

CAPÍTULO 16

NATURALEZA Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Efrén CÓRDOVA

SUMARIO: I. *Elementos comunes*. II. *La tesis de la relación de trabajo*. III. *Los elementos propios*. IV. *Elementos complementarios*. V. *Cuestionamiento*.

El estudio del concepto y elementos constitutivos del contrato de trabajo ha experimentado una evolución notable a lo largo del siglo. En una primera etapa, cuando el examen de la materia laboral aún era incipiente y se hallaba influido por la teoría civil de los contratos, se puso el énfasis en discernir cuáles eran los que pudiéramos llamar elementos comunes del contrato de trabajo. Algún tiempo después surgieron voces discrepantes que negaban la existencia del contrato y postulaban la tesis de la relación de trabajo. A esta reacción anticontractualista pronto siguió una contrarreacción antirrelacionista que concluyó ofreciendo una síntesis de ambas posiciones. Ya más avanzadas, las reflexiones doctrinales se identificaron los elementos propios del contrato de trabajo y se llevó a cabo un esfuerzo por plasmar esos elementos en el derecho positivo. Por último, los años más recientes han sido testigos de un cuestionamiento de algunos de esos elementos y de otros que se habían considerado como complementarios, al tiempo que se producía una proliferación de los llamados contratos atípicos.

I. ELEMENTOS COMUNES

No parecían ser muchas, al comienzo, las dificultades que planteaba el análisis de los contratos de trabajo a la luz de la teoría general de los contratos civiles. Se admitía entonces —y se sigue admitiendo hoy por la mayoría de los autores— que el contrato de trabajo es consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, y no solemne, ni ritual. Se aceptaba también, sin grandes hesitaciones, que como cualquier otro contrato, el de trabajo debía tener un objeto propio y una causa determinada y lícita. Algunas discrepancias se for-

mularon ya desde entonces sobre el carácter conmutativo del contrato de trabajo, pero esas discrepancias tenían un fondo más bien ideológico o entrañaban un análisis económico *a posteriori*. El tiempo se encargaría de demostrar, sin embargo, que el contrato de trabajo suponía variantes significativas, en cuanto a algunos de los elementos comunes antes enunciados, y presentaba además ciertas características particulares.

En los inicios de la disciplina, cuando el desarrollo industrial era aún limitado y el análisis del contrato de trabajo se hacía a la luz de la teoría general de las obligaciones, se llegó incluso a discutir si se estaba frente a un contrato nominado o innominado. Esta duda se suscitaba en esa época cuando se intuía que era algo más que el arrendamiento de servicios o la *locatio conductio operis*, pero surgían reticencias en cuanto a su clasificación como una entidad contractual nueva y distinta de la tipología heredada del derecho romano. La duda guardaba, a su vez, relación con la decisión que unos pocos países, encabezados por Suiza, tomaron a principios del siglo de situar la temática laboral dentro del código de las obligaciones.¹ Civilistas de la talla de Planiol se resistían a su vez a aceptar que escapara de su normativa el cada vez más importante “arrendamiento de trabajo”, pero el derecho positivo, representado inicialmente por la legislación belga de 1900, se encargó de decir la última palabra al ubicar el contrato de trabajo en el campo laboral y reconocer su especificidad propia. El ejemplo de Bélgica se fue generalizando a otros países, y así fue ganando reconocimiento la idea de que el contrato de trabajo era efectivamente un *corpus novus* que recogía, no obstante, algunos de los elementos que los códigos civiles habían establecido para los contratos en general. Algunos códigos del trabajo de América Latina, como los de Paraguay y Ecuador, encabezaron su normativa referente al contrato de trabajo con la enunciación de las características que éste compartía con los otros contratos.

Se admitía, así, que el contrato de trabajo tenía su naturaleza propia vinculada a su preponderante contenido humano y valor social, pero al propio tiempo se reconocía que ello no excluía ni eliminaba ciertas influencias civilistas. Se tuvo entonces interés en examinar la manera cómo los antes mencionados elementos comunes habían sido incorporados al contrato de trabajo. Poco a poco, se fueron precisando las alteraciones que esos elementos comunes experimentaban al aplicarse en la esfera del trabajo.

El consentimiento, por ejemplo, muchas veces no era pleno, como ocurre con otros contratos, sino que se presentaba en forma un tanto disminuida y

¹ Berenstein, Alexandre, *Etudes de droit social*, Ginebra, Georg Librairie de l'Université, 1979, p. 119 .

peculiar. Los vicios del consentimiento raras veces se verificaban en la práctica, y también eran distintas las reglas que se utilizaban para determinar la capacidad de las partes. Era, también, poco frecuente que se efectuara una discusión o negociación previa entre las partes sobre los términos del contrato individual de trabajo. A medida que se difundía la contratación colectiva, crecía la trama normativa y se desarrollaba la administración de personal; las condiciones de trabajo se hallaban, por lo general, preestablecidas y, en vez de una discusión, lo que tenía lugar era una explicación del contenido del convenio y del reglamento de empresa o la simple entrega de un modelo impreso. Sin embargo, conviene advertir desde ahora que esa crisis o declive del consentimiento es más bien propia de las grandes empresas y exagera un tanto el impacto de la negociación colectiva.

Se daba por sentado, al propio tiempo, que el contrato de trabajo no era solemne, es decir, que podía ser verbal o escrito y que no estaba sujeto a formalidades, pero se llegó pronto a advertir que había casos en los que se reconocía la necesidad de la forma escrita, como ocurría con los contratos por tiempo determinado y con ciertos contratos especiales, como el que se concertaba con la gente del mar o con respecto a la expatriación de trabajadores. Era claro, por otra parte, que si bien para la generalidad de los contratos de trabajo, ni la forma escrita ni el cumplimiento de formalidades eran requeridos *ad substantiam*, tales condiciones sí podían resultar necesarias *ad probationem*. Procede señalar que en Ecuador la forma escrita se exige para nueve categorías de contratos individuales, y que en el Salvador y Honduras dicha exigencia se aplica con carácter general.

No eran muchas, por otra parte, las dificultades que se planteaban con respecto a los elementos del objeto y la causa de los contratos. El objeto estaba representado por la prestación de trabajo y ésta debía ser determinada, posible y lícita. Carecían de valor, en consecuencia, los contratos que no llegaban a precisar una especie de prestación de servicios, así como los que se referían a labores prohibidas por la ley, contrarias a la moral pública o de imposible realización. Visto ese mismo elemento con un enfoque más moderno, el objeto se configura hoy en forma más amplia como cualquier actividad humana susceptible de ulterior utilidad para el empleador y útil, en sentido inmediato y directo, para el trabajador.² Habría también que recordar que el objeto no es aquí una mera cosa sino una aptitud inseparable de la persona que ejecuta el contrato.

² Villa, Luis Enrique de la, *et. al.*, *Instituciones de derecho del trabajo*, Madrid, Editorial Ceura, 1983, p. 9.

También la causa ha de ser lícita: para el trabajador es sin duda la remuneración que se le ofrece; para el empleador es el provecho que espera obtener de los servicios que presta el trabajador. Este intercambio, se presume, existe y es lícito por el mero hecho de la ejecución del trabajo y mientras no se pruebe lo contrario por alguna de las partes. Y es precisamente el hecho de que esa causa se traduce en una relación personal que tiene profundas repercusiones sociales, lo que le imprime tipicidad al contrato y le separa tanto de los contratos innominados como del arrendamiento, la compraventa, el mandato y otras figuras contractuales. La única de éstas que tiene ciertos puntos de contacto con el contrato de trabajo es el contrato de sociedad, sólo que éste, muchas veces, constituye un proyecto por realizar o bien un subterfugio que busca encubrir una relación de trabajo y evitar la aplicación de las leyes de protección del trabajo.

La bilateralidad suscitó algunos problemas al comienzo, en razón del uso frecuente de intermediarios y la inclinación de algunos empleadores a eludir responsabilidades. Esos problemas fueron superados tan pronto como la legislación definió los distintos tipos de agentes reclutadores, intermediarios, contratistas, subcontratistas y representantes patronales, así como los distintos tipos de responsabilidad principal, subsidiaria o solidaria.

Más complejas resultaron, en cambio, las discusiones dirigidas discernir hasta qué punto existía reciprocidad y, por ende, sinalagma entre los términos de la ecuación prestación de trabajo-salario. Dejando a un lado las controversias doctrinales derivadas de la teoría marxista de la plusvalía, era patente que las partes contrataban desde planos económicos muy diferentes y que aun los casos más obvios en los que las soluciones eran claras en otros contratos provocaban dudas o soluciones distintas en el campo laboral. Si el trabajador se abstiene de realizar su trabajo o el empleador de abonar el salario, el contrato debería quedar en principio resuelto, de conformidad al menos con los principios generales del derecho civil. En material laboral hay, sin embargo, ciertas excepciones provenientes de la trama institucional que cubre y condiciona la prestación del trabajo. El trabajador puede no efectuar su trabajo en los casos de suspensión del contrato que prevé la legislación laboral, sin que por ello quede por tanto resuelto el contrato. En algunos países puede, incluso, percibir su salario sin realizar su trabajo, en caso de huelga declarada legal y justa. Se está, pues, frente a un elemento conmutativo que pareciendo común al contrato de trabajo y a otros contratos produce efectos distintos en uno y otro caso, y requiere, por tanto, adaptaciones cuando se invoca por las partes de un contrato de trabajo.

No se discute, en cambio, la procedencia del carácter oneroso del contrato de trabajo, elemento común éste que guarda relación con el elemento propio de la remuneración y del derecho del empleador de retener para sí el producto del trabajo. Tanto los trabajadores como el patrono, persiguen un fin patrimonial al concluir un contrato de trabajo, sólo que la más débil posición económica del trabajador hace que el Estado rodee el contrato de límites y protecciones, que no se dan en otras ramas del derecho. Los trabajos que se realizan a título gratuito o por motivos altruistas, benévolos o de amistad, así como los que se hacen con fines de afición, caridad, amor al arte o ayuda desinteresada, quedan al margen de la contratación laboral. Algunas dudas surgen con relación a los que desempeñan empleos honorarios o meritorios en una empresa con vista a adquirir experiencia u obtener reconocimiento cuando la empresa vaya a cubrir vacantes futuras. Estos casos son, sin embargo, excepcionales y en algunos países están incluso prohibidos, pues abren la puerta a la explotación y conducen a un enriquecimiento indebido del patrono.

Tampoco se tienen dudas sobre el hecho de que el contrato de trabajo contiene una obligación de hacer del trabajador, combinada con una obligación de dar del empleador. La obligación de hacer no se consuma, por lo general, en un sólo acto sino que se refleja en una serie de actividades más o menos prolongadas, lo que le imprime el carácter de contrato de tracto sucesivo. En la etapa inicial del derecho laboral prevaleció la idea de que ese tracto no debía ser demasiado prolongado como reacción contraria a toda forma de servidumbre; más tarde se propició la continuidad, dándole preferencia a los contratos por tiempo indefinido, y es en épocas recientes que, por razones distintas relacionadas con las altas tasas de desempleo, ha vuelto a plantearse la cuestión de la prolongación en el tiempo del contrato. Por su parte, la obligación de dar del empleador se complementa con deberes de asistencia y protección que no existen en los otros contratos civiles. Tampoco lo son incidentalmente los deberes de fidelidad y obediencia (más o menos condicionada), que se añaden a la obligación de hacer del trabajador.

Apenas resulta necesarios agregar que la índole continuada de la obligación de hacer se corresponde con el carácter recurrente o de cumplimiento sucesivo de los pagos a cargo del empleador, si bien el marco institucional del contrato de trabajo interviene también aquí para fijar los plazos máximos en que debe hacerse efectivo el salario.

El concepto del contrato de trabajo se completa, por último, con un elemento no visible en los demás contratos y que responde a la naturaleza de la empresa moderna, a saber lo que algunos autores italianos llaman la “concañación” o integración del trabajador en un proceso único y colectivo en

favor del empresario.³ Se trata, según el decir de esos autores de un “ensamblamiento”, no estático sino dinámico, activo e inteligente, que plasma un fenómeno de “co-laboración”.

II. LA TESIS DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Las dificultades que planteaba la aplicación del modelo civilista y las adaptaciones que era preciso efectuar en el mismo, movieron a algunos estudiosos a proponer otras explicaciones, ajenas al derecho común y dirigidas a prescindir de la noción del contrato de trabajo. Apareció así la teoría de la relación que asignaba al hecho objetivo de la prestación del trabajo, y no al acuerdo de voluntades, la génesis del vínculo que iba a establecerse entre empleador y empleado.

Se quería reaccionar contra el carácter individualista y patrimonial de un contrato que remontaba su origen al esquema clásico del derecho romano; se buscaba darle una naturaleza especial y distinta a la que era la institución básica del nuevo derecho. Pero hubo también otras inspiraciones de más polémico origen.

La tesis de la relación de trabajo nació en Alemania en el primer cuarto del presente siglo, es decir no mucho después de la promulgación de las primeras leyes sobre el contrato de trabajo. Los que primero la propusieron concebían a la empresa como una institución o comunidad de trabajo en la que sus integrantes guiaban sus interacciones por vínculos de protección y lealtad. No se hacía hincapié en el aspecto obligacional de los contratos sino en la existencia de una relación más bien institucional o societaria, de la que surgirían también nexos de solidaridad y colaboración.⁴ A estos postulados se añadió, después, la constatación de que, sobre todo en las grandes empresas, lo que se produce en la práctica es una incorporación del trabajador a la empresa, una simple aceptación de una solicitud de trabajo que a veces se origina, incluso, al margen del trabajador, en una petición sindical o en una referencia del servicio de empleo. La ejecución posterior del trabajo se rige por un entramado de normas provenientes de la ley o del convenio y pocas veces de la previa discusión de un contrato. Esa ejecución del trabajo, y no el presunto acuerdo de voluntades, es en todo caso la que es objeto de la regulación y tutela del derecho del trabajo.

³ Macchiavello, Guido, *Derecho del trabajo*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 1986, t. I, p. 131.

⁴ Véase Martín Valverde, Antonio, “Ideologías jurídicas y contrato de trabajo”, *El derecho del trabajo en España*, Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1981, pp. 127 y ss.

De Alemania, la tesis de la relación de trabajo pasó a otros países, pero experimentando importantes modificaciones. En Francia, Georges Scelle se refirió a la prestación de trabajo como una situación jurídica que nacía de un simple acto condición.⁵ Tiempo después, Paul Durand, en 1953, y Rivero y Savatier aludían a la relación de trabajo como una manifestación de la tendencia del derecho laboral a hacer surgir efectos jurídicos a las situaciones de hecho.⁶ En la España de la época franquista, se sumaron a la doctrina autores como Polo, Hernainz, Benítez de Lugo y Legaz Lacambra. Desde diversos ángulos, estos autores veían en la empresa una sociedad profesional, en la cual quedan incluidos los trabajadores de la misma manera que los súbditos de un Estado se someten a sus leyes, o bien estimaban que la simple incorporación al empleo ponía en marcha una serie de efectos jurídicos y un vínculo de igual índole.

En América Latina fue Mario de la Cueva el máximo expositor de la teoría de la relación de trabajo. De la Cueva resaltó la importancia de la situación jurídica objetiva, y afirmó que el acuerdo de voluntades no es un requisito inevitable para la formación del vínculo.⁷ Influida, quizás en demasía por la existencia en su país de las cláusulas de seguridad sindical, el maestro mexicano cuestionó incluso la necesidad de que concurriera una voluntad empresarial y contrastó el carácter, a su juicio, estático del contrato con el dinamismo de la relación de trabajo. El profesor mexicano, exagerando sin duda sus puntos de vista, llegaba así a concebir una relación de trabajo a contrapelo o sin el consentimiento de las dos partes de esa relación.

Otros laboralistas más cautelosos y no enteramente plegados a la teoría de la relación, expusieron, no obstante, criterios en el fondo similares. Rafael Caldera, por ejemplo, colocó siempre como punto de partida de sus estudios al hecho social trabajo.⁸ De Ferraris, en Uruguay, distinguió el contrato como acto o negocio jurídico de su ejecución, que es un hecho, y señaló que es éste el que determina la aplicación del derecho del trabajo.⁹ En Brasil, Orlando Gómez rechazó la naturaleza contractual de la relación y sostuvo que se está frente a un contrato de adhesión en el que el trabajador simplemente se adhiere a las cláusulas existentes en el estatuto de la empresa.¹⁰

5 Scelle, Georges, *Précis élémentaires de législation industrielle*, París, Ed. Sirey, 1927, p. 43.

6 Véase Rivero, J., y J. Savatier, *Droit du travail*, 6a. ed., París, Themis, 1975, p. 316.

7 Cueva, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1961, p. 185.

8 Caldera utilizó por primera vez la expresión en su *Derecho del trabajo* de 1939. La mantuvo después en la edición publicada por El Ateneo de Buenos Aires en 1975. Una más explícita aceptación de la teoría de la relación aparece en: Congreso de la República, *Anteproyecto de Ley Orgánica del Trabajo*, Caracas, Ediciones del Congreso, 1985, p. 23.

9 Ferrari, Francisco de, *Derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1971, *passim*.

10 Gómez, Orlando y E. Gottschalk, *Curso elemental de direito do trabalho*, Río de Janeiro, 1963, *passim*.

De la doctrina, la tesis relacionista pasó, en forma más o menos explícita, al derecho positivo. Primero, el código del Ecuador y la Ley Federal del Trabajo de México y más tarde la Ley del Contrato de Trabajo de Argentina y la más reciente Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela consagraron el principio de que la relación de trabajo podía existir sin necesidad de un contrato.

Sin embargo, con la misma rapidez con que se expandió la teoría de la relación así se expandió también la reacción. Primero fueron las matizaciones y luego las críticas abiertas. Ya desde los años 60, Bayón Chacón y Pérez Botija afirmaban en España que era difícil concebir una auténtica relación de trabajo que no se origine en un acto contractual expreso o tácito.¹¹ Por esa misma época, Cabanellas advertía que la relación de trabajo no sustituye ni eclipsa al contrato sino que lo agrega y robustece.¹² Américo Plá decía, algún tiempo después, que la doctrina relacionista adolecía de la exageración de presentarse como doctrina antagónica del contrato de trabajo.¹³ En el mismo México, Néstor de Buen sostiene que la teoría de la relación de trabajo no debe entenderse como excluyente, por sí misma, de la idea contractual, ya que siempre tras la prestación de servicios subordinados existe un negocio o acto jurídico.¹⁴

Críticas aún más fuertes se han registrado en fechas recientes a uno y otro lado del Atlántico. Montoya Melgar y Castro, en España, no dudan en afirmar que la teoría de la relación de trabajo es causa de exageraciones y ocasión de consecuencias inexactas.¹⁵ Y en América Latina, Rafael Alburquerque ha llegado a declarar que la idea de la relación de trabajo es innecesaria y antijurídica,¹⁶ todo lo cual parece sugerir que es ésta una de las materias en la que más interés han mostrado los laboristas para ejercitar sus aptitudes dialécticas.

Los neocontractualistas influyeron también, en todo caso, en la legislación latinoamericana incluyendo a los códigos de Colombia, Chile, Costa Rica, Cuba, Panamá, Paraguay y la legislación uruguaya. Algunos de estos textos reafirman la noción contractualista diciendo que el contrato individual de tra-

11 Bayón Chacón, G. y E. Pérez Botija, *Manual de derecho del trabajo*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons-Libros Jurídicos, 1962, p. 262.

12 Cabanellas, Guillermo, *Compendio de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1968, p. 341.

13 Plá Rodríguez, A., *Los principios del derecho del trabajo*, Montevideo, Biblioteca del Derecho Laboral, 1975, p. 250.

14 Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 1974, t. I, pp. 518 y ss.

15 Montoya Melgar, A., *Derecho del trabajo*, Madrid, Tecnos, 1981, p. 255; Castro, Federico de, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 49.

16 Alburquerque, Rafael, *Estudios de derecho del trabajo*, Santo Domingo, Taller, 1992, p. 250.

bajo, “es el *convenio* en virtud del cual una persona se obliga a prestar servicios a otro”.

No hay duda, por otra parte, de que los relacionistas se excedieron en subrayar los aspectos institucionales de la relación de trabajo. En lo que hace a la aplicación en los contratos individuales de las cláusulas normativas de los convenios colectivos, conviene tener presente que en casi ningún país éstos cubren a más del 30 o 40 por ciento de la fuerza de trabajo. Queda, desde luego, la urdimbre de las disposiciones legales en vigor en un momento determinado, pero no son muchos los trabajadores que se conforman con la aplicación a sus labores de los mínimos legales. En la medida en que ellos aspiran a mejorar esos mínimos y se ven obligados, en ausencia de convenios, a plantear tal aspiración al empleador, se está abriendo la posibilidad de una discusión y un contrato. Como apunta Krotoschin, el estatuto de la empresa no es solamente derecho objetivo; la voluntad de las partes no queda descartada y es por el contrario determinante en muchos casos de la fijación de condiciones especiales.¹⁷

Algo quedó, no obstante, de la teoría de la relación, no tanto de su formulación original sino más bien del énfasis que ella puso en sobreponer la realidad a las cuestiones documentales o escriturarias. Hoy se tiende a aceptar que hay una relación de trabajo que normalmente nace de una concordancia de voluntades, pero que puede también, engendrarse de modo tácito (“la ejecución prueba el contrato”) y llega a adquirir una identidad propia en el proceso mismo de su vivencia. Se piensa, también, que el derecho del trabajo dirige su protección más a la ejecución del contrato que al acuerdo de voluntades, pero se admite, con Guido Macchiavello, que el contrato de trabajo actúa como instancia de constitución del vínculo jurídico.¹⁸ Algunos autores brasileños hacen una sutil distinción sobre la naturaleza de ese vínculo, diciendo que sin contrato de trabajo no hay relación de empleo, pero sí puede haber relación de trabajo.¹⁹ Otros aceptan la función creadora del contrato individual de trabajo, pero advierten un declive en su función regulatoria. Y son muchos los que piensan que la relación no es sustitutiva del contrato sino su consecuencia ineludible. Son esfuerzos doctrinales que apuntan hacia una convergencia o conjunción de las tesis contractualista y relacionista.

17 Krotoschin, Ernesto, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, pp. 162 y 163.

18 Macchiavello, *op. cit.*, p. 129.

19 Süsskind, Arnaldo, Delio Maranhão y Vianna Segadas, *Instituições de direito do trabalho*, Río de Janeiro, Librería Freitas Bastos, 1974, t. I, p. 176.

III. LOS ELEMENTOS PROPIOS

Superados los problemas relativos a la conceptualización del contrato de trabajo, la atención de los laboristas se concentró en la determinación de sus elementos propios. Tanto la doctrina como la legislación pronto establecieron lo que pudieran calificarse como los cuatro elementos fundamentales inherentes al contrato-relación de trabajo. Hace falta, en primer lugar, que exista una prestación de servicios *personal y voluntaria*. En segundo lugar, esa prestación debe hacerse por *cuenta ajena*, o lo que es igual, para otro u otros. En tercer lugar, se requiere que las obras o servicios de que se trate se efectúen en una relación de *dependencia o subordinación* con respecto al empleador. Y, es preciso, por último, que medie una remuneración o salario.

El carácter personal de la prestación de trabajo se refiere a las personas naturales; los servicios que realizan las personas jurídicas no pertenecen al derecho laboral. Se hallan asimismo excluidos del ámbito laboral los trabajos forzosos o involuntarios. La regulación laboral supone la libertad de trabajo, lo que significa que tanto las formas clásicas de la esclavitud o servidumbre, como las más modernas formas de movilización y utilización coercitivas de la mano de obra con fines de fomento, educación política o castigo, se sitúan al margen del derecho laboral.²⁰ El artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagra el principio del derecho al trabajo y a la libre elección de la ocupación u oficio. Varios convenios internacionales se han encargado a su vez de proscribir las diversas formas de trabajo forzoso. En la práctica, la voluntariedad del trabajo se traduce en la facultad que tiene el trabajador de resolver o dar por terminada en cualquier momento la relación. Es posible que algunas legislaciones prescriban avisos previos e incluso, en ciertos casos, indemnizaciones de daños y perjuicios, pero tales disposiciones no impiden el derecho del trabajador a poner término a su obligación de trabajo.

El que los servicios y obras se realicen por cuenta ajena constituye un elemento que en realidad está implícito en el propio concepto de lo que es un contrato o relación. Si el trabajo no se prestare para otro sino para sí mismo, se estaría frente a una forma de trabajo autónoma o independiente que en esta etapa de la evolución de los estudios laborales no se pensaba que merecía protección. Ya se verá después que este enfoque limitativo experimentó más tarde una importante modificación en el campo de la seguridad

20 Véase el Convenio núm. 105 de 1957 sobre abolición del trabajo forzoso.

social, y es en la actualidad motivo de serias reflexiones con respecto a lo que debería ser el ámbito propio del derecho laboral.

Una indagación más profunda de este elemento pone de relieve que al trabajar el obrero para otro u otros, habrá de ser éste (el empleador) quien aproveche para sí la utilidad del producto de trabajo y al propio tiempo corra con las pérdidas que puedan sufrirse. El trabajador queda exonerado del riesgo y de la responsabilidad correspondiente al mismo; ni la quiebra de la empresa ni la insolvencia del acreedor de trabajo deberían en principio afectarle. Esta ajenidad al riesgo de la empresa es al propio tiempo una garantía contra posibles perjuicios y una muestra de las diferencias que existen entre el contrato de trabajo y el de la sociedad.

Algunos autores conciben la ajenidad en un sentido amplio que incluye a los otros elementos propios (la remuneración y la dependencia). Nadie trabajaría por cuenta ajena, arguyen, si no es por una remuneración y pocos estarían al propio tiempo dispuestos a abonar un salario si el trabajo no se efectúa bajo su dirección y supervisión. Hay otros laboristas que piensan, por el contrario, que no es necesario mencionar específicamente al trabajo por cuenta ajena, ya que el mismo está comprendido en la relación de dependencia o subordinación.

La existencia de una remuneración de cualquier clase, representa asimismo una característica esencial del contrato-relación, sobre todo si se recuerda su carácter oneroso y el hecho de que desde la regulación civilista del arrendamiento de obras o de servicios se había ya establecido que era indispensable el señalamiento de un precio cierto. Ambas partes celebran el contrato con un propósito patrimonial (del lucro o ganancia) y para el trabajador esa ganancia ha de ser cierta y positiva. La jurisprudencia de varios países iberoamericanos ha establecido que el pago o compensación al trabajador ha de existir y prescribirse de manera específica, sin que dependa, por tanto, de las alternativas financieras de la empresa en términos tan absolutos o estrechos que pueda suceder que no se obtenga en cuantía alguna y menos que pueda resultar en una pérdida o desembolso.

La remuneración, es pues un factor conexo, no sólo a la onerosidad sino también al carácter conmutativo del contrato de trabajo. El trabajo prestado en ningún caso ha de presumirse gratuito. Los pocos casos en que se realice con cierta continuidad un trabajo sin devengar una remuneración corresponden, por lo general, al trabajo familiar o al que realizan los miembros de órdenes religiosas u organizaciones filantrópicas. Pero estas situaciones se hallan, por lo general, al margen de la relación laboral.

No vaya a creerse, sin embargo, que basta la prestación personal y voluntaria de un trabajo a cambio de una retribución para configurar un contrato-relación de trabajo. Hace falta además que dicho trabajo sea de ejecución subordinada, o dicho en otros términos que se preste bajo dependencia del empleador. Esta primera distinción semántica guarda relación con otra más substancial que discute si la dependencia o subordinación de que se trata es de índole económica, técnica o jurídica. La dilucidación de este punto no es una mera cuestión doctrinal o teórica, pues ella trasciende a la realidad, dada la frecuencia con que los patronos utilizan fingimientos diversos para eludir las obligaciones que se fijan en la ley con respecto al trabajo subordinado.

Aunque hay todavía quienes piensan que la dependencia de que hablan las leyes es la de tipo económico, éste parece ser al presente un punto de vista obsoleto y prejurídico, que dejaría algunas situaciones fuera de la protección legal y haría, en cambio, entrar en ella otras que no son genuinamente laborales. Sin duda, hay muchos trabajadores que necesitan del trabajo subordinado para vivir, pero esa situación actúa más como motivo determinante de la contratación que como rasgo permanente de su condición posterior.

La gran mayoría de los laboristas se inclinan hoy a pensar que la subordinación o dependencia de que se trata es más bien de tipo jurídico, si bien ésta no se halla exenta de factores técnicos y jerárquicos. La subordinación jurídica se presenta así como “un poder de mando funcional”,²¹ que responde a la naturaleza de la empresa moderna, en la que su administrador o gerente funge como director del proceso de producción. A él le corresponde dar las instrucciones y fijar las pautas necesarias para canalizar en forma ordenada las diversas tareas de los integrantes del personal y lograr que todo ello redunde en una eficaz creación de bienes o suministro de servicios. Dichas pautas o instrucciones tendrán carácter técnico cuando así lo requiera el nivel de calificación de los trabajadores, las necesidades de coordinación que impone la división del trabajo o la complejidad de la tecnología utilizada. Ellas serán más rutinarias y sencillas en las pequeñas manufacturas y establecimientos de servicio. Su preeminente naturaleza jurídica se pone, no obstante, de relieve en el hecho de que comprende un poder de mando, un poder de supervisión y un poder disciplinario, los cuales pueden ser ejercidos por el empleador directamente o por delegación del mismo, por ejecutivos, jefes de departamentos, supervisores o capataces, siempre correlativamente al ámbito de sus facultades.

21 Thayer, William y Patricio Novoa, *Manual de derecho del trabajo*, 2a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica, t. II, p. 38.

Ninguno de los tres poderes mencionados (el de dar instrucciones, el de verificar si ellas se han observado y el de disciplinar las transgresiones) puede ejercerse de manera discrecional u omnímoda. Ellos se hallan limitados por las normas legales que regulan la relación individual del trabajo, por las cláusulas de los convenios colectivos que fueren aplicables y por el principio de la razonabilidad. Esos mismos criterios delimitan el deber de obediencia del trabajador, que representa la contraparte del poder patronal de dirección y supervisión. Ningún trabajador estaría obligado a seguir las órdenes o instrucciones del patrono que manifiestamente se aparten de los límites antes señalados. Todos se hallarían insertos en cambio en lo que el Estatuto de los Trabajadores de España llama “el ámbito de organización” de la empresa.

En la gran mayoría de los casos, la subordinación supone que el trabajador preste sus servicios en el local de la empresa, en los horarios señalados y con sujeción a las reglas de organización, seguridad e higiene que hayan sido establecidas por la dirección. Hay, empero, situaciones especiales, como el trabajo a domicilio, el de los transportistas y el de los agentes vendedores, en los que no se labora en el local de la empresa, no hay vigilancia o control continuo por parte del patrono. En el caso del trabajo a domicilio pudiera, excepcionalmente, utilizarse el criterio de la necesidad económica para identificar la existencia de un contrato de trabajo. Mas en todos los casos precisados sería siempre posible detectar ciertos signos o manifestaciones de la subordinación: la aceptación de un programa determinado de trabajo o gestiones a realizar, la obligación de dar cuenta de lo realizado, la obligación de un rendimiento mínimo de la labor diaria, la exigencia de la justificación del tiempo, el respeto al territorio asignado y el ajuste a las especificaciones dadas por el empleador.

¿Cómo se sitúa la legislación iberoamericana frente a la anterior caracterización? De una forma u otra todos los elementos propios aparecen en los códigos o leyes del trabajo. Hay, desde luego, algunas omisiones aparentes y diferencias terminológicas. Casi ninguna ley latinoamericana (Venezuela es una excepción) habla de la ajenidad o cuenta ajena, pero el texto de esas leyes deja claro que regulan el trabajo que se presta para otro o para el empleador. La condición de que el servicio u obra sea realizado de modo personal se dice expresamente en varios códigos (Colombia, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, República Dominicana y Venezuela). Las mayores diferencias se observan en cuanto a la naturaleza de la subordinación o dependencia. México y Panamá se refieren a la subordinación, en tanto que Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, República Dominicana y Venezuela mencionan la dependencia.

Dos países (Colombia y Honduras) aluden tanto a la dependencia como a la subordinación y una media docena (Costa Rica, Chile, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana) añaden a uno de esos términos el hecho de que el trabajo se preste bajo la dirección del patrono.

En cuanto a los elementos complementarios, ciertos países como Colombia, Costa Rica, El salvador, Guatemala y Honduras, requieren la continuidad. En el Salvador, se presume la existencia del contrato individual de trabajo cuando los servicios se prestan por más de dos días consecutivos; en Costa Rica y Honduras se incurre en la exageración de decir que la dependencia debe ser permanente (Costa Rica), o mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato (Honduras). Es interesante indicar que el código de Guatemala excluye expresamente la exclusividad. La forma escrita es, en cambio, requerida en éste y otros países centroamericanos, así como de modo preferente en Venezuela.

IV. ELEMENTOS COMPLEMENTARIOS

Ya eran bastantes los anteriores elementos comunes y propios, sin embargo, otros han sido propuestos como complementarios. Uno de ellos, relacionado con la exigencia de que los trabajos a realizar correspondan a la profesión u oficio de la persona de que se trate, ha perdido en la actualidad relevancia, vista la importancia que hoy se atribuye a la polivalencia y al multifuncionamiento. Es claro además, a nuestro juicio, que en la mayoría de los casos la profesionalidad no es una condición previa al contrato sino una consecuencia de las prestaciones que en virtud del mismo se desarrollen. Los otros dos, en cambio, la exclusividad y la continuidad, sí merecen un examen más detenido.

La *exclusividad* significa que el trabajador se vincule con un solo empleador y supone que es únicamente en esa situación que adquieren valor los otros elementos. Tal exigencia colide, sin embargo, con la realidad del multiempleo y la frecuencia con que hoy se utiliza el trabajo a tiempo parcial. El hecho de que una persona preste servicios para más de un patrono no elimina la posibilidad de que una de esas actividades constituya un contrato de trabajo, de que coexistan varios y sean todos merecedores de la tutela del derecho laboral.

Dos problemas, no obstante, podrían presentarse: uno es que la dualidad o multiplicidad de trabajos conduzca a un quebrantamiento del deber de fidelidad; otro, que se produzca una violación de las normas sobre jornada máxima de trabajo. El primer problema adquiere importancia solamente cuando exista incompatibilidad entre los empleos que el trabajador se proponga desempeñar;

tal incompatibilidad es poco frecuente en la práctica y no sería por tanto prudente erigir en requisito del contrato una condición de exclusividad, que sería limitativa de la libertad de trabajo. La segunda cuestión plantea problemas de inspección del trabajo, y prueba que haría igualmente inadecuada la aceptación de la exclusividad. Aunque la jornada máxima se entienda aplicable, tanto al empleador como al trabajador, la inspección del trabajo se ha dirigido siempre a las empresas y sería muy difícil que pudiera abarcar y penalizar, en su caso, también a los trabajadores.

Mucho más respaldo ha tenido, en cambio, la idea de incluir la *continuidad* entre los elementos caracterizantes del contrato de trabajo. Algún autor la ha, incluso, elevado a la condición de principio general del derecho del trabajo,²² aunque ello lo relaciona más bien con la sucesión de patronos. Con una connotación más amplia, y en el sentido de prestaciones que se prolongan en el tiempo y no son aisladas o inconexas, la continuidad parecería tener más razón de ser que los otros dos elementos. Piénsese, en efecto, que como se apuntó antes el contrato de trabajo es de tracto sucesivo y adviértase, asimismo, que la falta de cierta extensión en el tiempo del vínculo impide el que pueda surgir un verdadero estado de subordinación o dependencia. Sin embargo, su aceptación irrogaría problemas en cuanto al campo de aplicación del derecho del trabajo. Afuera, quedarían los trabajos eventuales, esporádicos o intermitentes, y surgirían serias dudas en cuanto a los trabajos temporales, estacionales y por periodos cortos. Es cierto que hay legislaciones como la Consolidación brasileña, que excluyen expresamente a los trabajos eventuales, pero la tendencia más generalizada se inclina a incluirlos (regulándolos, es verdad, de manera especial) y a extender, en vez de restringir, el campo de aplicación del derecho laboral. Hacer, pues, hincapié en el carácter continuativo y prolongado del contrato de trabajo, iría en contra de lo que algunos llaman la “vocación expansiva” del derecho laboral.

V. CUESTIONAMIENTO

Los elementos propios del contrato de trabajo fueron establecidos en una época en que predominaba el modelo de relación laboral que los franceses llaman *l'emploi total*. Ese modelo o prototipo de prestación de servicios basaba la regulación legal en el trabajo asalariado y dependiente, que se prestaba para un sólo empleador por tiempo indefinido, a jornada completa y en el local

22 Plá Rodríguez, A., *op. cit.*, pp. 14 y ss.

del empleador.²³ Dicho prototipo surgió hace más de un siglo, en un entorno y con unos métodos de producción distintos de los que existen en la actualidad. Eran los tiempos en que se pensaba que la industria manufacturera, concebida para satisfacer las necesidades de cada país, iba a crecer de modo constante y que dentro de ella iba a aparecer un proletariado cada vez más pujante y poderoso.

Tales presupuestos han dejado de estar presentes en muchos países. Varió en ellos la estructura del empleo: la industria dejó de crecer; se expandió el sector terciario y se globalizó la economía; se aceleró la explosión demográfica, lo que acentuó a su vez los desequilibrios entre la oferta y la demanda de trabajo; proliferaron los avances tecnológicos que impusieron cambios en los modos de producción y permitieron reducir el tiempo de trabajo; se registraron, por último, alteraciones en la concentración geográfica del trabajo, en los estilos de vida y las preferencias relativas a las diversas modalidades de empleo. Todo ello se hizo más visible cuando en los años 70 se produjo la crisis de los energéticos, comenzaron a multiplicarse los trabajos atípicos y decreció en muchos países el índice de la sindicalización. Sobre todo, en los países más desarrollados aumentó el trabajo a tiempo parcial, se fomentó el trabajo temporal, se hizo posible fraccionar en varios lugares un mismo proceso productivo, emplear trabajadores fuera del local de la empresa, ensayar formas triangulares de la relación de trabajo y procurar una mayor flexibilización de esa misma relación.²⁴ Los mismos servicios se hicieron, a su vez, menos mecánicos y cedieron el paso a la informática y los ordenadores.

El efecto acumulativo de los anteriores fenómenos, ha sido el de poner en tela de juicio el carácter predominante del modelo de empleo total y cuestionar la validez de algunos elementos propios (sobre todo el de la subordinación) y complementarios (en especial, la continuidad y la exclusividad). No tenía gran trascendencia el cuestionamiento o supresión de estos últimos, cuya aplicabilidad, ya se dijo antes, era rechazada por muchos, pero sí era de enorme importancia la puesta en duda de la subordinación o dependencia, que ha sido el factor clave en la delimitación del ámbito propio del derecho laboral.

No sólo en el mundo iberoamericano sino también en otros países, han estado levantándose voces de crítica e impugnación. En Inglaterra, lord Wedderburn sostiene que el modelo de empleo total y trabajo subordinado no fue concebido para todos los tiempos.²⁵ En Italia, Veneziani afirma que el contrato

23 Véase Córdova, Efrén, "Las relaciones de trabajo atípicas", *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 3, marzo de 1986.

24 *Idem*, núm. 5, mayo de 1988.

25 Wedderburn, *The Worker and the Law*, 3a. ed., Londres, Penguin Books, 1986, p. 132.

tradicional de empleo subordinado ya no es viable ni representativo de todas las formas de relación de trabajo, y califica de mitos las premisas de duración del contrato, lugar del trabajo, bilateralidad y disponibilidad del trabajo que servían de base al contrato en estudio.²⁶ En Francia, Javillier constata que la población asalariada ha disminuido sensiblemente y se pregunta si no ha habido una decadencia del contrato de trabajo.²⁷

En América Latina, Néstor de Buen sugería, hace unos años, que la subordinación no debía considerarse como elemento diferencial del control de trabajo.²⁸ Otro autores de la región, reconocen que se ha producido cierto debilitamiento del factor dependencia, si bien estiman que sigue siendo el elemento principal que determina la relación jurídica de trabajo.

En el orden legislativo, cabe señalar, que la Ley Orgánica del trabajo de Venezuela de 1991, regula ya ciertos aspectos del trabajo independiente (como antes había hecho el Código de Ecuador con respecto de los artesanos). En otros países latinoamericanos (Argentina, Chile, Colombia, Panamá y Perú) y en España y Portugal, ciertas reformas recientes han tendido a flexibilizar temas tan importantes como el despido, los contratos por tiempo determinado, el contrato a prueba y la regulación del trabajo en las pequeñas empresas.²⁹ Ha habido desregulación en Panamá con respecto al trabajo a domicilio y en otros países en cuanto a las horas de cierre de los establecimientos comerciales y al trabajo nocturno de las mujeres. Se han autorizado en Argentina y otros países las agencias de trabajo temporal. Se ha reconocido en Venezuela la procedencia de una negociación invertida que pugna, desde luego, con el principio de protección al trabajador; en muchos países se ha dado cabida en la seguridad social a los trabajadores independientes al tiempo que en otros se introducían restricciones en su cobertura.

No es posible vaticinar, a estas alturas, si las reformas se detendrán en esos puntos o se expandirán a otros temas.

No hay duda que el derecho laboral vive una época de incertidumbre y tal vez de transición, en la que algunas instituciones salen de sus moldes tradicionales en tanto que otras, extrañas a su índole propia, penetran en su área normativa. Se suponía que el trabajo asalariado iba a expandirse de modo constante hasta hacerse coextenso con el campo de aplicación ideal del derecho

26 Veneziani, B., "The New Labor Force", *Comparative Labor Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Deventer-Boston, Kluvers, 1993, pp. 203 y ss.

27 Javillier, J. C., *Derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1982, pp. 58 y 72.

28 De Buen, *op. cit.*, p. 522.

29 Véase Potobsky, G. von, "Pequeñas y medianas empresas y derecho del trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 119, núm. 1, 1993.

del trabajo y el contrato de trabajo. No ha sido así, sin embargo, y hoy la persistencia de altos niveles de desempleo en España y Portugal, la existencia de un vasto y creciente sector informal de la economía en Iberoamérica, y el auge en todas partes del trabajo autónomo mueven a reflexión sobre la validez de algunos elementos del contrato de trabajo.

Muchos consideran que estas son vicisitudes pasajeras y que el contrato de trabajo retendrá al final todas sus características propias. Otros vislumbran una bifurcación en la que habría dos regímenes distintos, uno para el modelo de empleo total y trabajo subordinado y otro para los nuevos contratos atípicos y el trabajo autónomo. Es factible prever una gradual asimilación de los contratos atípicos a una nueva y más amplia noción genérica del contrato de trabajo. Más difícil será, sin duda, el problema del trabajo autónomo, dado que quienes en su mayor parte lo ejercen (aparte los profesionales) son “mini comerciantes informales”, que tienen poco en común con los asalariados. En algunos países se ha tratado, incluso, de ayudarlos a convertirse en empresarios. Son seres humanos que merecen compasión por no haber podido entrar en el mercado formal del empleo, son dignos de protección por su precaria situación económica y hasta despiertan admiración por sus esfuerzos, pero el tipo de labor que realizan es ajeno a los elementos comunes, propios y complementarios que antes se mencionan. En esas condiciones, al juslaboralista le corresponde, por ahora, tomar nota de los nuevos contornos que matizan el mundo del trabajo y auscultar cuantos cambios en la infraestructura socio-económica pudieran ofrecer pistas para discernir el rumbo futuro.