamiento de algunas de sus modalidades como la condición resolutoria, por ejemplo, tiene características que son propias de la reglamentación jurídico-económica que nos

ocupa , y que se aparta , por tanto, de la doctrina tradicio -  
nal sobre la materia.

2. - LA SITUACION LEGAL COLOMBIANA. - Sistema del C6-  
digo . La legislaci6n Colombiana no utiliza una terminologfa  
especial para indicar la cesaci6n definitiva de las obligacio-  
nes de las partes . El capitulo VI del C6digo del Trabajo .  
Articulo 64 y siguientes , emplea el vocablo terminaci6n, y  
habla , al referirse a los modos de poner fin a la relaci6n -  
laboral , de "darla por terminada". Solo el articulo 64 de ma-  
nera especifica , se refiere a una modalidad de esa termina-  
ci6n, cuando consagra la denominada "condici6n resolutiva"  
ria". Con todo tal condici6n supone la existencia de cualquier  
ra de los motivos por los cuales el contrato se puede dar "por  
terminado".

Las notas fundamentales que caracterizan la legislaci6n  
muestra sobre terminaci6n del contrato, han consagrado sobre  
el particular y recogen los principios fundamentales sobre  
responsabilidad de los contratantes y restricci6n de la volun-  
tad patronal para mejor lograr la defensa de la clase trabaja-  
dora . Podemos sintetizar esas condiciones esenciales diciendo

que son las siguientes :

- a), Por regla general las partes no son libres de dar término a la relación jurídica cuando lo consideren conveniente;
- b) Para hacerlo , salvo cuando se trata de aplicar la denominada "Cláusula de reserva" (hoy abolida) , están en la obligación de expresar previamente la causa, sin que esta pueda ser distinta o contraria a las expresamente consagradas en los textos legales, convencionales o reglamentarios;
- c) Entre tales causas unas hay que dependen de la voluntad de los contratantes , y otras ajenas a ella;
- d) La terminación del contrato puede ocurrir con o sin preaviso, según la naturaleza del motivo que la ocasione . El preaviso, en tal caso , es siempre , salvo convención más favorable al trabajador, igual al lapso que regule los pagos del salario;
- e) Ese preaviso puede suplirse por una suma de dinero equivalente siempre que sea el patrono quien va a dar por terminado el contrato . El trabajador es obligado al preaviso en tiempo, pero no siempre a suplirlo con dinero;



f) Quien da por terminado el contrato en forma unilateral e ilegal, debe perjuicios. Estos, tanto en sí mismos como en técnica de su regulación son distintos, según que quien promueva la terminación sea el patrono o el trabajador, y

g) Coetáneamente con la cesación de las obligaciones principales y periódicas de los contratantes, el patrono está en el deber de pagar al trabajador el valor íntegro de sus acreencias laborales, so pena de fuertes sanciones de carácter pecuniario.

Vamos a estudiar someramente cada una de las características anteriores, recurriendo, en cuanto sea posible, a la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal sobre casos que puedan ilustrar los principios ilustrados.

3. - )LIBERTAD PARA TERMINAR EL CONTRATO. - Ya se vio cómo la costumbre, sostenida por viejos principios de derecho común, de que los contratantes eran irrestrictamente libres para vincularse o desvincularse jurídicamente, fué rectificadada por el derecho del trabajo que encontró en aquella práctica una intolerable fuente de abusos patronales. Hoy las modernas legislaciones laborales, entre ellas la

nuestra, preceptúan, como cuestión general, que los contra tantes solo pueden romper el vínculo jurídico cuando ha sur - gido algunas de las causas que taxativamente se consideran - como suficientes para ello. Y si a esa regla no se somete ca da uno a su esfera, deberá responder por los daños que se - presuman como causados a la otra o que esta demuestre ha - ber sufrido, según el caso.

Dentro de un concepto agresivo e injurídico del poder del ca pital, podría, sin embargo, decirse que, no obstante la afirmación anterior, el contrato puede ser roto cuando a - bien lo tenga el patrono, sin importarle nada el pago del pre cio que la Ley exige por ese acto ilegal. Mas en derecho, es precisamente el pago de ese precio, conocido técnicamente con la denominación de "indemnización de perjuicio", lo que hace que el antiguo criterio de libertad incondicional, se ha ya tornado en ejercicio regulado y razonable de un derecho.

4. -) TERMINACION MOTIVADA. - Otra conquista del dere - cho laboral en la materia, ha sido la de obligar a las partes y particularmente al patrono, a motivar la terminación del contrato, es decir, a dar, en el momento de la ruptura,

una explicación clara de la causa o motivo que lo impulsa a tomar esa decisión. Esa causa o motivo, desde luego, no podrá ser distinto ni contrario a cuantos ha establecido la Ley en forma expresa como suficientes para justificar la terminación del vínculo. Así se desprende del artículo 68 de nuestro Código la boral, reproducido por el parágrafo del artículo 7 del decreto 2351 de 1.965, que dice lo siguiente:

"Artículo 68- La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra en el momento de la extin ción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos".

Las partes no son libres para simular causas o motivos de extin ción del contrato. Dentro de un régimen de derecho, estarán normalmente sometidas a los que la Ley haya establecido o autorizado como propios del oficio; pero, por sobre todo, es necesario aclarar que la Ley quiere vincular personal y patrimonialmente al patrono, el acto de la extin ción y la causa que ha dicho justificarla. A partir de ese momento tendrá que afrontar las consecuencias de su acto, por manera que en un juicio, bien sea promovido por el trabajador, o por el propio patrono,

para esclarecer lo relativo a la extinción del vínculo , y donde la causa alegada ab initio no hubiere encontrado demostración plena , tendrá que asumir la consiguiente responsabilidad , cubriendo el valor de los perjuicios materiales y morales derivados de los daños que haya causado al trabajador con la ruptura . Precisamente, para asegurar esta finalidad, el texto que acaba de citar impide modificar o alegar posteriormente la causa o el motivo que se alegó en un principio. Si así no fuera, el sistema de causar expresamente para terminar el contrato carecería de fundamento y de importancia en la legislación ; y, de otra parte , no habría ruptura, por ilegal y abusiva que fuese , que no hallara a la postre una justificación por el patrono, si se le permitiera alegar o presentar judicialmente aquellas que considera posible demostrar y todas las veces en que la primitivamente alegada fuere falsa, o no pudiere probarla, o no estibare erigida en causa suficiente para la ruptura demanda.

5. -) LAS CAUSAS LEGALES Y LA VÓLUNTAD DE LAS PARTES.

TES. - Del texto del artículo 61 del Código , norma que establece las causas generales de "terminación del contrato", otras que se producen siempre independientemente de la mis-

ma. Dentro del primer grupo citamos las contempladas en los literales a, b), c), y parcialmente las de los literales e) y f); dentro del segundo, la comprendida en el literal d).

Veámoslo:

El señalamiento de plazo fijo a la duración del contrato; tanto como el no señalamiento de ninguno, para que quede sometido a los plazos presuncionales de la Ley (hoy indefinido), son modalidades que dependen de los contratantes, los cuales, desde un principio, convienen en que a la llegada de dicho plazo tenga fin la relación jurídica. Igual afirmación puede hacerse de la terminación de aquellos contratos cuya duración, indeterminada, pero determinable, depende de la duración de la obra o labor contratada. En este caso, la sola estipulación del objeto del contrato determina, por consecuencia, el plazo del mismo, pues se entiende que las partes, desde el momento de la celebración convienen y admiten que en cumpliéndose dicho objeto, cesan sus obligaciones mutuas.

En los casos del literal g) es decir, cuando hay decisión unilateral fundada en algunos de los motivos que señalan los ar

tículos 62 y 63 , es eminentemente la voluntad de los contra-  
tantes , pués que solo ella puede poner en marcha la facultad  
 contenida en tales disposiciones para finalizar una relación,  
 haya o no llegado para ello el plazo presunto o pactado para  
 su duración. Pero en estos casos, como el acto de voluntad  
 unilateral que pone fin al contrato debe fundarse en uno de los  
 motivos que el texto señala, quien lo lleva a cabo deberá aten-  
 nerse a las consecuencias , es decir, o a demostrar judicial-  
mente la causa alegada o a responder por los perjuicios que  
 implique la ruptura unilateral.

En la reforma de 1.965, ratificada por la Ley de 1.968, se ma-  
 mantienen vigentes , adicionadas por el no regreso del tra-  
 bajador en la debida oportunidad una vez que ha cesado la cau-  
sa de suspensión, cuestión esta elemental y obvia que, por lo  
 demás ya había reconocido la jurisprudencia.

Segue rigiendo también el cartabón de justas causas para dar  
 por terminado el contrato, tanto de parte del patrono como del  
 trabajador que indicaba el artículo 62 del Código , pero inclu-  
 yendo dos causas nuevas en cuanto al primero: el deficiente  
 rendimiento en el trabajo no corregido en un término razona-

nable, y el reconocimiento de la pensión de jubilación para el trabajador estando al servicio de la empresa. Este último hecho no parece enteramente justo, habida consideración de la edad pensionable y de la existencia de incompatibilidades morales entre la recepción de un sueldo y de una pensión en el sector privado. Entendemos que con esta causal se pretende despejar un poco el mercado de trabajo para dar entrada en él a nuevo personal, lo cual resulta utópico si se tiene en cuenta que el trabajador celebra contrato con otro empresario después de pensionado.

Debe agregarse o considerarse una causa adicional, que es la señalada en el artículo 61, la cual consiste en que el patrón no cumpla la obligación de reintegro de los trabajadores respecto de los cuales haya cesado la incapacidad temporal. Ella podría ser invocada por los trabajadores.

6. -) CONDICION RESOLUTORIA. - Sus diferencias con el derecho Civil. - Dice el Artículo 64 del Código, modificado por el artículo 8 del Decreto 2351 de 1.965 :

1. - En todo contrato de trabajo va envuelto la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemniza-

ción de perjuicios a cargo de la parte responsable . Esta indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante.

2. - En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del patrono, o si este da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la Ley, el primero deberá al segundo por concepto de indemnización .

En primer término cabe anotar que se trata de una condición tácita, o que se supone existente en todo contrato , y no de una condición expresa. En virtud de ella, quien es sujeto , o mejor , víctima , del incumplimiento de las obligaciones propias del contrato de trabajo, está legalmente autorizado para darlo por terminado , y tiene , en principio , derecho a ser indemnizado.

La institución de la condición resolutoria tácita ha sido tomada del derecho Civil, y particularmente entre nosotros del artículo 1548 del Código de materia, cuyos términos son los siguientes:

" En los contratos bilaterales va envuelta la condición reso-



tutoría en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio , o la resolución , o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

"Obsérvese que, al paso del artículo 84 del Código Laboral establece como secuela solamente la indemnización de perjuicio a cargo del responsable del incumplimiento , la norma Civil establece una clara opción para el agraviado: o pedir el cumplimiento de la obligación con indemnización de perjuicios , o la resolución del contrato, también con indemnización de perjuicios . Mucho se ha discutido , si , a pesar de haber callado el Código del Trabajo sobre tan importante aspecto , debe entenderse que consagra también el derecho a reclamar el cumplimiento de la obligación para que se lleve a cabo tal y como se había convenido . No obstante, la jurisprudencia nacional se ha inclinado por rechazar esta posibilidad , afirmando categóricamente que la única consecuencia proveniente del incumplimiento , es la indemnización de perjuicios, salvo casos de excepción establecidos por la Ley .

El cumplimiento de la obligación de que habla el artículo 1546 del código Civil, no podría ser, en el derecho del trabajo cuestión distinta de la reanudar el contrato obligando a las partes vincularse nuevamente, pagando al trabajador (si este fuera la víctima) el valor de los salarios dejados de devengar, hasta la decisión judicial definitiva . Pero semejante solución han estimado muchas legislaciones y autores como contraria a la naturaleza misma del vínculo jurídico que supone el contrato de trabajo . A través de estos principios se ha visto que se trata de una relación fundada en propósitos de armonía personal y de convivencia clasista aunque no se celebre siempre y precisamente intuitu personarum. Y sobre ellos se halla estructurada la legislación Colombiana . Allí donde se rompe, por actos de voluntad o fallas de conducta de una de las partes, no parece razonable quebrantar la naturaleza de las cosas para obligarlas a reemprender esa relación , una de cuyas bases esenciales ha desaparecido . Si la Ley , para ser eficaz , debe acomodarse a la naturaleza humana y a los hechos sociales , una norma que se aparte de ella una interpretación suya que los contrarie , dejaría de tener importancia social por la imposibilidad de su aplicación. Por eso donde el artículo 64

habla, sin mencionar otra, de una acción por indemnización de perjuicios, es preciso entender que esa, fue la que quiso consagrar para los casos generales, apartándose así de los principios de la legislación civil.

Sin embargo, esto último se explica, porque en el derecho Civil se regulan obligaciones patrimoniales y excepcionalmente relaciones de carácter personal, mientras que en el derecho del trabajo, y especialmente el contrato individual, se refleren eminentemente a relaciones humanas. En aquel que al decir de Menger es el "derecho de las cosas" es factible y natural compeler a los contratantes a cumplir obligaciones ya contraídas, reanudar un vínculo jurídico cuyas obligaciones se habían cumplido total o parcialmente; no así en el contrato de trabajo.

#### 7. - MÓDOS GENERALES DE TERMINAR EL CONTRATO. -

Sistema general del Código. La ley concede, tanto al patrono como al trabajador, instrumentos para dar por terminado el contrato en un momento dado. Dichos instrumentos, o, por mejor decir modalidades o formas de actuar, son los que pudieramos denominar jurídicamente modos, para diferenciarlos

de las causas o motivos de la extinción del vínculo . Estos mo  
dos son los siguientes:

a) Terminación intempestiva y unilateral . En lo tocante a los  
motivos de terminación del contrato intempestivamente por  
parte del patrono, son, de acuerdo al establecido en la prime-  
ra parte del artículo 62, los siguientes:

1) El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante  
presentación por este de certificados falsos para su admisión."

El régimen de 1.945 y sus disposiciones reglamentarias consa-  
graban una que ponía un término de 60 días , después del cual  
ya no era posible invocar dicha causal. Fué rectificada poste-  
riormente y con mucha razón , pues, en efecto, la falsedad no  
solo es un acto de improbidad, sino un delito en la legislación  
colombiana, sancionable penalmente, De manera que al limitar  
el tiempo después del cual no era posible terminar el contrato,  
de comprobar que el trabajador había utilizado certificado fal-  
sos , se incurrió en error. Por eso la norma ha quedado sin  
válidoz alguna , y, así, se establece que en cualquier momen-  
to de la ejecución del contrato, cualquiera que sea su plazo ,

en que el patrono descubra o compruebe que el ingreso de ese trabajador se debió a la presentación de certificados falsos, puede terminarlo sin aviso previo.

"Todo acto de violencia , injuria, malos tratamientos , o grave indisciplina en que incurra el trabajador durante sus labores , contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo".

Tanto esta disposición como la siguiente, tienden a mantener dos cosas: en primer término, la disciplina de la empresa, que es necesaria, por razones obvias, para una buena marcha de la institución económica ; en segundo lugar el respeto recíproco que es base fundamental del contrato de trabajo.

3. -Todo acto grave de violencia , injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador, fuera del servicio , en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes o socios , jefes de taller, vigilantes o celadores.

Aquí la prohibición abarca un campo más amplio; se quieren mantener estas mismas reglas de consideración y respeto entre las partes , sobre todo entre el patrono y el trabajador , ya no

solamente dentro de los talleres, sino fuera de ellos y de las horas de trabajo.

"4. -> Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo , y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas."

Lo primero que se deduce de este numeral, es que no trata de cualquier clase de negligencia. En lo referente a los daños deben ser causados intencionalmente; por consiguiente, si, no, mediante culpa del trabajador, sin el deseo de dañar , rompe una maquinaria o instrumento de trabajo, no podrá ser ello motivo para que se le termine su trabajo; es preciso que el hecho esté precedido de una intención dolosa , del deseo de dañar o del propósito de ocasionar un perjuicio.

"Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo, cuando sea debidamente comprobado ante autoridad competente "

Este caso exige que el hecho sea debidamente comprobado ante

autoridad competente y por eso en la práctica presenta ciertas dificultades. El acto puede manifestarse, por su propia naturaleza, como in~~moral~~, es decir, puede que la sola manifestación de conducta del trabajador, repugne por sí misma a lo que se entiende normalmente por buena conducta, por relaciones sociales correctas, por principios de moralidad; pero, como requiere que su aceptación y calificación se hagan por autoridad competente, se presenta la cuestión de que habría que esperar a que los jueces declararan comprobado el hecho, para poder romper el contrato.

"6. - El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa".

En algunos casos, este hecho está considerado como delito en la legislación penal; de suerte que, en realidad, lo que se trata es de separar de la empresa a un individuo que incurrió en la comisión del ilícito, sin necesidad de calificación previa de la justicia penal, pero sin perjuicio de que si esta declara no probado el hecho, o que no ha sido cometido, se le indemniza debidamente por la destitución."

130

"7. -) La detención preventiva del trabajador , por más de treinta días , a menos que posteriormente sea absuelto ; o el arresto correccional que exceda de ocho días, o aún por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato."

En cuanto a la primera parte, hay un aspecto dudoso sobre los efectos de la duración del arresto, porque la norma habla de la detención preventiva por más de treinta días, a "menos que posteriormente sea absuelto". Así por ejemplo, suponiendo que un trabajador sea arrestado, en este país donde nunca se hacen las investigaciones penales a tiempo, si en los treinta primeros días no se le indaga, no es interrogado, cabe preguntar qué ocurre - si lo mantienen en la cárcel un tiempo mayor; de acuerdo con la norma, si el arresto se prolonga por más de treinta días - el contrato puede ser terminado sin previo aviso a menos que - posteriormente sea absuelto. De modo que si a los sesenta días el individuo es indagado, se comprueba que no tiene ningunas responsabilidades y lo liberan debería volver a su trabajo; es decir, que no solamente podría aceptarse una suspensión del contrato, aunque también esta se sale de los términos legales; lo único - que cabe conjeturar razonablemente es que si el trabajador,



137

después de treinta días de arresto , queda en libertad , cuando ya su contrato ha sido roto, tiene derecho a que se le pague la indemnización de perjuicios por habersele despedido injustamente, si, por otra parte, con esa libertad demuestra que no tuvo responsabilidad en el hecho que causó la detención.

"8. -)Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, o cualquier falta grave calificada como tal, en pactos o convenios colectivos ,laudos arbitrales, contratos individuales y reglamentos siempre que en la aplicación de la sanción se observen el respectivo procedimiento reglamentario o convencional.

Esta es ya una norma muy amplia que facilita el examen de todos los posibles hechos en que incurra el trabajador por vía de mala conducta. Hasta el ordinal séptimo inclusive, los hechos son claros y taxativos, la ley es precisa en su determinación y en la forma como debe ser roto el contrato... En el ordinal octavo, da cavida en forma incondicional a toda clase de circunstancias y hechos no previstos anteriormente , que puedan asimilarse a las anteriores y justificar , por consiguiente , la ruptura del contrato sin previo aviso.

Debe , sin embargo, tenerse en cuenta la existencia de dos -

condiciones, calificativas del hecho, que implique una violación grave, y que se halle previsto como tal en forma legal, convencional, contractual y reglamentaria.

9.) POR PARTE DEL TRABAJADOR. - En cuanto a la facultad que tiene el trabajador de romper el contrato, también sin aviso previo, los motivos son los siguientes:

"1o- El haber sufrido engaño por parte del patrono, respecto de las condiciones de trabajo".

Es sabido que por engaño debe entenderse para estos efectos aquellas situaciones desfavorables, en relación con lo pactado. Como cuando después de un convenio verbal o escrito, sobre determinadas condiciones de tiempo, modo o remuneración, el trabajador se ve enfrentado a unas inferiores; ese solo caso permitiría hablar de engaño en relación con el patrono. Porque, como se desprende, si la situación es favorable, y a pesar de haberse convenido un oficio y una remuneración determinados, en el momento de efectuarse el trabajo resulta que el oficio es menos pesado y la remuneración igual o superior, no habría lugar a llamarse engaño o considerarse defraude por la actitud patronal y, por consiguiente, no

podría justificarse la ruptura del contrato.

"2o-) Todo acto de violencia, malos tratamiento o amenazas graves, inferidos por el patrono contra el trabajador, o los miembros de su familia dentro o fuera del servicio por los parientes, representantes o dependientes del patrono, con el consentimiento o la tolerancia de este".

Aquí se agregan circunstancias que deben pesarse cuidadosamente. En los casos anteriores, al comentar las causales en relación con el patrono, no se habla ni del consentimiento ni de la tolerancia, lo cual se explica. Por el contrario, aquí se necesita que haya consentimiento o tolerancia del patrono en relación con los actos que han cometido sus inferiores jerárquicos o los miembros de su familia. En efecto, con frecuencia va ser muy difícil demostrar en un juicio que hubo tal consentimiento o esa tolerancia; en muchas ocasiones, el contrato de trabajo puede resultar por un acto que vulnera los intereses morales del trabajador, sin que pueda demostrarse en realidad que fué cometido con el consentimiento o tolerancia de que habla la Ley. Empero nos parece que la sola demostración del hecho determinará la responsabilidad patronal, si, por su parte, el patrono no prueba alguna de las dos cosas: o que no lo

cometió , o que lo castigó o desautorizó , con conocimiento del trabajador, antes que este diera por terminado el contrato .

3o.) Cualquier acto del patrono o de sus representantes que induzca al trabajador a cometer un acto ilícito o contrario a sus convicciones políticas o religiosas. Con este precepto se trata de garantizar la independencia del trabajador en la política y en lo religioso : se intenta: hasta donde es posible , abolir esa costumbre nuestra de que, sobre todos los trabajadores reales y de pequeñas empresas, son unas mesnadas el servicio del patrono para hacer lo que a él le venga en gana, en materia política y religiosa.

"4.o) Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato y que ponga en peligro su seguridad o salud y que patrono no se allane a modificar".

En este deben tenerse en cuenta varias cuestiones , a saber: el que celebra normalmente un contrato de trabajo está en la obligación de prever una serie de circunstancias que son propias de la prestación del servicio. Es inexcusable que el tra

bajador alegue no haber tenido en cuenta, o no haber previsto, que podría ser trasladado de un lugar a otro, o que su oficio podría ser sustituido por otro similar, etc, porque esas son ocurrencias normales del servicio. Además no basta que ocurra un hecho de estos, sino que, en primer lugar, debe ser perjudicial al trabajador, y, en segundo, que una vez reclamado el patrono no se allane a arreglarlo, volviendo la situación a su estado primitivo, pues puede ocurrir el caso de que se presente el hecho de la modificación no prevista en las situaciones de servicio, o de que el patrono imponga una condición no convenida inicialmente, que después se allane a modificar ante el reclamo del trabajador: en tal caso, este no podría romper el contrato válidamente. A pesar de que la ley dice que la ruptura sería sin previo aviso, por la sola presentación del hecho, es necesario exponerle al patrono, o reclamar de él, para estar completamente en la situación prevista por la norma y poder proceder de allí en adelante a romper el contrato.

"5o) Todo perjuicio causado maliciosamente por el patrono al trabajador en la prestación del servicio.

Aquí vuelve a jugar un papel de intencionalidad, el ánimo -

142

preconcebido de causar daño al trabajador, sin el cual no es posible aceptar plenamente un hecho de estos como causal justificada de la terminación del contrato.

"6. o) Finalmente cualquier violación grave de las obligaciones especiales".

Aquí, como en el caso relacionado con los patronos, fuera de los motivos expuestos, se da la oportunidad de que los jueces puedan examinar, en dado caso, si la situación o actuación asumida por el patrono encuadra en cualquiera de las modalidades comentadas, o si lesionan cualquiera de las garantías propias de las obligaciones elementales y primordiales del contrato.

"10. o) TERMINACION CON AVISO PREVIO, POR PARTE DEL PATRONO. -

10-) La ineptitud plenamente comprobada del trabajador para prestar el servicio convenido".

También en relación con esta causal, había una modalidad específica en la legislación anterior, que establecía un término de sesenta días, después del cual el patrono no podía ale-

gar la ineptitud del trabajador, . Y también se suprimió , porque si el trabajador no sirve y lo demuestra a los cuatro y a los cinco meses de estar trabajando , porque , no obstante de haber sido muy eficás al principio, resolvió no volver a trabajar en igual forma, no se pudo obligar al patrono a tenerlo indefinidamente , solo porque tal ineficiencia no se hizo ostensible dentro de los primeros sesenta días de servicio. Por tanto, en cualquier momento que se demuestre que el trabajador es realmente inepto para el servicio contratado, el hecho puede ser motivo de la terminación del contrato.

"2.o) La sistemática , sin razones, sin válidas, por parte del trabajador , de las obligaciones convencionales o legales "

El trabajador que sistemáticamente incumple sus obligaciones , pongamos por caso: el individuo que, repentinamente en la semana, deja de ir dos o tres jornadas, o llega a la mitad de ellas, es una persona que puede ser muy apta para el trabajo tener capacidad intelectual o física para realizarlo, pero no lo hace, incumple con sus obli-

gaciones : es sistemáticamente renuente al cumplimiento:  
a esos casos es que, a nuestro entender, se refiere esta  
disposición. -

"3o) Todo vicio habitual del trabajador que perturbe la  
disciplina del establecimiento.

Hay que tener en cuenta la habitualidad que establece la  
ley, no puede ser, pues, cualquier vicio, sino una forma  
de mala conducta que sea permanente o pueda calificarse  
de habitual. El trabajador que , por ejemplo, llega ebrio  
una vez a su empresa, puede ser objeto de una sanción :  
y si no lo ha hecho sino una vez, no alcanzaría ese acto  
a justificar una ruptura intespectiva del contrato, a me-  
nos que acompañe la ebriedad con un escándalo grave, y -  
con hechos tales como el injuriar , o dañar elementos de  
la fábrica , pero en tal caso ya habría concurrencia de -  
faltas lo cual podría determinar la ruptura del contrato -  
sin previo aviso.

4. o) La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador,  
que no tenga carácter de profesional, así como cualquier  
otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el tra



bajo, cuya duración no haya sido posible durante 180 días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso, y no exime al patrono de las prestaciones e indemnizaciones legales derivadas de la enfermedad".

a) Respecto de enfermedades contagiosas crónicas no es preciso que se produzca incapacidad para el trabajo, pues es bien sabido que muchas de ellas, sino de tal naturaleza son sin embargo leves, fáciles de curar, o no limitan ni impiden la capacidad laboral, en cambio respecto de las profesionales, o, como dice el texto " de cualquier otra enfermedad que lo incapacite para el trabajo, " si se exige perentoriamente tal requisito . Esto parece, , y algo más, es una incongruencia, pues si las primeras son más fáciles de curar, y, salvo el caso de contagio grave, inmediato y evidente, pueden no causar daño a la empresa , aunque se prolonguen por más de 180 días, y la segunda , por su misma naturaleza , la privan del servicio de un trabajador , no se explica que aquellas siempre puedan justificar el despido, en tanto no sean profesionales.

"11.) TERMINACION CON AVISO PREVIO POR PARTE DEL TRABAJADOR. -

En lo relativo al trabajador, como causas notorias, figuran, en primer término, la inexecución, por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales de importancia. ¿ Cuales son esas obligaciones de importancia? Nos parece que en este punto hay que relacionar elementos esenciales del contrato, en realidad, son, para el patrono, la de atender a que se cumpla por parte del trabajador su contrato, es decir, la de suministrarle todos los elementos indispensables y adecuados que realice su oficio, pagarle su salario y las demás que fija y manda el artículo 57 del código sustantivo del Trabajo. Esas son las obligaciones fundamentales, cardinales, del patrono, la violación grave de cualquiera de ellas puede justificar que el trabajador, mediante un aviso previo, rompa el contrato unilateralmente.

"2.) La exigencia del patrono, sin razones válidas de la prestación de un servicio distinto o en lugares de aquel para el cual se contrató."

Hay que observar que se habla de exigencias sin razones válidas, de donde se deduce que, si en el contrato o el reglamento

- 132 -

mento del trabajo se establece, por ejemplo, que los trabajadores de la empresa pública están en la obligación de someterse a las órdenes sobre cambio de trabajo o cambio de domicilio para verificarlo, podría considerarse que, cuando sobreviene ese evento se trata de una exigencia con razones válidas y que, por consiguiente, el trabajador no podría romper el contrato de trabajo cuando se se le formule a menos de probarse que esa exigencia persigue finalidad extraña al objeto del contrato, como la de hostilizarlo, impedirle el ejercicio de funciones sindicales, tomar represalias por ello, disminuirle su salario etc, con lo cual la norma legal o reglamentaria sería solo un pretexto.

El aviso que se da para terminar el contrato, ha de distinguirse del aviso previo que se debía dar en los casos de la cláusula de reserva. -El de la referencia es el preaviso a que se refiere el artículo 63 que se comenta, es igual al lapso que regule los pagos del salario, o a reemplazar ese aviso previo por una suma de dinero igual a ese mismo lapso.

LA REFORMA DE 1. 965. - Como hemos visto el Código en su artículo 62 y 63, previa la terminación tempestiva o pre

visada y la terminación intespectiva, según la naturaleza y gravedad del motivo. El nuevo decreto es ambiguo sobre el particular, pues luego de señalar en el artículo 7o. las justas causas para terminar todo contrato, agrega que en los casos de los numerales 9o. a 15o. del literal A) "el patrono deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de 15 días .¿Quiere ellos significar que cuando el contrato termina por uno de los ocho primeros motivos, no es necesario preavisar? Que subsiste el sistema de la terminación del contrato intempestivo ? Nos inclinamos a creerlo, por el argumento o contrarlo sensu que se desprende del texto mismo del decreto de la ausencia de otra norma sobre el particular, pero tanto en este evento como en los de terminación preavisada y cuando el trabajador quien dá por terminado el contrato, debe entrar simultaneamente en juego el precto que obliga a los contratantes por igual a motivar el despido y a no cambiar posteriormente la motivación.

En los contratos de plazo fijo, la terminación por vencimiento del plazo debe ser preavisado, por cualquiera de las partes con treinta días de anticipación. Si no le hiciere se entenderá renovado por plazos de un año. Se revisa con este pre-

cepto la teoría antes expuesta, y acogida por la jurisprudencia, de que en esta clase de contratos las partes entendían obligarse en principio solo hasta la llegada del plazo que habían estipulado, por lo cual, desde un comienzo se suponía que debían saber cuando terminaban sus obligaciones. Aquí se acepta una distinta, consistente en la cesación de permanencia del contrato, que cesa solo cuando los contratantes lo expresan así con determinada antelación. Ciertamente es una forma nueva de acoger la teoría, pero las explicaciones oficiales coinciden en sostenerla.

En los contratos de DURACION INDEFINIDA, el patrono no puede terminarlos sino por justa causa. El trabajador, en cambio, puede hacerlo en cualquier momento mediante aviso escrito con antelación no inferior a treinta días para que el patrono lo reemplace.

**CONCLUSIONES:**

1o) Caracteriza el derecho del trabajo, a diferencia del Derecho Civil el tener en cuenta la circunstancia de inferioridad en la que se encuentra el trabajador frente al patrono, lo cual lo distingue de aquél, que es un derecho que solo reconoce personas, sujetos de derecho iguales, que contratan entre sí dentro de las más completa libertad. -

El derecho del Trabajo al reconocer la situación de debilidad del trabajador tiende a protegerlo y está inspirado en este espíritu.

2o) El trabajo es toda actividad humana libre, ya sea material e intelectual o transitoria , que una persona natural ejecuta concientemente al servicio de otra y cualquiera que sea su finalidad.

En cuanto a actividad humana. Esto quiere decir que debe ser realizado por el hombre y por lo tanto es regulado por el hombre, que exclufda toda actividad laboral que no sea realizada por el hombre , por el elemento , de igual manera la actividad debe ser libre. Forzosamente su finali-

dad debe estar acordada y regida por los sanos principios de la moral y de la ética.

3o) Es fundamental tener en cuenta los elementos necesarios para contrato de trabajo y así poder determinar con precisión su eficacia, de otra manera para que tenga cabal cumplimiento debe atenderse ya diversas y ciertas circunstancias como: Las modalidades , la duración y la terminación.

4o.) Por último el contrato de trabajo siempre estará sujeto a la realidad social y por lo tanto sujeto a invariables modificaciones para estar a tono con los constantes cambios de la vida moderna y las exigencias que esta le hace .-

**BIBLIOGRAFIA**

**DERECHO DEL TRABAJO**

**GUILLEMO GONZALEZ CHARRY**

**CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO**

**JORGE ORTEGA TORRES**

**JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

**DERECHO DEL TRABAJO Y SUS CONTRATOS**

**GUILLEMO CABANELLAS**

.....