

da a parte importante de la doctrina italiana que en este aspecto, como en otros, ha tenido notable influencia en la argentina. En tal sentido, ya hace más de un cuarto de siglo, Levi de Veali afirmó que "la dirección del empleador se manifiesta principalmente en el campo técnico. De esto deriva que todos los trabajadores que colaboran en la empresa están obligados a prestar el propio trabajo según la dirección establecida por el empleador" (60). Para Borsi y Pergolesi, la dependencia técnica no constituye, de ninguna manera, la sumisión del trabajador a la voluntad omnímoda del patrono, sino tan sólo una consecuencia de la obligación que tiene el trabajador de prestar el servicio personalmente. "La dependencia personal o subordinación, en sentido técnico, tiene lugar por el sólo hecho de que, cuando una persona se obliga a prestar servicios para otra, poniendo a disposición del empleador su fuerza de trabajo, y no encontrándose fijadas de antemano las prestaciones a realizar, el patrono no sólo tiene el derecho de exigir que el trabajo se realice, sino que tiene también la facultad de determinar en qué debe consistir cada prestación singular. En cuanto a la facultad de dirección; ésta consiste en que el patrono puede determinar el lugar y método del trabajo a ejecutar; pero ello es común a todo contrato de prestación de servicios" (61). Para D'Eufemia, la dependencia en sentido técnico deriva de la inseparabilidad del trabajo de la persona del trabajador; a modo de conclusión señala que ella "nace de la estructura particular de la obligación del contrato de trabajo, a prestaciones no determinadas precedentemente y que, en la mayor parte de los casos, el contrato de trabajo dependiente se presenta como un contrato de incorporación a la empresa".

Acertados están quienes así sostienen que la subordinación encuentra su fundamento en la jerarquía técnica. Responde entonces a una necesidad de la empresa: que el trabajador adapte su actuación a las órdenes dictadas por quien tiene autoridad para ello. El deber de subordinación aparece aquí referido concretamente a una obligación definida como de carácter técnico. La dependencia personal, en sentido técnico, no es la simple sumisión del que trabaja a la voluntad de aquel en cuyo interés se presta el trabajo; tal sumisión, de existir, deriva de la inseparabilidad del trabajo de la persona del trabajador. Afírmase, por tanto, que la dependencia en sentido técnico nace de la particular estructura de la obligación del contrato de trabajo: la prestación no determinada de antemano; y que, en la mayor parte de los casos, el contrato de trabajo dependiente se presenta como contrato de asunción por la empresa, derivando la dependencia del propio concepto de empresa. Como consecuencia, el patrono tiene la facultad de determinar la prestación de los servicios por parte del trabajador en la forma que la propia producción imponga; pues todo trabajo se ha de realizar de acuerdo con ciertas orientaciones, como poder del patrono de dirigir del mejor modo las energías del trabajador.

La función del patrono no se reduce a abonar el salario convenido a cambio de los servicios prestados; posee, además, la facultad de dirigir, de organizar y de dar órdenes para que sean cumplidas. Unas veces directamente y otras por mandatarios —directores, gerentes, encargados, capataces, etcétera— ejerce esta función; que se formula como derecho subordinado, a su vez, a la función del trabajo, a las exigencias naturales de la empresa. El derecho de dar órdenes no es absoluto, sino limitado; pues el trabajador, por el hecho de su contrato, no sufre una *capitis deminutio* al pasar a depender de su patrono. La subordinación del trabajador responde a las necesidades de la empresa y subsiste tanto en los países capitalistas como en los proletarios. Por otra parte, entre las obligaciones que el trabajador asume por su contrato figura la de "desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o su representante, a cuya autoridad estará sometido en todo lo concerniente al trabajo" (62). Por esa causa, la subordinación técnica o jerárquica, que no debe confundirse con la potestad de mando, se origina en una obligación contractual; pero restringida a las necesidades impuestas por la organización de la empresa de que se trate.

Mientras la dependencia se formula como condición del contrato de trabajo en relación directa entre las partes, la dirección técnica, que se confunde con la subordinación, corresponde normalmente a quienes por facultades delegadas actúan con poderes para ello: directores, gerentes, encargados, capataces, jefes de brigada, son los que ejercen, en forma inmediata, la dirección de la empresa en relación con los trabajadores. Eso no impide, en manera alguna, que subsista la relación de dependencia directa entre el patrono y los trabajadores que le presten sus servicios. Así como esta jerarquía técnica delegada está de acuerdo con los reglamentos de taller, la dependencia es consecuencia directa de la relación contractual. El hecho de que el trabajo, especialmente en los grandes establecimientos industriales, "no puede realizarse sino con perfecta regularidad y armonía, exige voluntad, seriedad y disciplina por parte de los trabajadores"; necesidad que determina "un estado de subordinación jerárquica por parte del trabajador respecto del dador de trabajo o de quien lo represente: subordinación que no es estado de sujeción, sino de respeto y observancia de las órdenes, según límites y sanciones preestablecidas".

La facultad de mandar y la obligación de obedecer, correlativas entre patrono y trabajador, derivan del cumplimiento de los compromisos que mutuamente contraen. Ello no significa sino una consecuencia de la subordinación o dependencia en que el trabajador se encuentra ante el patrono; y como de la subordinación surgen varios poderes, entre ellos el de ordenar, el aspecto esbozado constituye únicamente uno de los varios que integran, en su totalidad, la subordinación; pero no es la subordinación. La "dependencia jerárquica y disciplinaria, sobre la cual se organiza

(60) *Il rapporto di lavoro* (Milán, 1937), pág. 103, Véase también *La subordinación en el contrato de filmación*, en "Derecho del Trabajo", t. II, No. 4.

(61) En García Martínez: Ob. cit., pág. 176.

(62) Tal expresa la fracción I del art. 113 de la Ley Fed. mexicana del Trab.

libremente
de un
privada
subordin

S:
trabajad
nación
tampoc
miento
en la r
que el
bajo; m
un esta
la esfera
tuar (6-

LA TE

E
teoría
pleganc
teoría
el patr
estado
aquel e
En el ;
de em
dor de
a los
jo. Es
conse
poder
de otr
to pu
Barass
cho.
subor
cia de
no su
esta
de su
se res
propi
sujeta
un d.

Milán
dame
dad:
"a)
nota
prem.
funda
del r
ganiz
en as
cual.

(63)
(64)

libremente la actividad de los individuos en el ámbito de un organismo de las características de la empresa privada" (63), representa una manifestación de la subordinación en general.

Si por exigencias de las prestaciones debe el trabajador estar subordinado al patrono, tal subordinación no supone un absoluto carácter técnico, y tampoco presenta índole jerárquica. El cumplimiento de las obligaciones contractuales tiene su base en la necesidad de que exista cierta jerarquía y en que el trabajador observe las órdenes dadas en su trabajo; más ello no revela, fuera de la exacta prestación, un estado de dependencia; éste es más amplio, rebasa la esfera técnica y jerárquica en que se le quiere situar (64).

LA TEORIA DE BARASSI

El laboralista Barassi ha formulado su propia teoría en relación al fundamento del poder jerárquico plegándose, aún cuando con ciertas condiciones, a la teoría contractual; esto es, a aquella que estima que el patrono manda porque es el contrato el que crea el estado de subordinación del trabajador. Distingue aquel entre trabajo autónomo y trabajo subordinado. En el primero, el trabajador tiene también la calidad de empresario; en el trabajo subordinado, el trabajador depende del empresario, que tiene subordinados a los dos elementos de la producción: capital y trabajo. Esta subordinación del trabajo produce una doble consecuencia: de una parte, el empresario posee el poder de imprimir unidad de acción a la empresa; y, de otra, asume los riesgos de la producción, que tanto pueden arrojar pérdidas como ganancias. Para Barassi, la subordinación no constituye sólo un hecho, sino un estado jurídico: el *estado jurídico de subordinación*, el cual debe buscarse en la circunstancia de que el trabajador pone a disposición del patrono su fuerza de trabajo; y al disponer el patrono de esta fuerza, se establece necesariamente la relación de subordinación. El estado jurídico de subordinación se resume en "la facultad del patrono de imponer su propia voluntad y en la obligación del trabajador de sujetar a ella la suya". Configura así correlativamente un derecho de mando y un deber de obediencia.

Para el profesor de la Universidad Católica de Milán es necesario establecer los tres caracteres fundamentales del poder jerárquico: a) la contractualidad; b) el estado personal; c) el señorío.

"a) *La contractualidad*. Ante todo, y es ésta una nota fundamental, esta relación que encierra una supremacía del patrono sobre el trabajador, tiene por fundamento, en cuanto al sujeto activo, la influencia del riesgo. Si éste es colectivo, las directivas de la organización son impuestas por la colectividad reunida en asamblea, si no lo fueran por el empresario individual. El dominio de la voluntad es la compensación

tuitiva del riesgo. En cuanto al sujeto pasivo (trabajador), el fundamento es el contrato. En el pasado se ha repetido una vetusta afirmación, cual es la de que el contractualismo determina una igualdad fundamental de los contratantes, incompatible con la preeminencia del patrono sobre el trabajador; preeminencia que, por eso mismo, tendría una fuente distinta del Derecho Privado. En un sentido diverso, aunque con un razonamiento parecido, en la doctrina alemana había asomado en un tiempo la tendencia a distinguir, en la compleja relación jurídica entre empresario y trabajador, dos elementos distintos, pero que subsistían uno junto a otro: el de la subordinación y el puramente crediticio. Así tendríamos en el contrato de trabajo el elemento de la potestad (relación de poder) junto al de la obligación (relación crediticia).

b) *El señorío*. El contrato inviste al trabajador de la calidad de dependiente de un empresario; es decir, que lo inserta en el organismo de la empresa como un elemento de que se valdría el empresario que es su centro. Es precisamente esta *subordinación o dependencia*, entendida en este amplio sentido, la que constituye el presupuesto de la relación jerárquica, ciertamente la expresión más saliente de aquel estado de subordinación. Mientras podemos hablar de una *relación jerárquica*, debemos en cambio admitir que esta subordinación constituye un *estado*, o sea, el estado jurídico de una persona según el concepto técnico que hace del *estado personal* una cualidad, un modo de ser del sujeto del que derivan derechos y deberes. Así como subsiste un *status subjectionis* respecto de la potestad de imperio del Estado, así el obrero, una vez estipulado el contrato, asume la cualidad, la investidura y la condición de trabajador dependiente de la empresa que lo ha tomado. Asume la condición subjetiva de un elemento activo de la organización de la empresa, de un elemento más o menos importante que se ha insertado en aquella organización, pasando a depender de quien es su jefe. A decir verdad, se ha negado que la subordinación sea un *estado jurídico*. Según esa opinión, se trataría ante todo de un estado de hecho que presupone siempre la voluntad de hecho, pero no necesariamente una voluntad jurídica originaria, es decir, contractual, que lo determine y que contribuya a su juridicidad. Para rebatir tal opinión nos basta con referirnos a cuanto se ha dicho sobre la contractualidad típica de esta relación individual de trabajo. Del contrato precisamente deriva el estado de subordinación como ingreso del trabajador en la empresa. Los derechos y deberes conexos a éste sólo surgen en estado potencial, y se tornan actuales sólo en el momento de la iniciación del trabajo. Pero esto no es así respecto de todos los derechos y obligaciones, ya que no es inconcebible que respecto de alguna obligación del trabajador falte ese presupuesto de la realización del trabajo (por ejemplo, para la obligación de no violar los secretos de empresa del empleador).

(63) Benito Pérez: *El proselitismo durante el trabajo como causal de despido*, en "Derecho del trabajo", t. VIII, pág. 73.
(64) Así, un fallo de la Cám. Com. de la Cap. Fed. argentina, del 31 de diciembre de 1945 ("Derecho del Trabajo", t. VI, pág. 177), expresa que "la subordinación que caracteriza al contrato de empleo no puede identificarse con la genérica potestad de vigilancia y de control que posee cualquier mandante sobre el representante o mandatario, para asegurarse la más idónea y perfecta ejecución del encargo o negocio".

e) *Jerarquía y subordinación.* En tercer lugar, entre patrono y trabajador, el estado de subordinación crea una potestad jerárquica que es afirmación de la potestad del patrono como empresario si bien hoy su ejercicio se encuentra más que atenuado por el control de la comisión interna como órgano de colaboración. La doctrina considera esa *potestad* como la misma capacidad jurídica en acción en una determinada dirección, distinguiéndola así de los derechos subjetivos. En realidad, podemos admitir que haya aquí una potestad en cuanto al patrono que, con su propia potestad directiva unilateral, influye directamente sobre el trabajador. Por tanto, a pesar de hincar sus raíces en el contrato, este poder jerárquico, si bien nace de un consentimiento inicial del trabajador, es luego independiente de él, en su ejercicio. Como sucede con los *derechos potestativos*, la eminente unilateralidad de este poder afirmado por el contrato lo hace independiente de la correlativa obligación del trabajador, y esto en el sentido de que existe y en forma en su plenitud independientemente de una adhesión sucesiva y persistente del trabajador, quien, por ello, se limita a *sufrir* la voluntad del patrono".

Estima Barassi que, por este estado de subordinación, el trabajador forma parte del conjunto técnico administrativo de la empresa y por él su actividad se encuentra sujeta al régimen interno que mueve el organismo entero de la entidad. Pero entre la subordinación que deriva de una relación de potestad, idea que puede herir la susceptibilidad, y aun la dignidad del trabajador, y el concepto de su naturaleza puramente patrimonial, se decide a favor de este último criterio, lo cual parece contradecir su posición como adversario declarado de la subordinación fundada en un estado de dependencia económica del trabajador al patrono. Sostiene que la relación de trabajo pone en "contacto con el patrono a la *persona* del trabajador, que da la mejor parte de sí mismo: voluntad, inteligencia, vigor muscular, fidelidad. El trabajo está íntimamente conaturalizado con la fuente de que proviene y no podemos disociar una de otra, como no podríamos hacerlo tampoco con otras fuentes de energía que no sean el hombre. Significamos que, según hemos señalado ya, está de por medio la eminente dignidad de la personalidad humana, que debe tomarse muy en cuenta. El trabajo humano es el hombre, todo el hombre en su expresión mejor y más noble; es el mismo hombre en el acto de obrar, no una mercadería. De esa premisa exacta se deduce que la prestación de trabajo no puede tener carácter puramente patrimonial. El patrimonio es externo al hombre, que es su sujeto o centro, sólo ligado a aquél mediante un nexo jurídico; mientras la subordinación se refiere a la *persona* del trabajador, dentro de los límites de la prestación de trabajo fijada en el contrato. Se deduce de lo expuesto que el ordenamiento jurídico del trabajo es el *ordenamiento social de las personas* en contraposición al *ordenamiento social de los bienes*. En aquél, el centro es el hombre que cumple así su evolución de esclavo a persona y de persona a hombre. Más precisamente, según otros, el ordena-

miento social personal de los trabajadores sería un ordenamiento mixto; mientras que el de la propiedad sólo regula las cosas; y el de las personas, sólo las relaciones entre ellas".

TESIS DE LA DEPENDENCIA SOCIAL

Aparentemente como una tercera posición, que aúna la tesis de la subordinación jurídica y de la subordinación económica, surge el criterio de la *dependencia social*, propuesto por vez primera por Savatier; con él se caracteriza el contrato de trabajo, del que integra el elemento diferenciador y predominante. No constituye esa tesis un *tertium genus*, ya que no es una nueva teoría, sino simplemente una fusión de los elementos ya tradicionales para determinar la naturaleza de la subordinación. Como sostiene Colin, esa tesis no es, en el fondo, diferente de las nociones de dependencia económica o jurídica. "Es, al contrario, un resultado de éstas. ¿Por qué se dice que un individuo es socialmente dependiente; por qué lo califican como operario y lo oponen, en esa calidad, a la clase de los patronos? Se señala, porque tiene él necesidad, para vivir, del trabajo que le da el empleador, de los instrumentos que éste le suministra; porque no trabaja con riesgos y responsabilidades propios y porque obedece a las órdenes de tal empleador, del cual es jurídicamente el factor: ¿no es esto la síntesis de todos aquellos elementos de subordinación social?; y ¿con qué fin? Este es evidente: garantizar al individuo subordinado la protección de la ley social" (65).

A la teoría de Savatier se plegó, posteriormente, Oliveira Vianna, al sostener que la dependencia económica llega, generalmente, a la subordinación del trabajador; pues un individuo dependiente económicamente de alguien es, casi siempre, un individuo sometido a un estado de subordinación respecto a *este alguien*; lo que hizo que la jurisprudencia ampliara el concepto de subordinación jurídica hasta confundirlo con el de dependencia económica, causa por la cual una y otra —dependencia económica y subordinación jurídica— acabaron reduciéndose a un concepto único, que se conoce con el nombre de *dependencia social* (66).

TEORIA DE LA INSTITUCION

Plegándose a la teoría institucional, De Mesquita afirma que la relación jerárquica es un nexo de derecho entre la actividad profesional de dos personas; una de ellas, el sujeto activo, quien ejerce el poder en relación a la otra, el sujeto pasivo, que debe sufrir el efecto de ese poder. "Ese poder jerárquico es un Derecho institucional, inherente a la persona revestida de autoridad. Solamente se justifica por la teoría de la institución. Toda su naturaleza es institucional; nada tiene de contractual" (67).

(65) Ob. cit., pág. 89, mencionada por Dorval Lacerda: Ob. cit., pág. 29.

(66) Ob. cit., pág. 101, mencionada por Dorval Lacerda: Ob. cit. pág. 30.

(67) *Direito disciplinar do trabalho* (San Pablo, 1950), pág. 4.

1
instit
una fir
zación
los fin
que se
ser ej
tenien
gación
no cor
que el
tesis d
existe
damen
el prin
les pa
supues
a una
do (6
jerárq
econó
cultad
derech
tivo; y
el pod
instit
desde
la sup
subor
tes" (6

LA TI

y que
es la c
fin de
ción.
de un
trabaj
consti
bienes
A su
subor
pel qu
en el
en el
lectivi
"Así,
nadó.
poder
produ
dad. l
la pos
el po
gar la
fin d
esta n
zación
orden
capita

(63)

(69)

(70)

La teoría institucionalista ve en la empresa una institución; esto es, un grupo de personas que realizan una finalidad económica-social a través de una organización permanente. Esencial, para la realización de los fines de la empresa, es la existencia de órganos que se constituyen jerárquicamente, los cuales deben ser ejercidos por la dirección de la misma; pero teniendo en cuenta su bien común, y como por delegación de todos los que participan en el grupo humano constitutivo de la comunidad de trabajo. De aquí que el fundamento del poder jerárquico, siguiendo la tesis de De Mesquita, sea un Derecho subjetivo, que existe siempre al servicio de un interés, que es su fundamento. Ese interés puede ser individual o social. En el primer caso, el interés sirve a personas individuales para su exclusivo bien particular. En el segundo supuesto, el interés es común a un grupo de hombres, a una colectividad, a un cuerpo social organizado (68). Llega así a la conclusión de que el poder jerárquico existente en la comunidad de la empresa económica "está constituido por un conjunto de facultades. Entre ellas está la de dirigir. La facultad o derecho de dirigir constituye el llamado *poder directivo*; y aquellos, que efectivamente lo poseen, ejercen el poder directivo. Ese poder directivo, como derecho institucional, es el mismo poder jerárquico, pero visto desde ese aspecto de poder directivo. Es ejercido por la superior jerarquía, por los altos empleados, por los subordinados inmediatos y por todos los dirigentes" (69).

LA TEORÍA DE SINZHEIMER

Otra teoría —que tiene caracteres sociológicos, y que se funda en un nuevo concepto de la *empresa*— es la que el jurista alemán Sinzheimer formuló con el fin de explicar la esencia del vínculo de subordinación. Estima que la empresa la constituye el dominio de una persona, en el cual se reúne una pluralidad de trabajadores para desarrollar una actividad común, constitutiva de una universalidad de personas y de bienes que actúa para alcanzar objetivos económicos. A su juicio, sólo cabe explicar la esencia del vínculo de subordinación a través de un riguroso análisis del papel que los trabajadores y los patronos desempeñan en el proceso de producción de la riqueza. Afirma que en el sistema capitalista, entre el trabajador y la colectividad se interpone un extraño: el capitalista. "Así, el trabajo prestado es necesariamente subordinado, esto es, ejecutado en una relación jurídica de poder; puesto que, como ya acentuara MARX, el producto de su actividad no es el fin de su actividad. La interferencia de ese extraño asegura, por la posición que ocupa en el proceso de producción, el poder de dirección. Le cumple, en efecto, congrega las fuerzas que tiene a su disposición, con el fin de realizar los fines de la producción. Y, como ésta no se efectuaría si no fuera organizada, la organización de las fuerzas productivas presupone un poder ordenador, que compete actualmente al poseedor del capital, al dueño de la fábrica o del establecimiento.

La actividad de los trabajadores debe estar subordinada, pues, a las órdenes emanadas del dirigente de la producción. De ahí se concluye que el poder de dirección del patrono resulta, en última análisis, del propio modo de organización actual de la producción". Al analizar el estado de subordinación jerárquica en que permanece el trabajador, Sinzheimer lo explica "como resultante de las actuales relaciones entre el capital y el trabajo, indispensables factores de la producción. Para realizar ésta, necesita el hombre de ciertos medios, que son los instrumentos de trabajo. Cuando no los posee, emplea su actividad, sus fuerzas en el trabajo, en el servicio de quien dispone de los mismos. Como actualmente esos medios de producción constituyen propiedad de reducido número de individuos, fórmanse necesariamente relaciones entre sus poseedores y los trabajadores. Así se vinculan propiedad y trabajo. En cuanto ambos factores sean igualmente indispensables para la producción, el modo en que ésta se halle organizada favorece y asegura el predominio del capital sobre el trabajo. La propiedad, tal como la comprende y garantiza la organización jurídica capitalista, atribuye a su titular un amplio poder sobre las cosas y, también sobre los hombres. De ahí, el estado de subordinación que su ejercicio, para fines de producción, crea para todos aquellos que sirven al propietario". "El vínculo de subordinación, existente en la relación de trabajo, será, por consiguiente, un transcurso inevitable del propio modo de producción. Son las relaciones actuales entre los factores de la producción las que, por favorecer la preponderancia de uno sobre el otro, se reflejan en cada situación jurídica creada en el mercado del trabajo, sobre la forma concreta de esa sujeción del trabajador al poseedor del capital" (70).

Se pliega De la Cueva a la teoría de Sinzheimer, que concreta así en sus conclusiones: "El trabajo dejó de ser una función individual y social del trabajador y se transforma en función de un extraño. En la relación natural en que el trabajador se encuentra colocado consigo mismo y con la colectividad se interpone otra persona; lo cual quiere decir que *trabajo subordinado* no es el trabajo que económica, social o técnicamente depende de otro, sino el que presta un hombre en una relación jurídica de poder". Los caracteres de ese poder jurídico, a juicio de Sinzheimer, son: 1o. *Se trata efectivamente de un poder*. Las relaciones entre los hombres son de dos especies: de carácter obligatorio y de naturaleza orgánica, aquellos se establecen entre particulares y sirven para la circulación de los bienes; las segundas rigen las fuerzas. De ahí que al lado del derecho individual se encuentre el de estas unidades orgánicas. En las relaciones de carácter orgánico es indispensable la existencia de un poder ordenador de todas las fuerzas, ya que de otra manera no se alcanzaría el fin deseado. Ese poder hace que la actividad de los trabajadores se atribuya al titular del poder, y esa atribución implica que la actividad de los trabajadores no puede quedar abandonada a su voluntad; de ser así, la unidad del todo dependería de cada trabajador. 2o. *Se trata en consecuencia, de un po-*

(68) Ob. cit., pág. 47.

(69) Ob. cit., pág. 63.

(70) Seguimos el resumen que de la teoría de Sinzheimer da Gomes: Ob. cit., págs. 115, 116 y 130.

der de disposición que compete a un tercero; pues el problema de la relación de trabajo no consiste en la existencia de un poder de disposición, sino en que ese poder corresponda a un tercero. En una sociedad o comunidad existe, o puede existir, un poder; de donde se sigue que no todo poder de disposición constituye una relación de trabajo. El trabajo que presta el socio de una sociedad cooperativa de producción no está regido por el Derecho de Trabajo; para que eso ocurriera sería indispensable que el servicio lo prestara no en su calidad de miembros de la sociedad, sino como extraño colocado bajo el poder de disposición de la misma sociedad. Para la existencia de la relación de trabajo se requiere que el poder lo ejerza un extraño a la comunidad; esto es, el empresario debe obrar, no como miembro de la comunidad, ni como órgano suyo, sino como persona separada de ella. Y sólo en virtud de esa posición se explica la atribución expresada anteriormente. 3o. *El poder de disposición se ejerce sobre hombres libres*, pues en otra forma no existiría la relación de trabajo. El poder ejercido sobre el esclavo no dará nunca lugar a una relación de trabajo; pues el esclavo se considera como cosa y, por tanto, el poder que sobre él se ejerce consistirá en su poder sobre una cosa. 4o. *El poder de disposición se refiere únicamente al trabajo*, y debe fundarse además en el trabajo; cuando se apoya en otra relación de poder, como los servicios de los hijos, o cuando la actividad se presta en virtud de una obligación impuesta por el Estado, no se da relación de trabajo (71).

NATURALEZA MIXTA DE LA SUBORDINACION

Hay quienes estiman que la subordinación participa tanto de caracteres jurídicos como de elementos económicos y técnicos. La propia jurisprudencia francesa y también la doctrina se inclinaron por la subordinación económica antes de decidirse por la jurídica. (72). Más no se trata aquí de establecer un cambio de orientación (73), sino de examinar la tesis que encuentra en la naturaleza del elemento subordinación caracteres económicos, jurídicos y técnicos a la vez. En tal sentido, Sidaoui se expresa así: "A nuestro entender, la subordinación tiene tres matices: personal, técnico y económico. Cuando el trabajador observa puntualmente las órdenes recibidas, el reglamento de la empresa sobre horas de trabajo, días y lugares de pago, limpieza, etcétera, y las demás normas de negociación, se subordina personalmente al patrón; cuando realiza el trabajo conforme a las reglas de ejecución que se le han señalado, ésta es el caso de subordinación técnica; y cuando estima como fuente de sus ingresos y base de su patrimonio el salario que recibe, se subordina económicamente. Toda relación de trabajo contiene la subordinación con estos tres matices; sólo que su colaboración, su grado, aumenta o disminuye según la clase de servicio pres-

tado. El trabajador no calificado presenta el caso pleno de estos tres elementos de la subordinación; el calificado y el técnico están en un grado ínfimo de dirección, pues son ellos quienes dictan las reglas de técnica conforme a las cuales ha de ejecutarse el trabajo; las que, sin embargo, puede alterar el patrón en uso de sus facultades de mando. El trabajador a domicilio ofrece el caso típico de una preponderante subordinación económica, que es muy débil en los profesionales que trabajan de modo permanente para diversas empresas y que reciben varias iguales; no podemos decir que dependan absolutamente de ésta o de aquella negociación, pero es verdad que dependen de todas a las que están económicamente sujetos" (74).

La forma de prestación de los servicios, el motivo determinante que impulsa al trabajador a contratarse, la ejecución del contrato de trabajo, si bien tienen relación con el elemento subordinación o dependencia del trabajador, no integran por sí solos dicha subordinación; pues lo que no se explica a través de los matices expuestos por Sidaoui es si la naturaleza de la subordinación consiste en un hecho espontáneo o si deriva de una obligación legal a la cual se encuentra sometido el trabajador, en virtud de su contrato con respecto al patrono.

Krotoschin señala, después de afirmar el carácter discutido de la subordinación, que "las varias teorías que se sostienen al respecto no son tan excluyentes entre sí como parece a primera vista. El punto sobre el cual las opiniones difieren generalmente consiste en saber si la dependencia del trabajador es jurídica (también llamada *personal jerárquica, técnica*) o más bien económica (*social*). En realidad, estas dos clases principales de dependencia —jurídica y económica— *deben reunirse* en la persona calificada del trabajador, en el sentido del Derecho del Trabajo" (75). En efecto, para el Derecho de Trabajo, la situación económica del trabajador tiene cierta influencia; pero aquí se trata de que la subordinación se considera como un elemento particular del contrato de trabajo, característico de éste, al cual otorga indudable autonomía con respecto a los demás contratos.

La situación de invalidez económica del trabajador es distinta a la posición de dependencia en que se encuentra en relación al patrono. Se evidencia tal circunstancia dado que la dependencia laboral del obrero o empleado no se intensifica por su penuria o escasa retribución, ni desaparece por su sueldo crecido o posición desahogada. Su origen únicamente se encuentra en el área contractual, de ahí la evidencia de su carácter jurídico.

(71) Ob. cit., t. I, págs. 400 y ss.

(72) Cfr. Ramírez Gronda: *Derecho del Trabajo*, pág. 97.

(73) A veces recificando conceptos, como los expresados en nuestra obra *El Derecho del Trabajo y sus contratos* (Buenos Aires, 1945) págs. 307 y ss.

(74) *Teoría general de las obligaciones en el Derecho del Trabajo*. (Notas para un ensayo), (México D.F., 1946), pág. 90.

(75) Ob. cit., t. I, pág. 70.

LA SUBORDINACIÓN COMO VALOR DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Hay que apartarse de consignas por demás repetidas en relación a un tema que ha dado por considerarse suficientemente debatido, cuando en realidad nos encontramos sólo en el comienzo de su dilucidación. La relación de dependencia en que el trabajador se encuentra respecto al patrono implica un concepto que no puede ser examinado sino considerando ciertos valores, y ninguno de tan grande utilidad como es la propia prestación, concebido aquí el trabajo no como un deber social, sino como un servicio que se incorpora a la actividad económica a través de la empresa. Cuando la prestación tiene ese carácter, nos encontramos en presencia, por parte de quien la realiza, de un contrato de trabajo subordinado. Se ha dicho que "por la convivencia dentro de la empresa se impone el deber de subordinación al jefe del grupo, a su vez investido de la ardua función de vigilar el interés común" (76); pero es más real todavía considerar que el trabajador, por su incorporación a la empresa, juntamente con ese estado de subordinación, se encuentra dentro de una área de protección que es correlativa del estado de dependencia o subordinación en que se le coloca.

No es el de dependencia un concepto jurídico ni económico; sino técnico, derivado, repetimos, de las necesidades de la producción a la que sirve (77). De un hecho, la prestación del trabajo, surge un derecho a que este trabajo se desarrolle en la forma que debe determinar quien esté al frente de la producción; cuando se considera que la subordinación tiene carácter jurídico, por cuanto representa el derecho que, por la incorporación del trabajador a la empresa, tiene el empresario de disponer de las energías del trabajador.

Con distintas palabras, utilizando diversas expresiones, se llega a un mismo resultado; el trabajador debe prestar sus trabajos cumpliendo las órdenes que el patrono imponga. Pero estas órdenes, ¿revelan un poder absoluto de dirección, y también un estado de sumisión absoluto por parte del trabajador? No; los límites positivos y negativos existen y se fijan en orden a la necesidad que sirven; y esa necesidad es la producción. El empresario no puede disponer de las energías del trabajador en su propio beneficio, sino en pro de la empresa, de la actividad a que se consagra. Existe así una limitación que deriva del objeto de la relación existente entre las partes; y ese objeto, que es el trabajo, imprime con su sello particular los caracteres específicos, en cada caso, del contenido de la subordinación, del alcance de la dependencia.

La posición de igualdad, al menos supuesto de los contratantes, normas del Derecho Civil, presenta en el contrato de trabajo distinta fisonomía; pues se requiere la situación predominante de una de las partes en este contrato. La posición de igualdad

existe en el acto de la contratación; pero tal paridad desaparece desde el momento en que el contrato comienza a ejecutarse. El hecho de que una de las partes esté subordinada en su prestación a la otra no impide, en absoluto, la libertad de contratar ni la facultad de rescindir el vínculo contractual, situación prevista por el legislador. La obligación de una de las partes únicamente logra exacto cumplimiento basándose en el empleo, por la otra, de su energía: de su capacidad productora, de su actividad. La igualdad se encuentra en la reciprocidad de las prestaciones, trabajo y salario; y para conseguir esa reciprocidad se precisa que el trabajador (aquí prestador de su trabajo) efectúe sus servicios, en forma suficiente para compensar el salario que recibe; y esa prestación resultaría imposible lograrla si no es dirigida, de no estar subordinada.

La circunstancia de tracto sucesivo presentada por el contrato de trabajo y la característica de la estabilidad en las prestaciones por la continuidad de las mismas impiden la exacta y completa determinación de los servicios en el instante de contratarse el trabajo; por tal causa se necesita que una de las partes fije y establezca la forma de las sucesivas prestaciones.

Mientras en el antiguo Derecho el hombre podía ser objeto de derecho y también objeto de dominio, en el moderno no se admite esto último; y sólo lo es de derecho en determinada dirección de su actividad (78). Empero, la energía del hombre puede constituir objeto jurídico; en razón a aquella, la subordinación aparece como consecuencia de la sujeción en que se encuentra un sujeto del derecho respecto a otro. Un individuo cualquiera, no sometido a un vínculo contractual, se halla en libertad de orientar su actividad, emplear su tiempo o actuar, en suma, conforme quiera o se le antoje. Un nexo contractual determinado le impone ya, por las obligaciones que de él emanan, cierta forma de actuar. Su libertad está coartada por una obligación libremente consentida por él. Esta limitación de la libertad, producto del hecho de contratar, resulta mayor todavía en el contrato de trabajo; pues la prestación consiste en actividad personal, y el vínculo jurídico ofrece igual carácter. Por integrar el objeto del contrato de trabajo la energía física o intelectual del trabajador, no cabe, en un punto determinado, separar al hombre de la energía que presta. Como consecuencia, en la propia prestación de su energía o, mejor dicho, de su actividad, para llegar a esta última, se necesita tener en cuenta el factor hombre, que también por ese mismo hecho es conducido, dirigido en suma.

En virtud del contrato de trabajo, el individuo (el trabajador) no dispone de su energía durante cierto tiempo; al contrario, permite, por el consentimiento prestado en el engarce contractual, que otra persona disponga de esa actividad. Esa otra persona, patrono o empresario, adquiere un derecho que no es, ni

(76) Vasco de Andrade: *Atos unilaterais no contrato de trabalho* (San Pablo, 1943), págs. 34 y 35.

(77) En contra, estimando la subordinación como jurídica o económica, y rechazando su calificación de técnica se formula Krotoschin: *Acercas del concepto de trabajador*, en "Estudios dedicados al Prof. García Oviedo" (Sevilla, 1954), t. II, pág. 362.

(78) Cfr. Cassi: Ob. cit., pág. 65.

con mucho, limitado, pues el empleo de la fuerza ajena tiene un fin: el de producir. El trabajador, por su parte, ha de cumplir con la obligación contraída; y para ello debe concretarse en una prestación y determinarse en la forma, extensión, intensidad, modo y planteamiento por quien la recibe; de lo contrario carecería de utilidad. El trabajador, al prestar sus servicios, cumple la obligación a su cargo, comprometido dentro del ordenamiento de la empresa. Se expresa con ello que si el trabajador fuera libre, en virtud de su contrato, de prestar sus servicios cuándo y cómo quisiera, y con la intensidad y en el momento que deseara, de acuerdo con su propia iniciativa, no cumpliría su obligación, pues sus prestaciones serían improductivas. Por lo tanto, se requiere sincronizar esa prestación con otras, infundirle mayor intensidad en determinados momentos, obtener en ocasiones un mayor esfuerzo intelectual que físico, o viceversa, y también establecer su debida conexión con una finalidad útil. Para todo ello se necesita que exista una dirección.

En el contrato de trabajo se considera una prestación que tiene por finalidad esencial la de producir; y esa prestación, si no se guía y dirige por una voluntad capaz para dirigir y guiar, puede neutralizarse en su eficacia. La causa de la subordinación del trabajador al patrono, en la prestación de sus servicios, se encuentra en la necesidad de dirigir el trabajo en su concepto genérico y en su aplicación práctica. La energía que constituye el posible objeto del contrato de trabajo debe ser dirigida por alguien, conducido en su empleo.

El hecho de ser precisamente el patrono o empresario el que dirija y ordene, y el trabajador el subordinado en sus prestaciones, exige una explicación. El trabajador es quien realiza la prestación, el trabajo; mientras el patrono utiliza esa prestación o ese trabajo. Resultaría inadmisibles que la prestación estuviera guiada, dirigida, exclusivamente por quien la presta, haciendo caso omiso de quien la recibe; cuando, por otra parte y como norma, la prestación se individualiza en quien la presta, pero es colectiva en quien la dirige; nadie mejor que el patrono, por su papel rector en la producción, no derivado sólo del hecho de su mejor preparación, sino del conocimiento de aquella, parece indicado para gobernar la totalidad de las individualidades cuyo trabajo o actividad ocupa. El mismo problema ha sido estudiado por Ramírez Gronda; señala: "Es muy difícil, y acaso prácticamente imposible, concebir una organización basada en procesos sucesivos, con la intervención de muchas personas, sin que alguien dirija y controle la actividad. Puesto que libremente el trabajador acepta poner su actividad profesional al servicio de otro, debe también aceptar y respetar sus instrucciones. Existe,

una posición de superioridad de quien ordena, sino simplemente de la característica de la relación de trabajo, donde una de las partes (el patrono) ordena y dispone en su carácter de acreedor de una obligación contractual" (79).

La fuente de la subordinación se encuentra, por lo tanto, en el contrato. Pero todo trabajo tiene por finalidad producir, y está sometido a necesidades derivadas de la economía. Trabajo y subordinación son, hasta cierto punto, términos equivalentes; y complementario de ellos aparece la retribución o salario. Ahora bien, mientras la remuneración se fija de manera que no admite valuaciones, ni distinta apreciación, el trabajo, por el contrario, como actividad, permite ser distribuido y aplicado en diversa forma, con diferente intensidad. Esa distribución del trabajo, o mejor dicho, de la actividad o energía del trabajador, constituye potestad del patrono y, por lo tanto, justifica la posibilidad de que el trabajador se encuentre sometido a aquél en la prestación de sus servicios. El trabajador está obligado a observar una norma de conducta, en la ejecución de sus servicios, derivada de la subordinación, sin la cual no cabría prestación de trabajo.

El fin perseguido con el trabajo consiste en producir. Cuanto no responda a esa finalidad por parte del trabajador, y el uso de la actividad ajena realizado por el patrono en contra de tal propósito, tiene carácter notablemente extracontractual. Por esa causa, la subordinación del trabajador al patrono se funda en orientar la producción a su verdadero fin. El patrono o empresario dirige la actividad personal del trabajador a la producción, objetivo esencial que persigue, compartido también por el trabajador; pues en definitiva participa igualmente en el proceso productor. Con De la Cueva cabe afirmar que "la esencia de la relación de trabajo estriba en que el patrono se encuentra, en todo momento, en condición de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros según convenga a los fines de su empresa".

Se caracteriza la subordinación por la facultad reservada al patrono, aunque puede delegarla, de dictar normas, instrucciones y órdenes a los trabajadores dependientes de él. Esa facultad del patrono de dirigir, coordinar y vigilar el trabajo de sus empleados y obreros (80) se halla limitada, empero, de acuerdo con la naturaleza del contrato. La naturaleza especial del contrato, en cuanto a las prestaciones exigibles, reduce hasta cierto número las facultades conferidas al patrono o empresario en este ordenamiento de la actividad ajena; pues la subordinación no impone hegemonías que puedan contradecir la naturaleza del vínculo contractual entre las partes.

(79) *El contrato de trabajo*. (Buenos Aires, 1945), pág. 320.

(80) Dice Ramírez Gronda (*El contrato de trabajo*, pág. 188): "El principal, a cambio de pagar una remuneración, asume la facultad de disponer sobre la forma de utilizar una energía de trabajo, dejando intacta, claro está, la persona misma del trabajador. Dirigir es disponer y también coordinar".

El Poder

Estación del to. que quiere de dinación cada cua buir segundas por rección pleador que deb clamación que este nera der nomía t tes sola: sindicat

El ca es e testades y ia de tratam res que aunque

(*)

(1)

(2)

(3)

(4)

ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO LABORAL (*)

Manuel Alonso García

Al igual que para el contrato en general, y aceptando el criterio positivo que conceptúa al ordenamiento civil como supletorio del laboral, consideramos como elementos esenciales del contrato de trabajo, de conformidad con lo establecido al respecto por el artículo 1621 del Código Civil, los siguientes:

1. Consentimiento de los contratantes.
2. Objeto cierto que sea materia del contrato.
3. Causa de la obligación que se establezca.

EL CONSENTIMIENTO

I.— Noción

El artículo 1262 de nuestro Código Civil define el consentimiento —como es sabido— como “concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”. De acuerdo con este concepto, puede estimarse, por lo que respecta al contrato de trabajo, que el consentimiento implicará el concurso de la oferta de trabajo hecha por el empresario y de la aceptación sobre la materia objeto del contrato y la causa constitutiva del mismo hecha por el trabajador.

La determinación del consentimiento como elemento esencial del contrato laboral se contiene, en nuestro Derecho Positivo, dentro del E.T. en cuanto éste configura en definitiva la relación laboral como prestación *voluntaria*, la cual implica la existencia del consentimiento como acuerdo libre de voluntad de las partes. No hay contrato de trabajo allí donde falta el consentimiento de ambos sujetos.

1. Carácter consensual del contrato de trabajo.

El contrato de trabajo es *consensual*. Se perfecciona, por tanto, con el mero consentimiento. Desde

ese mismo momento comienzan a producirse todos los efectos inherentes al mismo.

Suele objetarse, a veces, que esa nota de consensualidad del contrato de trabajo no pasa de ser carácter pretendido de aquél, pero no realidad inherente a su verdadera naturaleza. Como argumentos en apoyo de esta postura —que más bien convertirían el contrato de trabajo en contrato *real*— suelen aducirse los proporcionados por aquellos supuestos en los que, una vez celebrado el contrato, el empresario no permite el comienzo de la prestación o el trabajador no se presenta al trabajo. A estos dos casos cabría añadir aquel en el cual el comienzo de las prestaciones se demorase hasta una fecha posterior a la de celebración del contrato.

Las razones así aducidas no parecen, ni mucho menos, convincentes. Hablar de la consensualidad del contrato de trabajo —como referirse a la de cualquier contrato en general— no quiere decir que haya de coincidir el momento de celebración con el de comienzo de las prestaciones. El problema alude a la iniciación de los efectos precisamente por considerarse el contrato perfeccionado. Estamos ante una cuestión de naturaleza jurídica, no de mera referencia temporal en cuanto al instante en que los efectos han de producirse.

En este sentido, pues, el contrato de trabajo es consensual y se perfecciona por el simple consentimiento de las partes. Los efectos del mismo —obligaciones y derechos— comienzan desde que aquellas *han consentido* en obligarse a todas las consecuencias que el contrato lleva consigo y con la extensión y límites que a esas obligaciones señalan los preceptos legales y que voluntariamente hayan podido, además,

(*) ALONSO GARCIA, Manuel. Curso de Derecho del Trabajo. 5a. edición. Editorial Ariel. Madrid, 1975. p.p. 385-409.

Existe, en primer término, una primera oferta *privada* de trabajo, cuyas condiciones aceptadas en cuanto a "la cosa y la causa que han de constituir el contrato" perfeccionarían éste haciéndolo, por tanto, nacer con plena eficacia y virtualidad. No hay aquí diferencia alguna con el proceso general de cualquier otro contrato.

cordar los sujetos de la relación. Por tanto, si el empresario impide la realización de la prestación a que el trabajador se ha obligado, una vez celebrado el contrato, no cabe duda que incumple éste y que podrán serle exigidas las responsabilidades inherentes a un incumplimiento a partir del momento en que éste ha producido, debiendo estar a las posibles resultas de los daños y perjuicios que al trabajador haya podido ocasionar. Esta obstaculización por parte del empresario puede ser realizada durante un cierto tiempo, "retrasando" el comienzo de la prestación de sus servicios por el trabajador; o bien puede convertirse en una negativa total y definitiva a que esa prestación se realice sin haber dado comienzo la misma. Es evidente, a nuestro juicio, que el "retraso" llevará aparejado la obligación del empresario de satisfacer los salarios que el trabajador hubiere devengado desde el momento mismo en que el contrato se perfeccionó. No deja lugar a dudas el contenido del artículo 30 del E.T. cuando expresa que "si el trabajador no pudiera prestar sus servicios *una vez vigente el contrato*, que el empresario se *retrasare* en darle trabajo... imputables al mismo y no al trabajador, *éste conservará el derecho a su salario*, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo". Cuando no se trate de un simple retraso en el inicio de la prestación, sino de un impedimento definitivo de ésta, habrá que entender se ha producido un despido injustificado, contra el cual el trabajador podrá reclamar dentro de las normas legalmente establecidas al efecto.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de junio de 1950, expresa que "no hay remuneración sin trabajo o servicio prestado, ya que el salario es la contraprestación del trabajo, *pero este principio general tiene una fundamental excepción en el párrafo primero del artículo 47*"; así como en la de 18 de enero de 1952 donde mantiene que: "... el indicado artículo 47 es aplicable según se infiere de su contenido—no sólo a los contratos de trabajo que no hubieran comenzado a cumplirse..., sino también a aquellos que pleno vigor sufren suspensión por las causas a que se refiere".

Si el comienzo de las prestaciones respectivas, derivadas del contrato de trabajo celebrado —y perfeccionado por el consentimiento de las partes—, no se produjera por causa imputable al trabajador, las consecuencias jurídicas del acto en cuestión serán las que nacer puedan de una situación de *abandono voluntario* determinante de un incumplimiento del contrato; pudiendo, por tanto, el empresario —de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81, párrafo último de la L.C.T.— "exigible al resarcimiento de daños y perjuicios".

LA OFERTA DE TRABAJO

La oferta constituye como hemos visto, una primera parte del consentimiento. La aceptación de esa oferta es la que, completando éste, perfecciona el contrato.

En materia laboral, la oferta de trabajo —es decir, de celebrar un contrato de prestación de servicios— adopta muy diversas formas.

El problema se plantea, sobre todo, en aquellos supuestos en los cuales la oferta de trabajo es *pública*. Normalmente, la oferta *pública* de trabajo se formula bajo ciertas reservas e incluso sin dar a conocer todas las condiciones del posible contrato. Los papeles, en cierto modo, por virtud del procedimiento que se sigue en estos casos, quedan cambiados y el empresario que *solicita* trabajo —ofreciéndolo a quien quiera prestarlo— es quien ha de *aceptar* o no el trabajo que le es ofrecido, como consecuencia de su solicitud. Aquí importa señalar que el empresario que demanda trabajo no queda, sin más, obligado por el ofrecimiento de otra persona que responde a esa petición. El consentimiento sólo eleva el contrato a perfecto cuando uno y otro sujetos del mismo han convenido someterse a las consecuencias y efectos del compromiso derivados, pero sin que ni aquéllas ni éstos nazcan del hecho de la oferta, bien que hayan podido encontrar en ello su última motivación. De la misma forma, si la oferta de trabajo es públicamente hecha por el trabajador, la respuesta de un posible empresario interesándose por los servicios de aquél no perfecciona el contrato, porque no ha habido todavía consentimiento, sino un mero acto preparatorio sin efectos jurídicos. Téngase en cuenta que el consentimiento implica oferta y aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. En un contrato como el de trabajo, de prestaciones recíprocas, dado, además, el carácter de éstas, aparte las que unen al mismo con significación accesorias, la simple oferta de trabajo hecha públicamente por empresario o trabajador no constituye sino un acto *preparatorio*, que puede desembocar en la celebración del contrato, pero que puede, por el contrario, no conducir a la perfección del mismo.

II. — Manifestaciones

El consentimiento para la celebración del contrato de trabajo puede manifestarse expresa o tácitamente.

La manifestación expresa puede serlo, a su vez, de modo *verbal* o bien *por escrito*. No presenta problema ninguno la expresión verbal del consentimiento, como no sea el de su prueba en caso de que una de las partes negare haber consentido y, por tanto, sostuviera la no celebración del contrato de trabajo.

En la manifestación escrita del consentimiento, el supuesto sin duda más importante es el que ya nuestro Código civil recoge en el artículo 1261 bajo la figura de la *aceptación por carta*. La cuestión, respecto del contrato de trabajo, estriba en deslindar en qué supuestos la carta constituye una verdadera aceptación y en cuáles otros no puede interpretarse de tal forma, sino que ha de serlo como simple contestación a una solicitud formulada con carácter previo o

pr
el carácter de
nes de
conteni
condicio
tal, y; e
miento
casos en
singular
anteced
oferta
tación
jo, a n
te. El
aceptaci
oferta

En el
bles res
al ma
tos, ya
men
y otra
que, si
cepto c
remiti
exigib
nes a u
En ca
que co
tante
mient

bién
ta la
revela
veces
asimis

III

mació
genes
—con
queri

1.

mate
les. E
do co
artícu

mien
dolo
de la
derac
que

preliminar...

Dada la significación del contrato de trabajo, el carácter *personal* de su prestación y las obligaciones de fidelidad, lealtad y obediencia inherentes al contenido del mismo, la aceptación por carta de las condiciones del contrato habrá de entenderse como tal, y; en consecuencia, como expresión del consentimiento, que perfecciona el contrato, sólo en aquellos casos en los que haya precedido una oferta *singular o singularizada*. Por el contrario, cuando aún si media o antecede oferta detallada en sus condiciones, esa oferta se hace con carácter general, la simple contestación por carta no perfecciona el contrato de trabajo, a no ser que sea, a su vez, aceptada por el oferente. El artículo 1261 del Código Civil indica que "la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento".

El problema no es, sin embargo, tan sencillo. En el contrato de trabajo habría que estar a las posibles reservas formuladas por una y otra parte en cuanto al momento de comenzar aquél a producir sus efectos, ya que ni la oferta ni su aceptación serán posiblemente puras y simples. Casi con toda seguridad, una y otra estarán sometidas a un término suspensivo que, sin dejar de otorgar aplicación y validez al precepto contenido en el artículo 1261 del Código civil, remitirán la iniciación de los efectos del contrato y exigibilidad consiguiente de las respectivas prestaciones a un momento posterior y previamente acordado. En caso de no especificarse dicho momento, habrá que considerar celebrado el contrato a partir del instante en que la carta de aceptación *llegó a conocimiento* de quien hizo la oferta.

El consentimiento puede manifestarse también *tácitamente*. La expresión *tácita* comporta la atención a hechos o signos externos que revelan la voluntad indefectible de consentir. Otras veces se trata de una simple actitud pasiva indicadora, asimismo, del propósito de llegar a un acuerdo.

III. Los vicios de consentimiento en el contrato de trabajo

Pueden afectar a la voluntad misma en su formación, haciendo que ésta nazca ya viciada en sus orígenes, o pueden tener su razón en la divergencia —consciente o inconsciente— entre voluntad real o querida y voluntad manifiesta o declarada.

1. Vicios de la voluntad propiamente dicha

No existe régimen jurídico especial sobre la materia, previsto en normas o disposiciones laborales. Habremos de atenernos, por tanto, a lo establecido con carácter general por el Derecho común en los artículos 1265 a 1270 del Código civil.

El artículo 1265 estipula que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo". Al supuesto de error aquí previsto como vicio de la voluntad misma habría que añadir en su consideración el denominado error obstativo o impropio, que se da en aquellos casos en los que se produce una

divergencia *inconsciente* entre voluntad real y voluntad declarada:...

a) *Error*.— El error es el conocimiento falso de una cosa o de un hecho. Más bien, remitiéndonos a la auténtica naturaleza del error, podríamos definirlo como vicio de la voluntad por virtud del cual éste se forma sobre la base de una creencia inexacta (error propio).

En general, el error puede ser esencial o no esencial, total o parcial, de hecho o de derecho. La significación de estos conceptos pertenece al Derecho civil, y a éste, por consiguiente, remitimos. Aquí nos interesa determinar los aspectos concretos que el problema presenta —o puede presentar— en su aplicación al campo jurídico-laboral.

a') *Error "in negotio"*.— El denominado error *in negotio* —que puede serlo sobre la naturaleza del mismo, sobre sus consecuencias o efectos o sobre sus requisitos o elementos— tiene difícil admisión tratándose del contrato de trabajo, si nos atenemos a lo dispuesto en los artículos 10. y 8.1 del ET. No hay duda, desde luego, de que no cabe, en el contrato laboral, error sobre sus efectos, ya que de éstos no disponen las partes en cuanto van ligados a la propia naturaleza del contrato en cuestión. El error sobre los elementos equivale prácticamente a un error sobre la naturaleza misma del contrato celebrado.

El artículo 1.1 del ET define, lo que es contrato de trabajo, añadiéndose en el art. 8.1 *in fine* que el contrato "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel".

Ahora bien, pese a ambos preceptos entendemos que el error *in negotio* puede darse en el contrato de trabajo. Por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se cree haber celebrado un contrato de aparcería y lo que se ha celebrado es un contrato de trabajo. No se trata, pues, de que al contrato se le dé distinta denominación, bien por error —irrelevante aquí—, bien pretendiendo deliberadamente encubrir una figura jurídica determinada bajo designación diferente: ni estamos ante el caso de que, sin estipulación ninguna, la prestación realizada por una parte, y admitida por la otra, sea de tal índole que equivalga al consentimiento en la celebración de un contrato de naturaleza concreta y determinada —contrato de trabajo— en virtud del artículo 8.1 del E.T. El supuesto a que aludimos como posible es aquel en el cual efectivamente una —o ambas— partes quisieron celebrar un contrato distinto del de trabajo y por error en su voluntad celebraron éste. Si el error es de ambos sujetos, el problema se reducirá a anular el primero y dar vida al realmente deseado. Si el error es de sólo uno de ellos, éste *habrá de probar* que, efectivamente, su voluntad quedó viciada en su formación y que la naturaleza del negocio jurídico que celebró no corresponde a la que verdaderamente quería. Es la dificultad de la prueba, junto con la presunción inicial en favor de la existencia del contrato de trabajo, lo que puede hacer más difícil la consideración de error *in*

negocio en el contrato laboral. Pero sin que esa dificultad pueda entenderse como insuperable.

b) *Error "in corpore"*— Es el que se refiere a la identidad del objeto, que, por ello, siempre será error obstativo, en cuanto nace como consecuencia de la discrepancia inconsciente entre lo querido y lo realmente declarado. En el contrato de trabajo, el error *in corpore* es el que varía sobre la identidad del trabajo contratado, anulando, por tanto, el contrato, en aquellos casos en los cuales esa identidad, al faltar, haga imposible la prestación.

El verdadero error *in corpore* supone una inadecuación total entre la materia que se cree haber hecho objeto de un contrato y la realmente contratada (por ejemplo, en el supuesto de una persona que es Abogado y Licenciado en Ciencias Económicas, y cuyos servicios son contratados por una empresa como economista, creyendo él haberlo hecho como Asesor jurídico).

● *Error "in substantia"*— En realidad, el error *in substantia*, o se toma en sentido estricto, refiriéndolo a la materia del contrato, objeto de éste y se viene, en tal caso, a confundir con el error *in corpore*, o se admite como una más amplia significación, que englobe a las *cualidades sustanciales*, en cuyo caso estamos ante un error *in qualitate*.

Por lo que respecta al contrato de trabajo, el error *in substantia* o *in qualitate* puede afectar, principalmente, a alguno de los aspectos siguientes:

- 10.- *la clase de trabajo*, no en cuanto materia objeto de la prestación (error *in corpore*), sino en cuanto grado profesional o categoría asignable dentro de la especialidad contratada.
- 20.- *el tiempo de duración del servicio* —la jornada— El problema tiene aquí su importancia, toda vez que, aun cuando la fijación de la duración de la jornada de trabajo es materia que escapa a la voluntad de las partes, la posibilidad, sin embargo, de condiciones más beneficiosas por acuerdo conjunto, puede convertir al problema en materia de error que vicia sustancialmente el contrato celebrado.
- 30.- *la clase de contrato —tiempo de duración de éste—*. Celebrar un contrato de trabajo por tiempo cierto, para obra o servicio determinado, o hacerlo por tiempo indefinido, tiene, indudablemente, su importancia, o puede tenerla, para una y otra parte contratantes. De aquí que el error en esta materia pueda ser considerado como error de tipo sustancial en ciertos casos y, en consecuencia, producir la nulidad del contrato de trabajo.
- 40.- *el lugar de trabajo*. El lugar de realización del trabajo puede constituir para el trabajador —la hipótesis es prácticamente impensable en el caso del empresario— una condición tan importante que equivalga, en verdad, a una cualidad esencial —no secundaria— del contrato celebrado, afectando, por tanto, de manera sustancial, a la validez de éste. Por ejemplo, una persona ha entendido contratar sus servicios para realizarlos en Barcelona y lo ha hecho para Valencia.

d) *Error "in quantitate"*. El error *in quantitate* tiene, en el contrato de trabajo, su manifestación en uno de los elementos esenciales del mismo, la remuneración. Puede ser un simple error de cuenta, en cuyo caso y según el artículo 1.266 del Código Civil —da lugar simplemente a una corrección—. Pero puede afectar a la cuantía del salario convenido de manera que haya determinado principalmente, para el empresario, o para el trabajador, la emisión de la voluntad.

e) *Error "in personam"*. El error en la persona puede recaer sobre la *identidad* de ésta o sobre sus *cualidades esenciales*. Prácticamente —aun cuando aquél es error obstativo y éste, normalmente, es error vicio—, vienen a confundirse en cuanto a sus defectos, bien que resulten por entero diferenciables en sus referencias.

El error *in personam*, dado el carácter *intuitu personae* del contrato de trabajo y la naturaleza *personal* de la prestación de los servicios, tiene aquí un singular interés. Este nace del hecho de que el trabajador contrata —o cree contratar— con un determinado empresario, y, sobre todo, y a la inversa, éste quiere contratar los servicios de un determinado trabajador en razón de su propia persona o de sus cualidades —morales, profesionales, etc.—.

El error en la persona presenta distinta concepción en el supuesto de los contratos de grupo. Al menos, puede, en algunos casos de éstos, presentarla, ya que, en otro, la motivación determinante del contrato, aun tratándose de un contrato plural, no es el grupo, indiferenciado en sus miembros componentes, sino la propia constitución de éste en función de quienes individualmente lo componen. Un error *in personam*, aun en este caso, operaría como en los supuestos generales.

f) *Error en los motivos*. Los motivos que determinan a los sujetos —acreedor o dador de trabajo— a celebrar el contrato, encierran un carácter subjetivo que les hace, en general, irrelevantes en cuanto a la validez de aquél. En algún caso, sin embargo, podría estimarse como causa de anulación del contrato de trabajo celebrado, si ese motivo constituyó, no sólo la esencial determinación para contratar, sino también una razón objetiva ligada al hecho mismo de la celebración del contrato.

g) *Efectos*. No existen tampoco —en nuestro Derecho de Trabajo— normas específicas acerca de los efectos que, sobre el contrato de trabajo, pueden producir las diversas clases de error. Hay que acudir, por tanto, a lo que, en relación con el problema, disponen las normas generales o específicas del Derecho común.

El artículo 1.266 del Código civil estipula que "para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo".

De acuerdo con este precepto, el contrato de

trabajo e
pre cuando
por error
en los
in qualitate
contrato,
cias hub
claro está
al estudi
El error
lidándolo
de un sim
la person
a condicio
vos esen
producir
lidez del
error, la

b) Viol.

La d
física y
nuestro
cia cu
una fue
existe ir
contratar
mal inra
persona
cendiente

En
ma en e
algunas

La
el cont
o coacc
te que
ser, en
que —c
los con
cierta
que
un
to de
bajo, e
incon
al con
de la c
puede
aplicad
distint
legal o
En est
dencia
chas co
los art
Ley
nular
gundo
los de

ca" ex

trabajo celebrado con error, puede ser anulado siempre cuando éste lo haya sido por error *in negotio* o por error *in corpore*. Lo será normalmente también, en los diversos supuestos de error *in substantia* o *in qualitate* —clase de trabajo, jornada, duración del contrato, lugar de trabajo— cuando estas circunstancias hubieren dado motivo a celebrarlo, y siempre, claro está, con las salvedades que ya quedaron hechas al estudiar cada una de las anteriores variedades. El error *in quantitate* viciará el consentimiento, invalidándolo, sólo en los supuestos en los que no se trate de un simple error de cuenta. Por último, el error en la persona, si aquél se refiere a la identidad de ésta o a condiciones de la misma que actuaron como motivos esenciales de la celebración del contrato, puede producir —y lo producirá generalmente—, con la invalidez del consentimiento prestado en base a aquel error, la nulidad del contrato de trabajo en cuestión.

b) *Violencia e intimidación*

La doctrina distingue a una y otra como coacción física y coacción moral. Este mismo criterio emplea nuestro Derecho positivo, diciendo que “hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible” (artículo 1.267,1o.), y que existe intimidación “cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes” (art. 1.267,2o).

En relación con el planteamiento de este problema en el contrato de trabajo, deben ser formuladas algunas observaciones.

La primera de ellas es la relativa al hecho de que el contrato de trabajo se celebre bajo el imperativo o coacción de una “necesidad económica”. Es evidente que esta necesidad —aun siendo cierta— no puede ser, en ningún caso, asimilada a la intimidación, ya que —conforme indica Durand— “la mayor parte de los contratos se concluyen bajo el imperio de una cierta necesidad económica”. No obstante, habría que distinguir, a nuestro juicio, sobre el supuesto de un régimen jurídico heterónomo en el establecimiento de las condiciones del contrato individual de trabajo, entre la violencia como intimidación —resulta inconcebible la fuerza física aplicada coactivamente al contrato laboral— ejercida sobre el hecho mismo de la celebración del contrato, y la intimidación —que puede presentar formas muy diversas y complejas— aplicada a la obtención de determinadas condiciones distintas de las realmente queridas o incluso de las legal o reglamentariamente señaladas como mínimas. En este último supuesto, es claro que, con independencia del hecho determinante de su aceptación, dichas condiciones devendrían nulas por imperativo de los artículos 9.1 y 3.5 del E.T.; 10 y 36 de nuestra Ley de Contrato de Trabajo, al fijar el primero la nulidad de lo acordado contra ley, y al sentar el segundo, el principio general de irrenunciabilidad de los derechos.

Por lo que se refiere a la “necesidad económica” como determinante del hecho mismo de la cele-

bración del contrato de trabajo, no parece pueda aceptarse —al menos en la generalidad de los casos— como relevante a los efectos de la invalidez del consentimiento prestado bajo la fuerza de la misma.

Una segunda cuestión debe ser observada. Es la que toca a la coacción que nacer pueda de los movimientos colectivos provenientes del sector empresarial o de la parte trabajadora.

En general, debe concluirse que en el concepto de violencia no entra la coacción ejercida por una clase social sobre otra, indeterminadamente. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que el movimiento o conflicto colectivo suponga una coacción o amenaza sobre personas determinadas, forzando a éstas a otorgar un consentimiento que libremente no hubieran prestado o a modificar condiciones de los contratos individuales de trabajo, que hubiesen permanecido invariables de otro modo, hay razones suficientes para pensar valorando cada caso, que puede haberse producido un consentimiento viciado —bien en la voluntad negocial misma, bien en la voluntad de declarar—, y, por consiguiente, la nulidad del contrato de trabajo así celebrado. La solución ofrecida, en estos casos —cuando no se trata de un movimiento colectivo que ejerza coacción individualizada— escapa al puro planteamiento civilista del problema para recaer en el régimen jurídico establecido por el derecho positivo para la regulación de los mencionados conflictos.

c) *Dolo*.— En sentido amplio, por dolo se entiende mala fe; en un sentido técnico, más riguroso, que coincide con la expresión jurídico-positiva de nuestro Código civil, “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”.

El dolo puede ser, en la contratación laboral, más frecuente de lo que a primera vista pudiera pensarse. Así, puede darse, por parte del patrono, cuando para obtener el consentimiento del trabajador le son a éste presentadas cifras falsas acerca de sus asuntos o negocios, para inducir al trabajador a creer en una remuneración incierta basada en su participación en los beneficios de la empresa, o, por parte del trabajador, cuando ofrece al empresario informaciones o documentos falsos probatorios de una capacidad profesional o técnica que no posee y en base a la cual el contrato se celebra.

La jurisprudencia francesa ha admitido la nulidad del contrato por dolo en el supuesto de un menor que para conseguir trabajo, y por no tener la edad mínima legal, falsificó su nombre o engañó al patrono sobre su edad o estado civil, así como en el supuesto de un empresario que, bajo el engaño de que la firma del trabajador era simple trámite en una nota contable, hizo suscribir a éste un acto que implicaba modificación de sus condiciones de trabajo.

En nuestro Derecho positivo, la aplicación de los efectos del dolo como causa de nulidad del contrato de trabajo, hay que pensarla en función de lo que dis-

EL PERIODO DE PRUEBA (*)

Mario de La Cueva

Se conoce con el nombre de período de prueba en las relaciones de trabajo, un término breve, al iniciarse la prestación de los servicios, destinado a que el trabajador pruebe su aptitud.

A) Doctrina y Legislación Extranjera

1. Las legislaciones extranjeras no han puesto especial atención en este problema del período de prueba: El derecho alemán incluyó algunas disposiciones respecto a los aprendices. La ley belga lo reglamentó en el artículo 10 de la ley de 7 de agosto de 1922 sobre el contrato de los empleados. El derecho de Italia, por el contrario, contiene importantes disposiciones.

2. Luisa Riva Sanseverino (1) hizo una excelente síntesis de la evolución legislativa italiana: En una primera época, el período de prueba era una estipulación contractual poco frecuente en las relaciones de trabajo. El artículo cuarto de la ley de 13 de noviembre de 1924 lo mencionó como una cláusula contractual, para los empleados particulares. En una segunda época, la declaración XX de la *Carta del Lavoro*,

dictado en el régimen fascista, estableció, para todos los trabajadores, un período de prueba:

"El trabajador de nueva admisión está sujeto a un período de prueba, durante el cual es recíproco el derecho a la disolución del contrato; con sólo el pago de la retribución correspondiente al tiempo de servicios prestados".

En virtud de ese texto, sostuvo la doctrina italiana que el período de prueba regía, aun faltando estipulación expresa, en cada relación de trabajo; y, por la misma razón, se reglamentó en los contratos colectivos de trabajo.

Una tercera época se inició con el Código Civil de 1942: En su artículo 2096 sostuvo una posición ecléctica, al decir que "salvo disposición contraria de las normas corporativas, la admisión del trabajador, sujeta a un período de prueba, debía resultar de un pacto escrito". El precepto no reprodujo la categórica afirmación de la *Carta del Lavoro*, lo que implicó, en opinión de Riva Sansaverino, una vuelta a los viejos principios y, en consecuencia, que el período de prueba perdiera su obligatoriedad general. La supresión

(*) CUEVA, Mario de la. - Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I, 12a. edición. Editorial Porrúa S.A., México 1970, pp. 764-770.

(1) Umberto Borsi y Ferruccio Pergolesi: *Tratado di Diritto del Lavoro; II Contratto Individuale di Lavoro*, por Luisa Riva Sanseverino

del sistema corporativo y, con él, de la tantas veces mencionada *Carta del Lavoro*, consolidó la tesis de la contractualidad del período de prueba.

El período de prueba, según Barassi (2), se encuentra establecido fundamentalmente, en beneficio del patrono y tiene por objeto que pueda cerciorarse de la capacidad del trabajador; es benéfico, empero, aun para éste, en atención a que, transcurrido ese período, está seguro el obrero de que su capacidad para el trabajo es cierta.

En el sistema del nuevo Código Civil, la duración del período de prueba depende de la estipulación contractual que lo consigne. La ya citada ley sobre el contrato de los empleados señaló un período máximo de seis meses para los altos empleados y de tres meses para todos los demás; naturalmente que el trabajador y el patrono pueden estipular plazos más reducidos.

El párrafo final del artículo 2096 del Código Civil contiene dos importantes reglas: Primeramente, que cualquiera de las partes, en el transcurso del período de prueba, puede disolver la relación de trabajo, sin que exista obligación de preaviso de despido y sin que tengan derecho las partes a una indemnización; sin embargo, si se señaló un período de prueba mínimo, deberá respetarse. La segunda regla previene que, transcurrido el período de prueba sin que se hubiere producido la disolución de la relación de trabajo, la admisión del trabajador en la empresa deviene definitiva.

B) La Naturaleza del período de prueba

La doctrina italiana ha vuelto a discutir con cierta pasión el problema de la naturaleza del período de prueba. El único aspecto sobre el que parece existir uniformidad en la doctrina es el relativo a que el período de prueba no es un contrato preparatorio, porque, dicen Mario Comba y Renato Corrado (3), "es obvio que no se estipuló en vista de un contrato definitivo".

Una primera doctrina, iniciada por Luigi de Litala (4) y continuada, principalmente, por los citados profesores Comba y Corrado, habla de *contrato a prueba*, distinto de la relación final de trabajo y contendría la particular estipulación de que cada una de las partes se reserva la facultad de aceptar que sus relaciones devengan definitivas. Así se expresan Comba y Corrado:

"El contrato a prueba es un contrato de trabajo subordinado, que prevé un período de experimentación, durante el cual, cada una de las partes se reserva la facultad discrecional de declarar superado el experimento y de aceptar vínculos definitivos".

Los distinguidos maestros de la Universidad de Turín se esfuerzan en la demostración de que el *contrato a prueba* no es un contrato preparatorio, ni es un contrato sujeto a una condición: No puede hablarse de una condición suspensiva, porque es indudable que, al iniciarse la prestación del servicio, están vigentes todas las condiciones de trabajo y, consecuentemente, deben tenerse por *nacidas* las obligaciones de las partes. Tampoco puede aceptarse la presencia de una condición resolutoria, porque las partes no hacen depender la persistencia de la relación de trabajo, de un acontecimiento futuro, pues simplemente se reservan la facultad de disolver la relación.

La doctrina ha tenido poca aceptación, fundamentalmente, porque no explica la naturaleza del período de prueba, o sea, no explica la naturaleza de la reserva de aceptar la definitividad de la relación.

Una segunda doctrina, que fue la más generalizada en una época, cuenta en sus filas a Luisa Riva Sanseverino (5), a Lodovico Barassi, en sus primeros libros (6) y, con alguna variante, a Francesco Santoro-Passarelli (7). El período de prueba es una condición suspensiva incluida en la relación de trabajo y consiste en la oportunidad que se proporciona al trabajador de que pruebe su aptitud para el trabajo; si la prueba se produce, se tiene por realizada la condición y la relación de trabajo cobra todo su vigor. Es la idea que sostiene Riva Sanseverino, quien utiliza un argumento análogo: "Según el artículo 1521 del Código Civil Italiano "la compra-venta a prueba se entiende realizada bajo la condición suspensiva de que la cosa tenga la calidad convenida o sea apta para el fin a que se destina", Lodovico Barassi sostuvo que "el período de prueba implicaba una valoración subjetiva del patrono, que suspendía la formación definitiva de las dos obligaciones fundamentales, el trabajo y la retribución"; el período de prueba sería una condición suspensiva consistente en que el *trabajador satisfaga*. Santoro Passarelli aceptó la idea de la condición suspensiva, pero la combinó con el principio del término incierto:

"¿Cómo debe configurarse el período de prueba? Pensemos que se combinan en este pacto, los dos elementos: La condición y el término. La provisional relación de trabajo a la que se aplica el período de prueba, es una relación con un término final incierto, con una duración máxima y, eventualmente, mínima. La relación definitiva queda subordinada a la condición suspensiva y potestativa de la *valoración satisfactoria* y de la *ausencia de disolución*".

La anterior doctrina italiana nos parece equivocada: Reconocen los escritores que hemos citado que la relación jurídica que se forma está regida, desde el primer momento, por todas las normas que integran

(2) *Il Diritto del Lavoro*.

(3) *Il Rapporto di Lavoro nel Diritto Privato e Pubblico*.

(4) *Il Contratto di Lavoro*.

(5) Umberto Borsi y Ferruccio Pergolesi: *Trattato di Diritto del Lavoro: Il Contratto Individuale di Lavoro*, por Luisa Riva Sanseverino.

(6) *Diritto del Lavoro e Assicurazioni Sociali, Lezioni tenute al Corso di Perfezionamento in Studi Sindacati e Corporativi*, Milán, sin fecha.

(7) *Nozioni di Diritto del Lavoro*.

el derecho del trabajo; el empresario, en consecuencia, tiene el deber de pagar el salario y está obligado a respetar las reglas sobre la jornada de trabajo, los descansos y las vacaciones, etc. El trabajador, a su vez, adquiere todas las obligaciones que le imponen la ley o los contratos colectivos de trabajo. Esta situación es opuesta a la idea de la doctrina italiana, pues lo característico de la condición suspensiva es, precisamente, la suspensión del nacimiento de los derechos y obligaciones. La naturaleza del período de prueba está más cerca de la idea de la condición resolutoria: En efecto, con el ingreso del trabajador en la empresa, o si se prefiere, con el iniciarse la prestación del servicio, nacen todos los derechos y obligaciones que derivan del estatuto laboral, de tal manera que la relación jurídica se desenvuelve de manera normal, como si fuera pura y simple, a reserva de quedar disuelta si se realiza la condición.

En el último de sus libros, Lodovico Barassi (8) ha modificado su criterio y adhirió a la tesis que encuentra en el período de prueba una condición resolutoria: La compra-venta a prueba —argumento análogo usado, según vimos, por Luisa Riva Sanseverino— es fuente de innumerables problemas para los profesores de derecho civil, en razón de que la condición depende de la voluntad de uno de los contratantes; pero en la compra-venta a prueba siempre existen elementos objetivos para juzgar la cosa vendida. En cambio, en el período de prueba de las relaciones de trabajo, el juicio acerca de la aptitud del trabajador es meramente subjetivo y es así porque el patrono no está obligado a justificar las razones de su no-aceptación, ya que, si estuviera obligado, el período de prueba y la facultad de disolver la relación de trabajo, se transformarían en una causa justificada de separación, lo que sería un nuevo concepto. Reproduce después Barassi el argumento que expusimos en el párrafo anterior acerca de la contradicción entre la idea de la condición, suspensiva y el nacimiento de los derechos y obligaciones que forman la relación de trabajo y concluye señalando los siguientes caracteres del período de prueba: a) El empresario tiene el deber de proporcionar el trabajo, a efecto de que el trabajador pueda demostrar su aptitud; b) El mismo patrono debe respetar todas las disposiciones del derecho del trabajo y cumplir, a ejemplo, los mandamientos sobre el seguro de accidentes de trabajo; c) La condición resolutoria consiste en la facultad del empresario de decidir sobre la aptitud del trabajador, de tal manera que si la decisión negativa se produce, se tiene por realizada la condición y por disuelta la relación de trabajo.

C) La Validez del Período de Prueba en el Derecho Mexicano

La jurisprudencia y la doctrina mexicanas han negado, frecuentemente, la posibilidad de que trabajadores y patronos acepten un período de prueba: La fracción XXII del artículo 123 de la Constitución dice que los trabajadores no pueden ser separados sin causa justificada; ahora bien, la facultad que se reserva el empresario para separar al trabajador si no le parecen satisfactorios sus servicios, contraria dicho

precepto. Por otra parte, la Ley Federal del Trabajo, según vimos, admite la formación de relaciones de trabajo a plazo fijo, pero únicamente cuando lo impongan la naturaleza y las condiciones del trabajo; también este precepto resulta opuesta a la idea del período de prueba.

060270

En la ejecutoria de 28 de febrero de 1937. *Amparo directo 7907/36/2a.*, *Clemente Jacques y Cía.*, negó la Corte la validez del período de prueba:

“Nuestra Ley Federal del Trabajo define con toda claridad en su artículo 17 que donde hay la prestación de un servicio personal, mediante la retribución convenida y bajo la dirección y dependencia de otra persona, hay contrato de trabajo; y el artículo 18 del propio ordenamiento declara que se presume la existencia del contrato de trabajo entre el que presta un servicio personal y el que lo recibe, de lo que es lógico concluir que de acuerdo con tales disposiciones el contrato de trabajo existe y surte todos sus efectos desde el momento mismo en que comienza la prestación del servicio personal por un acto de voluntad de ambas partes, esto es, de quien lo presta y de quien lo recibe, por lo que no puede tener ninguna validez la cláusula inserta en un contrato y que determine que el trabajador no se considera admitido antes de determinados días de trabajar a prueba, ya que esto implica sujetar el contrato a una condición suspensiva que trae aparejada una renuncia de parte del trabajador a los derechos que la ley concede”

La tesis anterior quedó ratificada en la ejecutoria de 25 de febrero de 1941, *Amparo directo 3884/40/2a.*, *Juárez Enrique C.*

El problema se presentó en un nuevo aspecto: En los contratos colectivos de trabajo se puede incluir la *cláusula de exclusión*, en virtud de la cual, se obliga al patrono a utilizar únicamente trabajadores sindicalizados y, a la vez, se señala un período de prueba, de treinta días, en regla general, durante el cual puede el patrono, si juzga que el trabajador no es apto para el servicio, poner fin a la relación de trabajo. En el laudo arbitral de 9 de julio de 1934, dictado por el Presidente Abelardo Rodríguez, en un conflicto de trabajo en la *Cía. Mexicana de Petróleo “El Águila” S.A.*, apareció, por primera vez, la solución apuntada. Años después, la empresa *Clemente Jacques y Cía.*, usando de la facultad que le otorgaba una cláusula del contrato colectivo de trabajo vigente en la negociación, separó a varios trabajadores; acudieron éstos ante la Junta de Conciliación y Arbitraje reclamando la nulidad de la cláusula; la Cuarta Sala, en la ejecutoria de 14 de julio de 1941, *Amparo directo 2055/37/1a.*, sostuvo la legitimidad de la cláusula:

“Cuando en un contrato colectivo se estipula la cláusula de preferencia obligando al patrono a no ocupar otros trabajadores que los sindicalizados, es indudable que se admite una limitación a la libertad contractual del patrono, ya que no puede celebrar el contrato de trabajo con persona de su elección. Los propios sindicatos se han mostrado anuentes a que se incluya en los contratos colectivos la cláusula que establece el período de prueba o de ensayo como una justa y equitativa compensación para el patrono,

quie, durante el lapso de treinta días, puede percibirse de la eficacia de las labores desarrolladas por el trabajador y en caso de que no resulten satisfactorias, dar por concluido el contrato de trabajo a efecto de que el sindicato designe un nuevo trabajador. Estas estipulaciones no pueden constituir lo que en algunas legislaciones se conoce con el nombre de trabajo a prueba, porque no reúne todas las características de esta modalidad del contrato de trabajo, la cual no se encuentra prevista en nuestra legislación; pero de esta circunstancia no puede concluirse en la ilicitud de la cláusula de que se viene hablando, dada la naturaleza normativa del contrato colectivo de trabajo... debiendo conceptuarse la cláusula de prueba como parte integrante del contrato colectivo, la que ha de observarse como parte de un todo con finalidades al desarrollo normal de los elementos de la producción. Desde otro punto de vista debe tomarse en cuenta que cuando exista la cláusula de trabajo de ensayo o de prueba, al ocuparse al trabajador, no puede afirmarse que se haya realizado el contrato de trabajo, porque propiamente está sujeto a una condición suspensiva, que al cumplirse, deja concluido formalmente el contrato de trabajo...".

La doctrina de la Corte, en la ejecutoria transcrita, parece orientarse en el sentido de que el período de prueba es válido si se consigna en un contrato colectivo de trabajo como parte de la reglamentación de la cláusula de exclusión de ingreso, pero que no es lícito incluirlo en una relación individual de trabajo. Pensamos que no existe motivo para esta distinción y que nada se opone a la validez del período de prueba, en ausencia de un contrato colectivo de trabajo que contenga la cláusula de exclusión: El derecho del trabajo es, a no dudar, un derecho protector de una clase social, pero no es un derecho destructor de las exigencias y aun conveniencias de las empresas; restringe la autonomía de la voluntad para evitar la explotación de que han sido víctimas los trabajadores, pero no es su propósito dificultar o estorbar la buena marcha de una negociación. Toda empresa necesita trabajadores aptos y no puede conceptuarse ilícita la posibilidad de que el patrono seleccione su personal. Creemos que no se viola la fracción XXII del artículo 123 de la Constitución; este precepto prohíbe se despida a un trabajador sin que exista una causa justificada, pero no prohíbe se juzgue de la capacidad de un trabajador antes de que se le enrolle definitivamente en la empresa. Por otra parte, el ingreso del trabajador a una empresa crea una sucesión de derechos permanentes; la legislación mexicana no permite la disolución de la relación de trabajo sin causa justificada y otorga al trabajador un derecho en la empresa, del

que van a derivar las posibilidades de ascensos, jubilación, seguros de invalidez y vejez; etc.; nos parece que nada se opone a que, a cambio de estos derechos y oportunidades, se le exija al trabajador que demuestre su aptitud para el trabajo. No debe olvidarse que, como dice Barassi (9) el término de prueba, si bien se encuentra pensado en beneficio del patrono, favorece también al trabajador, pues una vez transcurrido, le proporciona un certificado de competencia que impedirá al patrono aducir, posteriormente, la inhabilidad del obrero. Finalmente, la distinción introducida en la ejecutoria de la Cuarta Sala, no parece justificada: Si la cláusula de exclusión no permite la libre selección del personal y si el período de prueba se admite para juzgar de la aptitud del personal propuesto por el sindicato, la condición de los trabajadores no sindicados es idéntica, y la selección de personal supone siempre un juicio sobre su aptitud, que únicamente podrá emitirse, previo el examen que se practique a los interesados.

Naturalmente que las conclusiones que anteceden se refieren al auténtico período de prueba y no a la práctica, frecuente en algunas empresas, de celebrar dos o más veces relaciones de trabajo a prueba, cuya manifiesta finalidad es conservar la facultad de separar a los trabajadores. Esta cuestión conduce a un problema de nulidad de la segunda y subsecuentes relaciones que se pretenda formar.

D) La duración del Período de Prueba

La legislación mexicana no ha reglamentado el período de prueba, y en consecuencia, no hay norma aplicable para señalar su duración. La doctrina italiana admite la posibilidad de un plazo mínimo y de uno máximo. El primero se establecería en beneficio del trabajador, pues es posible que se requieran varios días para acostumbrarse a una actividad. La cuestión principal es el plazo máximo. Nuestra Ley dispone que las relaciones de trabajo a plazo fijo son únicamente posibles cuando lo reclame la naturaleza de los servicios que se van a prestar; el plazo está, pues, condicionado por la naturaleza de los servicios. Esta regla, creemos, impone un plazo corto, pues su finalidad es probar la aptitud del trabajador. Por otra parte, la Ley señala un plazo de treinta días para que el empresario, cualesquiera sea la falta del trabajador, disuelva la relación de trabajo; pensamos que no podría aceptarse un plazo mayor, pues, en todo caso, el período de prueba implica la disolución de una relación de trabajo.

(9) *Il Diritto del Lavoro*.

LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO (*)

Mario de la Cueva

La idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de la Asamblea Magna de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista. Nació en Querétaro, sin que pueda decirse quién fue su autor, como una idea-fuerza destinada a dar seguridad a la vida obrera y a escalar la meta tan bellamente expresada por Máximo Dursi en su cuento *Bertoldo en la Corte*: "vivir sin temor es el destino del hombre".

I. IDEA, RAZÓN Y CARACTERES DE LA ESTABILIDAD EN EL TRABAJO

La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación. *Esta descripción pone de relieve, con la más diáfana claridad, por una parte, que la estabilidad es un principio creador de un derecho para el trabajador y nunca un deber para él, pues en ella se dice, en aplicación del art. quinto de la Constitución, que la estabilidad depende de la voluntad del trabajador; y por otra, que es un deber para el patrono,*

porque las hipótesis de disolución de una relación de trabajo están determinadas —y esperamos demostrarlo más adelante— por la naturaleza de las cosas.

1. *Idea y razón de la institución*: la estabilidad en el trabajo apareció en nuestro derecho como una de las manifestaciones más cristalinas de la justicia social; hondamente enraizada en el derecho del trabajo, porque su *finalidad inmediata* es el vivir hoy y en el mañana inmediato, pero al nacer miró apasionadamente hacia la seguridad social, porque su *finalidad mediata* es preparar el vivir del trabajador en la adversidad y en la vejez. De estas sus dos finalidades se desprende su esencia: *la estabilidad en el trabajo es la certeza del presente y del futuro*, una de las ideas que anuncia una vinculación más íntima y tal vez una fusión futura del derecho del trabajo y del de la seguridad social.

Son muchas y muy hermosas las consecuencias que emanan de la estabilidad en el trabajo y hacen de ella uno de los principios sin los cuales no podría construirse el derecho del trabajo nuevo: la certeza del presente y del futuro dignifica al trabajador; porque aquél que sabe que su permanencia en la empresa ya no depende del capricho de otro, sino del cumplimiento de sus obligaciones, actuará en aplicación de su conciencia ética y con el interés de su fa-

(*) CUEVA Mario de la. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. Sexta edición. Editorial Porrúa S.A., México, 1980.

milia. A la idea de la dignidad, uno de los principios clave de la justicia social que se mencionan en el art. segundo de la Ley, se añade la idea de la libertad del hombre frente al hombre, otro de los principios clave de la justicia social, porque la certeza del presente y del futuro otorga al trabajador la fuerza y el valor de defender sus derechos, pues quien no está a merced de otro, sabe que nada ni nadie puede impedir sus acciones. Y si se mira hasta el fondo de las ideas para encontrar su efecto último, se verá que ahí está la idea de la igualdad, porque quien defiende su derecho con dignidad y libertad, es igual del otro.

En una jornada en la Universidad Federal de Pará nos ocurrió decir que la estabilidad en el trabajo posee una naturaleza doble: es un derecho de cada trabajador a permanecer en su trabajo en tanto no incumpla sus obligaciones y no dé causa para su separación, pero es al mismo tiempo la fuente y la garantía de otro principio fundamental en la vida del trabajador, que es el derecho de antigüedad en el trabajo, fuente, a su vez, de un manojito de derechos cuya importancia es grande no sólo en el interior del derecho del trabajo, sino también en la seguridad social, derechos que cuando falta la estabilidad, o desaparecen o se debilitan.

Al considerar su primer aspecto, esto es, el derecho de cada trabajador a permanecer en su trabajo, notamos que son varios los autores que ven en él un derecho de propiedad sobre una cosa inmateral, en tanto otros lanzaron la idea de un derecho real nuevo erga omnes, característica que explican diciendo que si el trabajador es despedido arbitrariamente, la sentencia del tribunal que decreta la reinstalación debe cumplirse, sin que pueda oponer derecho alguno la persona que sustituyó al trabajador despedido; no tenemos inconveniente en declarar que durante algún tiempo nos sedujeron las dos ideas, pero en la elaboración de la ley nueva llegamos a la conclusión de que era preferible apartarse de ellas, pues, por una parte, era un mantenerse dentro de los lineamientos del derecho civil, y por otra, planteaban una serie de preguntas que no era fácil contestar. Creemos que la estabilidad en el trabajo es una institución peculiar del derecho del trabajo, a la que puede caracterizarse diciendo que es el derecho a permanecer en el trabajo en tanto subsista su materia y a percibir los beneficios consecuentes, un derecho que se impone, por una parte, a todo adquirente de la empresa, a cuyo efecto dispone el trabajador de la acción de reinstalación en el trabajo y pago de salarios caídos en el caso de una separación injustificada, y por otra, a toda persona que desempeñe el trabajo en sustitución del trabajador separado, solución que se apoya en el art. cuarto, fracción I, que viene parcialmente de la Ley de 1931 y que dice que "se atacan los derechos de tercero cuando se trate de sustituir o se sustituya definitivamente a un trabajador que haya sido separado sin haberse resuelto el caso por la Junta de Conciliación y Arbitraje".

En su segundo aspecto, como fuentes y garantía de un manojito de derechos del trabajador en la empresa, conviene determinar el sentido del concepto: al prolongarse la prestación de trabajo en el tiempo, el trabajador va adquiriendo una cierta antigüedad, unos meses o varios años, tiempo de trabajo que constituye su antigüedad, generadora, a su vez, de diversos derechos que de otra manera no podrían nacer, cuestión de la que nos ocuparemos en un capítulo próximo.

Esta concepción de la estabilidad fluye de la naturaleza de la relación de trabajo que ya nos es conocida, como una situación jurídica objetiva que se crea entre un trabajador y un patrono por el simple hecho de la prestación del trabajo, y cuya persistencia, desde la superación del contractualismo, ya no depende de la voluntad del empresario, sino de la existencia y actividad de una empresa, concebida como una unidad económica de producción y distribución de bienes y servicios, según la definición del art. 16 de la Ley.

2. Estabilidad absoluta y estabilidad relativa: la estabilidad de los trabajadores alcanza su punto álgido en el problema de la disolución de las relaciones de trabajo, porque es ahí donde entra en juego la voluntad del patrono. La distinción que apunta el rubro se refiere, precisamente, al grado de libertad que se conceda al patrono para disolver la relación.

Se habla de estabilidad absoluta cuando se niega al patrono, de manera total, la facultad de disolver una relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad y únicamente se permite la disolución por causa justificada que deberá probarse ante la Junta de Conciliación y Arbitraje en caso de inconformidad del trabajador. Y se habla de estabilidad relativa cuando se autoriza al patrono, en grados variables, a disolver la relación de trabajo por un acto unilateral de su voluntad mediante el pago de una indemnización.

Una estabilidad absoluta parece difícil de lograr, para no decir imposible, porque en algunas hipótesis podría ser contraria a la naturaleza de las cosas y porque podría conducir a la destrucción de derechos humanos que exigen el mismo respeto que los derechos sociales; así, a ejemplo, y a reserva de volver al tema, no es posible obligar a ningún ser humano a convivir en su hogar con un trabajador doméstico. Pero esa y otras hipótesis, más que una concesión a la voluntad del patrono, son causas justificadas de disolución impuestas por la naturaleza de las cosas en concordancia con los principios supremos del derecho. Pero en sentido inverso, una estabilidad relativa que llegara al extremo de conceder una libertad absoluta a la voluntad del patrono, sería la negación de la institución y nos regresaría a los años del imperio del derecho civil y de la autonomía de la voluntad del patrono, cuando el trabajador entregaba su dignidad ante el temor del mañana inmediato.

1. INTRODUCCION

En la administración de recursos humanos resulta fundamental la distinción entre el personal bajo relación de dependencia jurídica (contrato de trabajo) y el personal que desarrolla una prestación de servicios autónomos (contrato de locación de servicios, entre otros). Ello no solamente por las consecuencias que se puedan originar respecto de los derechos de los trabajadores en caso de incurrirse en supuestos de simulación o fraude, sino además por las contingencias que se pueden derivar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y la Autoridad Tributaria (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria).

Es por esto que consideramos pertinente desarrollar en el presente informe la diferencia entre los dos contratos de prestación de servicios más utilizados, a saber, el contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios. Iniciamos el informe con un análisis histórico de la evolución del contrato de locación de servicios, para luego desarrollar las características, sujetos y elementos que definen a este contrato, así como al de trabajo.

2. EVOLUCION HISTORICA

El reconocimiento de un origen común en la regulación de los contratos de trabajo y de locación de servicios -tal y como los conocemos hoy en día- tiene su fundamento en la Historia del Derecho Romano, por ello haremos referencia a algunos términos que han sido redefinidos y revalorados en la actualidad pero que constituyen los presupuestos del derecho del trabajo, uno de ellos es lo que se conoce como trabajo por cuenta ajena.

El trabajo por cuenta ajena, es aquella actividad productiva que se realiza por encargo de un tercero a cambio de una retribución o pago. Por ello, es dicho tercero quien se constituye como el titular de lo producido (bienes o servicios), habiendo surgido entre el sujeto que realiza el trabajo -deudor de trabajo, en este caso trabajador por cuenta ajena- y el sujeto que le encargó la labor -acreedor de trabajo- un determinado vínculo jurídico.

Dentro del antiguo derecho romano se distinguían únicamente dos tipos de contratos para regular las relaciones de trabajo por cuenta ajena o por encargo, el primero era conocido como el "arrendamiento de servicios" (locatio conductio operarum) y el segundo como el "arrendamiento de obra" (locatio conductio operis). En el primer

caso, el deudor de trabajo pone a disposición del acreedor únicamente su actividad, siendo independiente que se alcance el resultado esperado, pudiendo el acreedor de trabajo dirigir la prestación del deudor a cambio de una retribución. En el segundo caso el deudor de trabajo ofrece un resultado, a cambio del cual percibe una retribución -que sólo puede ser exigida por el deudor de trabajo luego de lograr el resultado al que se comprometió- pero conservando en todo momento la conducción de su actividad en forma autónoma o independiente.

Hasta este momento las dos figuras contractuales definían un esquema específico, era posible para un trabajador ofrecer la actividad, a cambio de una retribución pero aceptando que ésta sea dirigida por el acreedor de trabajo, -arrendamiento de servicios- o bien era posible ofrecer un resultado, también a cambio de una retribución (sólo exigible una vez obtenido el resultado), pero conservando autonomía en la conducción de la labor o prestación del servicio.

No obstante ello, la doctrina alemana (con respecto a los servicios prestados por trabajadores por cuenta ajena autónomos), a diferencia de lo que establecía la legislación francesa, consideró que era posible para un trabajador ofrecer la actividad y conservar la autonomía, dado que en el caso de los profesionales liberales, éstos no podían celebrar contratos de arrendamiento de obra, porque si bien prestaban su labor en forma autónoma el contenido de la promesa de trabajo no era un resultado sino la actividad. Por ello, los alemanes diseñaron la figura contractual de la prestación de servicios no dependientes, una auténtica relación jurídica en la que el deudor de trabajo conserva la autonomía en el desarrollo de su prestación y no se obliga a un resultado, sino a realizar una determinada actividad a cambio de una retribución.

Es decir, los alemanes no podían concebir que "el resultado" fuera entendido como algo distinto al fin último perseguido por el acreedor de trabajo, como hacían los franceses al establecer como objeto del contrato la labor idónea para arribar al fin último perseguido por el acreedor de trabajo y no determinado logro concreto.

Posteriormente y teniendo en cuenta los matices introducidos -todos dentro de la lógica del Derecho Civil-, el contexto en el que se regulaban las relaciones contractuales cambió sustancialmente y se pasó hacia un necesario replanteamiento de los valores supremos consagrados para que se produzca

Contrato de trabajo y**contrato de locación de****servicios**

El contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo

un verdadero acercamiento, -equilibrio y justo- hacia la nueva lógica contractual que debía asumirse.

Los valores de igualdad y libertad, inspiradores del Código Civil francés de 1804, que informaban al ordenamiento civil y que en un principio no tuvieron un cuestionamiento importante -dada la escasez de trabajadores por cuenta ajena y libre, respecto de quienes se encontraban bajo esclavitud o servidumbre- posteriormente suscitaron graves problemas en su aplicación.

"Con la Revolución Industrial, las grandes unidades productivas sustituyeron a las pequeñas aglutinando a muchos trabajadores" (1), se masificó la contratación de trabajadores bajo "arrendamiento de servicios", estableciéndose condiciones deplorables para la prestación de las labores, dado que la necesidad de contar con un puesto de

trabajo ya en ese momento era mucho mayor que las probabilidades de encontrarlo, posibilitando la explotación y el abuso por parte del acreedor de trabajo.

Por ello, era necesario un replanteamiento de los valores que inspiraban las relaciones de trabajo por cuenta ajena, sustrayéndosele de la regulación ofrecida por el derecho civil hacia nuevos criterios y principios, reconociéndose el nuevo contexto de contratación y tutelándose a la parte más débil de la relación, surgiendo así el Derecho del Trabajo. El contrato de arrendamiento de servicios se convertía en contrato de trabajo y la prestación de servicios no dependientes, que aún se mantenía como parte del derecho civil, finalmente se convertiría en el conocido actualmente como contrato de locación de servicios.

nadas cualidades manuales o técnicas que ofrecer, pues el objeto del contrato será la prestación de dichos conocimientos o habilidades. El locador es el deudor del servicio y el acreedor de la retribución.

3.2.2. El comitente

Es la persona que requiere de los servicios intelectuales o materiales del locador, y lo contrata, para aprovechar dichas cualidades, a cambio de una retribución. Es el acreedor del servicio y el deudor de la retribución.

3.3. Elementos esenciales

Los elementos esenciales del contrato de locación de servicios son los siguientes:

3.3.1. Prestación personal

El locador está obligado a prestar sus servicios al comitente, con independencia del resultado que con éstos se logre. El hecho de que nuestro Código Civil mencione por "cierto tiempo" o "para un trabajo determinado", está referido a que la duración del contrato tiene que estar en función del tiempo necesario para concluir la labor de que se trate.

Los servicios deben de ser prestados de manera personal, sin embargo se permite que el locador pueda valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares o sustitutos, siempre que esa colaboración esté permitida por el contrato o por los usos, y no sea incompatible con la naturaleza de la prestación.

3.3.2. Pago de una retribución

El comitente se obliga a pagar al locador una retribución por los servicios prestados. Esta prestación económica, comúnmente llamada honorario, de no haber sido fijada por las partes, se establecerá de acuerdo con las tarifas profesionales o los usos. De no poder determinarse según los criterios antes indicados, deberá de fijarse en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

3.3.3. Autonomía en la prestación de los servicios

En una relación jurídica nacida de un contrato de locación de servicios, tal como lo señala el artículo 1764° del Código Civil, el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios. Por tanto, la

EVOLUCION DEL TRABAJO LIBRE POR CUENTA AJENA (*)

FACTORES			ORDENAMIENTO			
CONTENIDO DE LA PROMESA DE TRABAJO	TIPO DE VINCULO JURIDICO	ASUNCION DEL RIESGO DEL TRABAJO	DERECHO ROMANO	DERECHO FRANCES	DERECHO ALEMAN	DERECHO MODERNO
ACTIVIDAD	SUBORDINACION	ACREEDOR	CONTRATO LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS	CONTRATO DE TRABAJO
ACTIVIDAD	AUTONOMIA	ACREEDOR			CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS NO DEPENDIENTES	CONTRATO DE LOCACION DE SERVICIOS
ACTIVIDAD	AUTONOMIA	DEUDOR	CONTRATO LOCATIO CONDUCTIO OPERIS	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA	CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA	CONTRATO DE OBRA

* Cuadro tomado de: NEVES-MUJICA, JAVIER. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Ara Editores. Lima, 1997. p. 31.

3. CONTRATO DE LOCACION DE SERVICIOS

El contrato de locación de servicios forma parte de aquellos contratos que tienen como principal característica "la prestación de servicios de una de las partes en beneficio de la otra", y a los cuales se denomina contratos de prestación de servicios. Estos contratos están regulados en el Código Civil de 1804, y son los siguientes:

- El contrato de locación de servicios.
- El contrato de obra.
- El mandato.
- El depósito.
- El secuestro.
- Contratos innominados como el de "doy para que hagas" y "hago para que des".

3.1. Definición

De acuerdo con el artículo 1764° del Código Civil, mediante el contrato de locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios (materiales o intelectuales) por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

3.2. Sujetos

Se consideran partes del contrato de locación de servicios:

3.2.1. El locador

Es la persona natural que brinda sus servicios intelectuales o materiales en forma personal: debe ser profesional o poseer determi-

El contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo

actividad brindada debe ser autónoma, es decir que no deberá encontrarse bajo la dirección y control del acreedor del servicio (comitente).

En este caso, el locador realiza la labor para la que ha sido contratado de manera independiente, sin que se genere para el comitente el derecho de regular su actividad y por tanto, el locador no está obligado a seguir las directrices que el comitente le diera.

Al comitente, le es necesario el servicio que ha contratado, pero éste puede ser desarrollado por el locador de manera independiente, sin mayor interferencia por parte del comitente, viéndose satisfecha la necesidad de este último con la mera prestación del servicio.

En este aspecto, existe una interesante posición doctrinaria¹²⁾ según la cual si una persona se obliga a poner a disposición de otra su propia actividad, necesariamente también le confiere el derecho a disponer de esta actividad según su interés, lo que a su vez implica la presencia del vínculo jurídico de subordinación. Está debido a que el acreedor del servicio alcanzará sus objetivos sólo si puede dirigir la actividad del deudor del servicio, para lo cual a este acreedor se le concede un poder sobre la actividad del deudor (sobre su fuerza de trabajo), con lo cual se genera pues, una relación personal de autoridad entre ambos.

3.4. Duración

El contrato de locación de servicios tendrá la duración que las partes acuerden, sin embargo existe un límite máximo de duración:

- Seis (6) años si se trata de servicios profesionales.
- Tres (3) años en caso de otra clase de servicios.

En caso que se pactase un plazo mayor, los límites máximos sólo podrán ser invocados por el locador (quien presta el servicio); de no hacerlo, el contrato tendrá vigencia durante todo el plazo convenido.

Existe un supuesto, regulado en el artículo 1769° del Código Civil, en el cual el locador puede poner fin a la prestación de servicios antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

- Que exista un motivo que justifique poner fin al contrato. Es decir, que exista una causa que razonable o plausiblemente justifique que el locador quede liberado de su obligación. Las razones que permiten este incumplimiento justificado deben estar relacionadas con dos supuestos:

- Los imprevistos perjuicios que le causarían al locador continuar prestando sus servicios, o
- La variación de las circunstancias que implique la pérdida o disminución de la aptitud del locador para prestar el servicio al cual se comprometió.

- Que esta decisión no cause perjuicio al comitente. Si el locador da por terminado el contrato de manera justificada, tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados.

3.5. Formalidad

No es obligatorio que este contrato revista alguna formalidad especial; por lo tanto las partes pueden acordar que el mismo sea por escrito, verbal, o bajo cualquier otro medio.

3.6. Efectos del contrato

El contrato de locación de servicios solamente da derecho a los locadores a la contraprestación económica u honorario y de ser el caso a los beneficios pactados expresamente en el mismo. El comitente —como indicamos— será beneficiado con la prestación del servicio. Respecto de terceros, surgen las siguientes obligaciones de tipo tributario:

3.6.1. Pago del Impuesto a la Renta

El honorario que percibe el locador está afecto al Impuesto a la Renta de cuarta categoría. La Ley de Impuesto a la Renta dispone que constituye renta de cuarta categoría el ejercicio individual de cualquier profesión, arte, ciencia, oficio o actividades no incluidas expresamente en la tercera categoría.

De manera excepcional se dispone que los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil constituyen renta de quinta categoría, cuando el

servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere, y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda.

3.6.2. Pago del Impuesto Extraordinario de Solidaridad (I.E.S.)
Actualmente, quienes prestan sus servicios de manera independiente también deben aportar al I.E.S. un monto equivalente al 5% de sus ingresos.

3.7. Principio de Primacía de la Realidad

Con el fin de no asumir las obligaciones propias de una relación laboral como los beneficios sociales que se generan a favor del trabajador, o el pago de tributos que gravan las remuneraciones y que en algunos casos son de cargo del empleador (como las contribuciones al ESSALUD y el Impuesto Extraordinario de Solidaridad), en ocasiones se presentan conductas fraudulentas (en las que puede o no intervenir la voluntad del trabajador), mediante las cuales se decide celebrar un tipo contractual cuando la prestación de servicios en realidad tiene otra naturaleza.

Más claramente, nos referimos a los supuestos en los cuales se celebra un contrato de locación de servicios cuando de los hechos (prestación de servicios subordinados) se desprende la obligación de celebrar un contrato de trabajo.

Para enfrentar estas situaciones, producto de actos malintencionados o del desconocimiento de la materia, en el Derecho del Trabajo, se ha desarrollado un principio conocido como "primacía de la realidad", según el cual, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que se ha establecido en documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en los hechos. Por tanto, si pese a haberse celebrado un contrato de locación de servicios se demuestra que dichos servicios son prestados de manera subordinada, estaremos ante una relación de trabajo. Este principio también ha sido recogido por los juzgados laborales y, en otros ámbitos, por el Tribunal Fiscal.

4. CONTRATO DE TRABAJO

Nuestra legislación vigente no esta-

blece expresamente una definición de lo que debemos de entender por contrato de trabajo, sin embargo de lo dispuesto en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27.03.97), podemos deducir los elementos esenciales de este contrato y ensayar una definición acorde con nuestra normativa.

4.1. Definición

Es posible definir al contrato de trabajo como aquel acuerdo de voluntades mediante el cual una persona natural, denominada trabajador, se obliga a prestar sus servicios de manera subordinada a otra persona (natural o jurídica) denominada empleador, a cambio de una remuneración.

4.2. Sujetos

En este sentido son sujetos del contrato de trabajo:

4.2.1. El trabajador

Es decir la persona física que se obliga, frente al empleador, a poner a su disposición su propia fuerza de trabajo, subordinándose a él, a cambio de una remuneración. Es el deudor del trabajo y el acreedor de la remuneración.

4.2.2. El empleador

Es la persona física o jurídica que adquiere el derecho a beneficiarse con la prestación de los servicios y la potestad de dirigir la actividad del trabajador, obligándose a pagarle una remuneración. Es el deudor de la remuneración y el acreedor del servicio.

4.3. Elementos esenciales

Se consideran como elementos esenciales que permiten determinar la existencia de una relación laboral los siguientes:

4.3.1. Prestación personal del servicio

El trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo. No le es posible ceder a otro su posición contractual ni subcontratar.

En este sentido, los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.

4.3.2. Remuneración

La remuneración es la contraprestación otorgada por el empleador al trabajador a cambio de la prestación de sus servicios subordinados.

Legalmente se define a la remuneración como el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición.

Si el trabajador labora más de cuatro (4) horas diarias, su remuneración no puede ser menor a lo establecido como Remuneración Mínima Vital, la misma que actualmente equivale a 410 nuevos soles.

4.3.3. Vínculo de subordinación jurídica

Un contrato de trabajo genera a favor del empleador el derecho a dictar al trabajador las órdenes, instrucciones y todo aquello que sea necesario y conveniente para lograr los objetivos esperados del empleador. Dicho en otros términos, para que se hagan efectivos los fines que el empleador desea alcanzar, es necesario que el trabajador dirija su fuerza de trabajo de la manera y forma que aquél le señale. De este derecho se genera para el trabajador una obligación adicional (y necesaria): la de obedecer las órdenes y directivas de su empleador. De presentarse éstas dos situaciones -poner a disposición de otro la fuerza de trabajo y un deber de obediencia- estaremos ante una prestación de servicios subordinada.

Asimismo, de la subordinación, emanan las denominadas facultades o poderes del empleador: poder de dirección, poder de fiscalización y poder disciplinario. Estas facultades tienen reconocimiento en nuestro ordenamiento legal, ya que de acuerdo al artículo 9° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, "Por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas; y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o in-

cumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador".

Ahora bien, es necesario destacar que esta facultad de dirección puede ser ejercida por el empleador con diverso grado de intensidad, e incluso puede ser dejada de lado, sin que esto signifique que esta relación se convierta en una en la que el trabajador tenga autonomía en la prestación de sus servicios. De hecho, basta que exista la posibilidad para el empleador de dirigir la actividad de sus trabajadores para que se mantenga entre ellos el vínculo de subordinación.

Es este vínculo jurídico de la subordinación, el que se constituye como el elemento fundamental para diferenciar el contrato de trabajo del contrato de locación de servicios.

Debido a que en el terreno de los hechos no es fácil distinguir la existencia de subordinación jurídica, se ha establecido que la presencia de determinadas situaciones o circunstancias, -en aquellos casos en que una persona desarrolla una actividad a favor de otra-, pueden constituir indicios que estamos ante una relación subordinada. Estas características, denominadas rasgos sintomáticos de una relación subordinada, son las siguientes:

- Incorporación del trabajador a la empresa.
- La ejecución del trabajo en el lugar fijado por el empleador.
- El cumplimiento de un horario de trabajo.
- Exclusividad absoluta en la prestación del servicio.
- Dirección y control efectivo del trabajo.
- Continuidad y permanencia en el trabajo.

De presentarse estos rasgos sintomáticos, es muy probable que estemos ante una prestación de servicios subordinada, y por lo tanto, ante una relación laboral, nacida de un contrato de trabajo.

Peró junto a estas situaciones se debe estar atento a otros elementos que revelen una específica conducta de las partes: una disposición de la actividad de una de ellas hacia la otra, que a su vez genera una facultad de mando a favor de la persona que recibe el servicio, y un deber de obediencia de quien recibe las órdenes. En este caso estaremos, sin

duda alguna, ante un contrato de trabajo.

Es preciso señalar que para definir cuándo nos encontramos ante una relación de trabajo, dada las peculiaridades que se presentan en los contratos de prestación de servicios, el análisis respectivo tendrá que ser realizado caso por caso.

Ahora bien, en la contratación de servicios hay supuestos en los cuales los fines que motivaron la contratación de personal hacen necesario que el empleador ejerza los ya mencionados poderes de dirección, fiscalización y el poder disciplinario; o por lo menos que tenga la capacidad jurídica de poder utilizarlos. Son casos en los cuales se destaca el que una de las partes ponga a disposición de la otra su propia actividad con la posibilidad, para el receptor del servicio de dar las órdenes necesarias, siendo éstas de observancia obligatoria para quien las reciba: en estos casos estaremos pues ante un contrato de trabajo.

A los servicios que nos referimos son aquellos que están relacionados con la actividad principal de la empresa. Dado que el empleador tiene un marcado interés en el desarrollo de éstas actividades, sólo podrá lograr sus objetivos, o será muy probable el conseguirlos, si tiene (por lo menos) la posibilidad de dirigir la prestación de servicios de aquéllos que contrata, lo cual implica que estos trabajadores se comporten de acuerdo a las pautas que el empleador señale, estando éste capacitado, incluso, para sancionar al personal que no cumpla con sus directivas.

Por otro lado, hay servicios que sin estar directamente relacionados con la actividad principal de la empresa, necesariamente están bajo el ámbito de dominio del empleador; es el caso de los gerentes, secretarías, etc. Y es que los servicios de estas personas tienen como fin viabilizar los objetivos planteados por el empleador, pero presentan determinadas características que las revisten de singular importancia, por lo que el empleador establece con ellos un vínculo de subordinación jurídica. Prácticamente podríamos decir que hay una necesidad de celebrar un contrato de trabajo.

4.4. Duración

La obligación del trabajador consiste en una serie de prestaciones de carácter sucesivo o duradero (prestaciones continuadas) que se prolongan en el tiempo, no siendo posible cumplir con su obligación mediante un acto único.

Cabe mencionar que nuestra legislación mantiene como regla general que la relación laboral (originada en un contrato de trabajo) tiene una duración indeterminada. Así, establece que en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Sin embargo, se dispone que el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad.

Para la celebración de los contratos sujetos a modalidad, en la LPCL se han regulado expresamente nueve tipos de contratos por tiempo determinado, aunque cabe la celebración de otras modalidades de contratos sujetos a modalidad, siempre que su origen sea una necesidad temporal.

4.5. Formalidad

Según la LPCL, la celebración del contrato de trabajo a tiempo indeterminado no está sujeto a formalidad alguna, mientras que el contrato de trabajo sujeto a modalidad (a tiempo determinado) debe constar por escrito.

Otros contratos, como el contrato a tiempo parcial, trabajo a domicilio, y los contratos de regímenes laborales especiales, se sujetarán a las formalidades establecidas por las normas que las regulen.

4.6. Efectos del contrato de trabajo

Como indicamos, el contrato de trabajo genera el derecho del empleador a beneficiarse y dirigir los servicios prestados, a cambio del pago de la remuneración pactada (no menor a la legal) en beneficio del trabajador.

Adicionalmente a la remuneración pactada, la existencia de una relación laboral determinará el pago de una serie de beneficios adicionales como indemnización por despido arbitrario, seguro de vida, gratificaciones semestrales, vacaciones anuales pagadas, compensación por tiempo de ser-

vicios, entre otros. En caso de tratarse de un servicio de tipo independiente (locación de servicios por ejemplo) estos beneficios adicionales no corresponderían, salvo disposición en contrario.

Adicionalmente, un contrato de trabajo frente a terceros genera una serie de obligaciones tributarias y previsionales:

4.6.1. Pago del Impuesto a la Renta

Las remuneraciones se consideran rentas de quinta categoría. Así, la Ley de Impuesto a la Renta dispone que son rentas de la quinta categoría las obtenidas por concepto del trabajo personal prestado en relación de dependencia, incluidos cargos públicos, electivos o no, como sueldos, salarios, asignaciones, emolumentos, primas, dietas, gratificaciones, bonificaciones agüinaldos, comisiones, compensaciones en dinero o en especie, gastos de representación y, en general toda retribución por servicios personales.

4.6.2. Pago de las aportaciones de seguridad social y previsionales

El trabajador es considerado asegurado regular al ESSALUD y a los sistemas pensionarios existentes. En este sentido, el empleador debe de aportar el 9% de la remuneración al Seguro Social de Salud (ESSALUD), mientras que el trabajador deberá aportar el 13% al Sistema Nacional de Pensiones o lo que corresponda según cada AFP si es que está afiliado al Sistema Privado de Pensiones. Asimismo, en caso de desarrollar actividad de alto riesgo el empleador debe contratar el Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo con la tasa correspondiente.

4.6.3. Aportación al I.E.S.

Los empleadores pagan por sus trabajadores dependientes, por concepto de este impuesto, el equivalente al 5% de la remuneración afecta.

Notas

(1) NEVES MUJICA, Javier. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DEL TRABAJO. Ara editores, 1997. Lima, p 33.

(2) Sobre esta posición, ver el interesante libro de Sanguinetti Raymond, Wilfredo.- Contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima, 1988. ATA

**"DERECHOS LABORALES, DERECHOS PENSIONARIOS Y
JUSTICIA CONSTITUCIONAL"**

SEGUNDO CONGRESO NACIONAL
DE LA SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO
DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

vos?) de las
prudencia N°

ALGUNAS PARTICULARIDADES EN RELACION A LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

MILKO BRIONES QUISPE*

Sumario

I. A manera de Antecedentes. II. Definiciones de Trabajador de Confianza. III. Tratamiento Normativo. IV. Procedimiento de Calificación. V. Estabilidad en el Empleo. VI. Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. Bibliografía.

I. A MANERA DE ANTECEDENTES

Para los fines del presente documento, nos interesa centralizar nuestra exposición en lo que concierne a la protección constitucional de ciertos derechos laborales de una clase de servidores que -por la naturaleza o condición de sus funciones- han merecido un tratamiento especial en el sistema jurídico peruano, particularmente en el ámbito del sector privado que es donde ahondaremos de manera preferente.

Como antecedente legislativo, podemos señalar que una de las primeras normas infraconstitucionales que introdujeron la calificación y protección de los llamados "Trabajadores de Confianza" en nuestro ordenamiento legal, fue la Ley N° 24514 promulgada el día 04 de junio de 1986¹ y diseñada a la luz de la doctrina y normas positivas comparadas de la época, claro está. Dicha norma era aplicable a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada o de las

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Estudio "Ferrero, Lema, Solari y Santivañez. Abogados".
1 Previo a dicha ley, se dictaron el Decreto Legislativo N° 039 referido el régimen laboral de las empresas periodísticas y en la que se hace un primer intento de definición del concepto "cargos de confianza" dentro del ámbito de tales empresas; así como la Constitución Política de 1979 en cuyo artículo 59 segundo párrafo menciona a los "funcionarios de confianza" como excluidos de la carrera administrativa.