

# ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y CONTRATO DE TRABAJO

Cordialmente a los sabios profesores Dr. Joaquín Agudelo y Dr. Ricardo Uribe Escobar

## PRETEXTO

Buscar un tema para escribir una monografía, en este medio nuestro, no ya asfixiante sino inquisidor y pacato, es tarea difícil por cuanto nadie quiere ser extrasocial. Los mismos genios, cuando sobre-pasan las normas preestablecidas, lo hacen en forma de una intuición avasalladora, mas, para no serlo, luchan por imponer su pensamiento a la comunidad.

Pero cuando esa monografía ha de versar sobre el derecho civil, la tarea no es sólo difícil sino peligrosa por cuanto el fanatismo por el código napoleónico es tanto o más fervoroso que el de los revolucionarios franceses que gestaron e hicieron posible el implantamiento de normas semejantes. Como demostración de mi aserto podría citar un caso personal: en la Asamblea de Antioquia afirmé alguna vez que el Código Civil era muy viejo, que contaba al rededor de 2.000 años en sus principios fundamentales, y los "juristas" de esa docta corporación rasgaron sus vestiduras, encenizaron sus cabezas venerables ante semejante despropósito e irrespeto. Alguno hubo que aun quiso hacerme el ridículo.

Esta actitud de los jurisconsultos antioqueños no es nueva ni alcanza a desconcertar a quien haya estudiado el código civil en posición de combate o con ánimo de observador científico. En Chile, la Argentina, España, Alemania, Francia misma, cuna de esa legislación, todos los paleontólogos del Derecho, esos académicos fósiles, estratificados en el inciso y en el parágrafo, que jamás se preocuparon por conocer el origen de las cosas y cuya mente no inquietó el descubrimiento de las complejidades de la vida social y que a estas horas, como los romanos, confunden el Derecho con la ley,

han sido los panegiristas y guardianes del Código Civil. Para ellos no es posible que ocurran hechos o relaciones jurídicas que no estén comprendidos en el "monumento más grandioso que en todos los tiempos haya podido construir la humanidad".

No es difícil, así encontrar mentalidades superiores atacadas del mismo mal. El eminente internacionalista argentino doctor Estanislao Zeballos sostenía en 1919 que "el código civil resuelve a cabalidad todos los problemas del trabajo", problemas que eran desconocidos para los codificadores del derecho Romano, padre auténtico de la moderna legislación. En 1903 escribió el Dr. Juan Bialet Massé, profesor de la Universidad de la Plata, un libro llamado "La Responsabilidad civil en el Derecho Argentino", en el cual se esfuerza por demostrar que "todos los casos de todos los objetos del derecho se hallaban expresamente resueltos de una manera cabal" en el código civil.

Es preciso no engañarse. El Código civil no es una obra perfecta. Llenó su cometido en su tiempo, pero la civilización es móvil como la vida y no permanece; todo día trae un nuevo afán y toda necesidad necesita medios apropiados para llenarla: las exigencias de la vida industrial capitalista de nuestro siglo reclaman los elementos jurídicos necesarios para solucionar sus problemas, medios que no están, no podían estar, en el Código Civil.

"Considerar el derecho sólo como un elemento de conservación y afianzamiento de situaciones adquiridas, a la manera de los juristas que tienen la superstición de la ley porque creen que el derecho es la ley escrita, me parece absurdo".

Así piensa Alfredo L. Palacios, y yo comprendo ese pensamiento. Por tanto, yo no creo que el derecho sea inmutable; que sean intangibles las actuales formas legales ni que no necesiten reforma, mejor dicho, revisión completa. Por eso y por mi carácter, es por lo que me he mantenido en una línea que si se quiere puede llamarse agresiva, pero que yo tengo la convicción de que no es sino sincera.

## I

1.—Dice el artículo 1974 del C. Civil colombiano:

"Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales e incorporales que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de uso y habitación" etc.

Conforme a la definición que acabamos de ver no pueden arrendarse las cosas fungibles o que se consumen por el uso. Tal es el caso de la fuerza trabajo: con el empleo de sus energías se consume la fuerza del obrero. Pero la fuerza trabajo no es sino la manifestación de algo más estable y que no se consume por el uso; disminuye con el tiempo como disminuye la capacidad productiva de una máquina, pero la capacidad de trabajo o de trabajar del obrero permanece porque, como dice Radbruch ilustre profesor de la Universidad de Viena, "el trabajo no es un bien patrimonial como los demás, que al fin y al cabo no es algo distinto del hombre entero".

Por cuanto al arrendamiento de cosas no comprende todos los casos que pueden presentarse del arrendamiento, el código, al definir el arrendamiento (art. 1973), quiso comprender otras prestaciones y obligaciones de hacer, pero al reglamentar la materia no lo hizo completamente. En efecto; los seis primeros capítulos del título 26 del libro IV, tratan del arrendamiento de cosas, el 7o. del de criados domésticos, el 8o. del "contrato para la confección de una obra material" o contrato de obra como se dice técnicamente hoy; el 9o. del arrendamiento de servicios inmateriales, y el 10 del arrendamiento de transportes.

De tal suerte que nuestro código, como lo anota el autor favorito del Dr. Fernando Vélez, el comentarista chileno señor Vera, "ha seguido a la letra en esta materia al código francés, obra que sólo clasifica dos clases de arrendamiento: de cosas y de obras (art. 1708)" (Fernando Vélez: DERECHO CIVIL COLOMBIANO, tomo 7o. No. 475. Ed. oficial. 1909).

Como dejamos dicho, en nuestro código no se encuentra otro material dónde enfocar el estudio del contrato de trabajo, para "rastrear", como dice Jaurés, los orígenes o fuentes posibles del derecho obrero, sino los capítulos 7o, 8o. y posiblemente el 9o. del título 26 que hemos citado.

2. —Pero como esta materia carece en absoluto de antecedentes entre nosotros, justo es que busquemos el apoyo doctrinario de autoridad que a nosotros nos falta en otras fuentes. Esto no es difícil si tenemos en cuenta que nuestro derecho sustantivo no es original sino que, primero, lo tomamos de Chile y más remotamente de Francia. De ésta también tomaron el fundamento de sus códigos civiles actuales casi todas las naciones civilizadas del orbe y especialmente las de

América. Por consiguiente los comentaristas extranjeros en esta materia no serán extraños del todo ni al espíritu filosófico ni a la letra de nuestra ley.

Luis Josserand, quizás el sucesor de prestigio de Planiol, Ripert, Capitant, Colin, Baudry-Lacantinerie, y todos los tratadistas franceses de Derecho civil, después de afirmar que el contrato de trabajo no tiene cabida filosófica dentro de la teoría del código, por ser una concepción jurídica enteramente nueva, impuesta por las necesidades económicas y sociales de la época moderna, con fundamentos filosóficos bien claros y distintos de los que informan el código francés, abuelo del nuestro, define esta institución en el tomo II de su obra fundamental (*Cours de droit civil positif français*. 2a. ed. 1933), diciendo:

No. 1259. GENERALIDADES. "El contrato de trabajo o arrendamiento de trabajo, o arrendamiento de servicios, no es otra cosa que la "locatio operarum" del derecho romano; es la convención por la cual una persona se compromete a trabajar por cuenta y bajo la dirección de otra, mediante una remuneración que puede revestir las formas más diversas, a la cual el art. 1710 llama **precio** y que en la práctica se llama, según el caso, salario, sueldo, honorario, etc., según la calidad del trabajador que puede ser un obrero, un doméstico, un empleado, un artista lírico o dramático, etc".

Se equivoca Josserand al afirmar que el contrato de trabajo es la locatio operarum de los romanos. En ese entonces existía la esclavitud y en manera alguna existía el salariado como institución económica y social. La forma más avanzada de arrendamiento de servicios era el colonato, bien diferente de la locatio operarum de entonces y mucho más del referido contrato de trabajo moderno. De otro lado, el arrendamiento de obra está reglado en el código francés y no era preciso que se dictara la ley de 1898 que instituyó positivamente el contrato de trabajo, si como tal arrendamiento pudiera considerarse. Es precisamente por eso, porque el contrato de trabajo tiene diferencias sustanciales con las diversas clases de contratos y aun de arrendamientos que consagran los códigos vigentes, por lo que se ha hecho precisa la legislación llamada "social" que tanto ha apasionado en los últimos tiempos a los sociólogos y juristas europeos.

Más adelante veremos en detalle cómo se desarrolla y los principios en que se funda la legislación obrera. Por el momento podemos decir que, en las obligaciones civiles sólo se responde de la

culpa contractual o de la culpa delictual, en tanto que el derecho nuevo ha introducido una entidad jurídica denominada riesgo profesional; que la libertad contractual ha sido sustituida por la voluntad del Estado, etc., diferencias y situaciones que iban quebrando principios fundamentales del código civil..

3. —De tal manera que fue, precisamente, de la estrechez e incomprendión del código de donde nació la necesidad de suplir sus deficiencias con una legislación especial, regida por principios filosóficos distintos y fundada en postulados económicos, sociológicos y jurídicos diferentes que, como es natural, generaron una concepción del Derecho absolutamente nueva.

Del mismo parecer, en el fondo, es el comentarista chileno, profesor de la Universidad de Santiago y Presidente de aquel país, Dr. Arturo Alessandri Rodríguez, quien en sus conferencias dice lo siguiente al iniciar el curso de derecho Civil:

"DEFECTOS..... Muy atrasado se encuentra sobre el contrato de trabajo, en materia de arrendamientos, relaciones entre el criado y el patrón, investigación de la paternidad, hijos naturales, dementes, situación de la mujer en determinados casos, materias ya resueltas por las legislaciones más avanzadas, impregnadas en ideas de justicia muy diversas de las que reinaban en aquella época...."  
(ARTURO ALESSANDRI R. —Derecho civil, año 10. tomo I, p. 18. ed. Zamorano, 1936).

Después dice: "De las diversas disposiciones legales se desprende que el arrendamiento de servicios puede revestir cuatro formas distintas:

- 1o. arrendamiento de servicios inmateriales;
- 2o. arrendamiento de criados domésticos;
- 3o. arrendamiento de transportes, y
- 4o. contrato de trabajo.

.... De estas cuatro especies de arrendamiento de servicios el código reglamenta las tres primeras; no ha reglamentado el contrato de trabajo, que aunque presenta caracteres propios que permiten clasificarlo como un contrato independiente, en el fondo es una especie de arrendamiento de servicios. El contrato de trabajo está hoy regido por la ley 4053 de 8 de septiembre de 1924, y por la ley de empleados particulares" (la ley 4053 fue derogada al dictarse el código del trabajo sancionado por el general C. Ibáñez del Campo, en 1931, y puesto en vigencia por el propio Alessandri en 1933).

"Antes de la vigencia de estas leyes—continúa el autor—se le aplicaban por analogía los preceptos del código civil relativos al arrendamiento de criados domésticos, lo que era absurdo e injusto, sobre todo por los inconvenientes que acarrea para los obreros la libertad de contratar". (Alessandri: op. cit., año 2o. (de los contratos), p. 182).

4. —Sin entrar en detalles vamos a trascibir también lo que al respecto dice nuestro comentarista. Dr. Fernando Vélez:

"609..... El contrato de servicios de criados domésticos es consensual (art. 2046) .... Entre nosotros, generalmente, se celebran de palabra, y los criados se van de las casas cuando se les ocurre, o los patronos los despiden cuando no les conviene, sin que haya indemnizaciones, ni consecuencias legales ninguna".

"Lo dicha basta para dar idea de los derechos y obligaciones que se originan del arrendamiento de servicios materiales. Por esto, el capítulo que estudiamos sólo se ocupa en establecer la duración del contrato, comenzando por declararla temporal, para respetar la libertad del hombre". (Vélez: op. cit. tomo 7o. p. 471).

Un poco más adelante, en el número 611, afirma:

"De paso anotaremos que aunque el título que nos ocupa sólo se refiere a criados domésticos, sus disposiciones pueden quizás aplicarse por analogía al servicio de obreros asalariados, salvo disposiciones especiales sobre éstos" (p. 473, t. 7o.).

Un eminente civilista argentino, el Dr. Estanislao Zeballos, se manifiesta así: "Nuestro código no es tan viejo; tiene 50 años y en su espíritu y en su doctrina están resueltas las cuestiones que se refieren a los problemas del trabajo, que, en realidad, son simples cuestiones constitucionales y legales.

El código argentino resuelve y legisla las relaciones entre patronos y obreros en dos de sus títulos, combinándolos sabiamente, el de las obligaciones de hacer y el de la locación de servicios" (cita de Alfredo L. Palacios en "El Nuevo Derecho", — ed. Claridad, 1936, 40).

5. —Demuestra todo lo anterior que el concepto de los juristas, para quienes el sol, como para Josué, se ha detenido en su carrera, es unánime y que para ellos toda la ciencia jurídica está en los infolios bárbaros de los jurisconsultos romanos. Cujaccio, Justiniano, Ulpiano, Paulo, Papiniano, todos los autores antiguos (y mientras más viejos mejor) son los únicos depositarios de la ciencia y la verdad ni

la revolución francesa, ni el fatigante progreso de la industria, ni la pasmosa evolución del maquinismo, ni la guerra de 1914, ni todas las nuevas formas sociales y filosóficas, ni las nuevas concepciones jurídicas y económicas significan nada para ellos. Las fórmulas sagradas son inviolables y de inagotable sabiduría; en ellas está la solución de todos los problemas: sólo que el sentido esotérico que encierran es preciso buscarlo en palimpsestos milenarios.

6.—Conforme al sistema de nuestro código tenemos, pues, que desechar la teoría francesa de que el contrato de trabajo pueda ser un arrendamiento de cosas, entre otras razones porque, como afirma Josserand al combatir la tesis de Planiol y Ripert (tomo II, No. 1827), "esta asimilación del arrendamiento de servicios al arrendamiento de cosas procede de una visión arcaica y superficial que se comprendería en tiempo de la esclavitud porque entonces el trabajo era servil, pero que no cuadra del todo con las modernas ideas de libertad humana y de independencia de los trabajadores", (Josserand: op. cit., T. II, No. 1260, p. 659).

Además, las reglas particulares que instituye nuestro código no corresponden en absoluto a esta clase de contratos.

Lo mismo puede decirse de los contratos que comprenden los capítulos 8o. y 10 del título en estudio.

En cuanto al capítulo 7o., que se refiere a los criados domésticos, corresponde propiamente a lo que el artículo 1973 llama "prestar un servicio", operación suceptible de arrendamiento. Mas, como el mismo nombre lo indica, el obrero y el empleado no son criados domésticos en la acepción vulgar de la palabra y menos en el sentido jurídico de la misma ya que las consecuencias de los dos contratos son bien diversas, como distintos son también los servicios prestados por los arrendadores y la calidad en que los prestan.

De otra parte, si nos detenemos en el estudio de ese capítulo, encontramos justificado el reproche que Alessandri formula a la práctica instaurada en Chile a este respecto, la misma, como ya vimos que rige en Colombia; y vemos que sería absurdo someter a semejante estatuto a los obreros.

7.—El art. 2046 determina que el contrato de arrendamiento de criados domésticos puede ser por tiempo fijo o indeterminado, pero que en ningún caso puede estipularse más de un año como término; que la escritura puede renovarse indefinidamente, y que el tiempo se entenderá forzoso para ambas partes a menos de estipulación contraria

respetando con ello el principio que consagran los arts. 1494 y 1602 del Código Civil: la libertad contractual. Pero también restringe la extensión del tiempo de duración del contrato a cinco años "en guarda —dicen los comentadores— de la libertad individual" porque sin esa disposiciónaría constituirse la esclavitud consentida.

Extrañas paradojas las de esta obra portentosa que, pretendiendo salvaguardar los intereses políticos de las personas les restringe, les corta y les arrebata los simples derechos humanos! A qué sino a la servidumbre material, más odiosa ahora porque no se funda en principios divinos ni de sangre sino en meros, prejuicios económicos, equivale la fementida libertad de contratación? O es que los civilistas ignoran que hace muchos siglos apareció una ciencia llamada psicología y que en el siglo pasado los estudios científicos demostraron que existe una correspondencia fisio-psíquica de las funciones vitales; ignoran que el hombre no es libre contra sus necesidades primarias, no es libre de morirse de hambre?

Muy bien explica el fundamento científico y las consecuencias de la pretendida libertad de contratar el eminente profesor alemán Gustavo Radbruch cuando dice en su "INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO":

"El Derecho obrero constituye una reacción contra el espíritu del Derecho Civil. Este reconoce sólo "personas", sujetos jurídicos iguales que contratan entre sí mediante libres decisiones, por ambas partes; y nada sabe del trabajador situado en una posición de inferioridad frente al empresario. Nada sabe tampoco de la solidaridad del proletariado que compensa o nivela esta inferioridad del obrero individual frente al patrono; ni de las grandes asociaciones profesionales, que mediante sus contratos colectivos de trabajo —sobre las tarifas de éste— son quienes propiamente lo concluyen, sino que mira exclusivamente a los contratantes individuales y el contrato de trabajo singular. Nada sabe, por fin, de la unidad de asociación de la empresa: el código civil considera tan solo una multiplicidad de contratos de trabajo entre el mismo empresario y los diversos obreros —no ligados éstos unos con otros por ningún vínculo jurídico—, y no acierta a ver la índole de la empresa, como una unidad sociológica cerrada. Los árboles no le dejan ver el bosque. Ahora bien, la esencia del Derecho obrero consiste, cabalmente, en su mayor proximidad a la vida. No ve sólo personas, como el Derecho civil, sino empresarios, obreros, empleados; no sólo personas

individuales, sino asociaciones y empresas; no sólo los contratos libres, sino también las graves luchas económicas que constituyen el fondo de estos supuestos contratos libres.

"En el orden jurídico romano, la relación del trabajo se hallaba fundada sobre los derechos reales: el operario era un esclavo, una propiedad del señor, una cosa. Sólo un derecho que estaba acostumbrado a considerar al hombre como una cosa, podía aproximar —incluso en la denominación— el arrendamiento de servicios al arrendamiento de cosas. Por el contrario, la Edad Media fundó la relación de trabajo sobre los derechos personales: el deber de trabajo se desprende de la categoría personal; el vasallaje obliga a prestaciones personales para el señor, pero al propio tiempo concede frente a éste un derecho a protección y asistencia, creando así una mutua relación de fidelidad. Finalmente, la Edad Moderna apoya la relación de trabajo sobre el derecho de crédito, sobre el contrato libre. Esta libertad jurídico-formal de contratación significa ciertamente libertad para la parte económica más fuerte, para el patrono, el cual puede esperar hasta que se le solicite trabajo; pero de ningún modo para la parte más débil, para el obrero, el cual, contando sólo con el patrimonio de sus brazos y llevando el estómago vacío, tiene que aceptar el trabajo allí donde lo encuentra y tal como lo encuentra; tiene que someterse de grado o por fuerza a las condiciones que le ofrece la otra parte. Bajo la apariencia de libertad e igualdad en ambas partes, implica, en realidad, bajo distinta forma jurídica, el sistema superado de la servidumbre de los operarios; con la sola diferencia, en contra, de que tal sistema, si bien convertía a las distintas clases de siervos en una especie de propiedad del señor territorial, imponía a éste el deber de protección y asistencia para los hombres a él confiados; mientras que el sistema de libertad contractual (existente en apariencia) limita las relaciones entre el patrono y el obrero únicamente a los deberes contractuales mutuos, prescindiendo de todo fondo ético-social...".

"El sistema de libertad contractual ve en la relación de trabajo únicamente el cambio de dos bienes patrimoniales que considera homogéneos: trabajo y salario; desconoce, pues, que el trabajo no es un bien patrimonial como los demás, que al fin y al cabo no es algo distinto del hombre entero. Y en correspondencia con aquella idea, el sistema de libertad contractual estructura la relación de trabajo como si la fuerza de éste fuera una cosa y no un hombre" (G. RADBRUCH, op. cit. pgs. 114, 115).

El eminent abogado argentino Carlos Sánchez Viamonte, se produce sobre este mismo tópico en los términos siguientes:

"Por mi parte sostuve los principios del nuevo derecho, afirmando que, en todo este aspecto de la cuestión jurídico-social, el problema consiste en sustituir el concepto del Derecho Romano que hace del contrato la ley de las partes por el principio del interés y de la voluntad sociales, imponiéndose a los individuos y haciendo de la ley el contrato de las partes.

"La libertad—decía—es una realidad subjetiva y no existe en un espíritu presionado por la urgencia impostergable de la necesidad de vivir. En vano se argüirá con las viejas razones del derecho liberal, que, sin tener en cuenta la desigualdad de condiciones creada artificialmente entre el patrón y el obrero por el abuso de la fuerza, consolidando a travez del tiempo, pretende hacer ley de la voluntad de las partes manifestada en el contrato"".

"Voluntad de las partes" dicen ingenuamente los optimistas del derecho liberal, olvidando que en el contrato de trabajo la ley ha sido hasta hoy la voluntad de una de las partes; la voluntad del patrón". (Prólogo de la 2a. ed. de "El Nuevo Derecho", p. 16).

8. —Es, pues, todo lo que se deja dicho, una demostración de la razón que asistió a Marx cuando en *El Capital* afirma:

"El contrato por medio del cual el capitalista compró la fuerza de trabajo, probaba, por decirlo así, negro sobre blanco, que el obrero disponía libremente de sí mismo. Cerrado el trato, se descubre que éste no era un "agente libre", que el tiempo por el cual puede libremente vender su fuerza de trabajo, es el tiempo por el cual está obligado a "venderla". Marx: *El Capital*, t. I, cap. VII, p. 255).

Y es también un absurdo jurídico, filosófico y social, sostener la libertad de contratar mientras subsista la absoluta dependencia económica del trabajador. Ya volveremos sobre este punto más a delante. Por el momento respondamos a la objeción que salta inmediatamente: Si no se ha de destruir la actual organización cómo es posible remediar esta situación? Y los reformadores contestan: Por la intervención del Estado.

Pero, y el Estado con qué derecho interviene en relaciones puramente privadas, y menos para imponer condiciones al contrato de ciudadanos libres?

Hace ya un siglo que en Inglaterra, patria y asiento del liberalismo económico, exponía el fundamento de tal intervención un personaje a quien el capitalismo no podría tachar de revolucionario, disociador ni ateo: Fue precisamente Lord Macaulay, en oportunidad de defender la reducción de las horas de trabajo de catorce y dieciseis a diez y a doce, cuando este ilustre personaje pronunció la brillante exposición que vamos a transcribir aun a riesgo de hacernos largos.

Supone Lord Macaulay que algún diputado hubiera atacado el proyecto sobre habitaciones higiénicas presentado antes por el conde de Lincoln, y dice: "El propietario hablaría así, dirigiéndose al conde de Lincoln: "A su señoría no le gustan las casas que carecen de desagüe. Cree su señoría, que mis alcobas son sucias; nadie le obliga a dormir en ellas. Use su señoría de su libertad, pero no restrinja la de sus vecinos. Yo puedo hallar muchas familias que paguen gustosamente un chelín mensual porque les deje vivir en lo que su señoría llama un cobertizo propio para bestias. Y por qué no he de cobrar yo el chelín que quieren darmel voluntariamente?"

Y por qué no han de tener ellas, el abrigo que yo les proporciono por un chelín? Por qué envía, su señoría, sin mi permiso, a un hombre para que blanquee mi casa, obligándome así a pagar lo que yo no he mandado hacer? Mis inquilinos juzgan que la casa está bastante limpia para ellos, o si no, no hubieran sido inquilinos míos, y si ellos y yo estamos satisfechos, por qué se mete su señoría entre nosotros, hollando directamente todos los principios del libre cambio?".

"Estos razonamientos son exactamente los mismos del diputado por Sheffield. "Si el Conde de Lincoln —dijo Lord Macaulay en la Cámara de los Comunes— me permite que yo lo defienda, contestaré a la objeción de este modo: "Yo profeso la sana doctrina del libre cambio. Pero vuestra doctrina es una exageración, una caricatura de la sana doctrina. Nada tendríamos que ver con los contratos celebrados entre su señoría y sus inquilinos, si estos contratos afectaran sólo a intereses pecuniarios. Pero algo más que intereses pecuniarios está en juego. Concierne a la comunidad que no viva la mayoría de la gente de un modo que hace a la vida miserable y breve, que debilita el cuerpo y corrompe la inteligencia. Si por vivir en casas que parecen zahurdas no se peca contra gran número de ciudadanos de gustos groseros; si se han familiarizado tanto con la

suciedad, la hediondez y el contagio, que se esconden sin repugnancia en agujeros que revolverían el estómago a un hombre libre por costumbre, esto será una prueba más de que hemos descuidado nuestros deberes, y una razón más para que ahora los cumplamos".

Y concluye el político inglés: "Si no limitáis la jornada sancionaréis el trabajo intenso que empieza demasiado pronto en la vida, que continúa por luengos días, que impide el crecimiento del cuerpo, el desarrollo del espíritu, sin dejar tiempo para ejercicios saludables y para la cultura intelectual, y debilitaréis todas esas cualidades elevadas que han hecho grande a nuestro país. Nuestros jóvenes sobrecargados de trabajo, se convertirán en una raza de hombres débiles e innobles, padres de una progenie aun más débil e innoble, y no tardará mucho el momento en que la degeneración del trabajador afectará desastrosamente a los intereses mismos a que fueron sacrificadas sus energías físicas y morales". (El Nuevo Derecho, p. 43 y 44.

9. —Esto que en defensa de la reducción de la jornada de trabajo y de las habitaciones higiénicas para la clase proletaria puede de hacerse extensivo a la asistencia médica, al salario mínimo, a las salas-cunas, a las salas de maternidad, al trabajo de menores y de mujeres en las fábricas, y en general, a todos los tópicos que comprende le contrato de trabajo que de manera tan rudimentaria, como es extra su incorporación en los arrendamientos, reglamenta nuestro código civil.

Pero es que, como bien pudiera verse de la maravillosa síntesis que de la evolución de las formas del trabajo nos presenta Alfredo L. Palacios, tampoco es un atropello a la libertad lo que con las restricciones legales apuntadas se pretende, ni tampoco es una retrogradación de la cultura como demagógicamente, para combatir el comunismo, se predica a diario en catedrales y plazas, parlamentos y Universidades. Volvemos al período restrictivo de la Edad Media, es verdad, pero sobre "materiales históricos" diferentes, esto es seguimos una ley natural de evolución; como en todo, se cumple la ley del binomio de Newton, describimos una parábola perfecta.

10. —Esta tendencia a limitar la libertad económica no es una consecuencia filosófica de ningún sistema político ni jurídico; es el imperativo de leyes biológicas ineluctables. Ardigó sostiene que el respeto al bienestar y los derechos del prójimo nace de la conciencia, de la igualdad del valor de las fuerzas en lucha, de donde se

deduce que semejante conciencia no puede formarse, y por consiguiente tampoco producirse el respeto al derecho ajeno, sino allí donde la equivalencia existe. Sostiene igualmente que donde falte, la libertad individual da por fatal resultado la usurpación, la explotación del más débil por el más fuerte. Suponed —dice— dos hombres de fuerzas iguales; no hay necesidad, entonces, de ley que impida el perjuicio mutuo, porque el interés común les invita al comedimiento. Pero si las fuerzas de esos dos hombres son desiguales y los demás libres, el más robusto estropeará al más débil; si es antropófago, se lo comerá; si es pagano o plantador de las colonias, lo convertirá en esclavo, y, si, por fin, es capitalista, lo obligará a trabajar por él día y noche, a cambio de un miserable jornal.

Es la aplicación humana de las leyes físicas sobre las fuerzas, como consecuencia de ellas es la ley de Gresham en la economía monetaria.

Por lo demás, esa libertad tan amada de los detentadores de la riqueza no conduce, la historia lo demuestra, a las escenas dantescas que Carlos Kausky nos relata en su libro "Defensa de los Trabajadores", y a lo que con emocionantes palabras relata Aquiles Loria diciendo:

"Los hermosos y románticos valles del Derbyshire fueron teatro de horrorosos crímenes: vióse a miserables raptadores arrebatar los niños a sus padres y llevárselos por la fuerza a la fábrica, en cuyo secreto recinto sometíase a aquellos mártires a los más bárbaros tratos. A muchos de ellos, cuya edad apenas sí alcanzaba a tres o cuatro años, atábanlos a sillas, y se les obligaba al trabajo, y cuando el hambre convulsionaba sus miembros en el lugar de tortura, el látigo los reducía al silencio. Más de uno de aquellos desdichados puso término a sus sufrimientos dándose muerte, y el suicidio de los niños, que Esquirol declaró en su Tratado de las enfermedades mentales, imposible, convirtióse bajo la influencia de la libertad económica, en normal y frecuente fenómeno". (LORIA: Basi economiche della constituzione sociale, p. 41).

Pudiera muy bien argumentarse que tales horrores pertenecen a la historia. Pues no; tales horrores existen hoy, en pleno siglo XX, más atenuados quizás, pero reales y tangibles. Y más: con los mismos caracteres de barbarie pueden verse en algunas minas y en los campos, entre los aparceros o colonos. (Apuntes de una correría por Sumapaz de Luis Carrasquilla C.) (inéditos).

11. — Pero volviendo al título 26 del código civil, capítulo 7º, encontramos que el art. 2047 estatuye:

"Si no se hubiere determinado tiempo, podrá cesar el servicio a voluntad de cualquiera de las partes.

Con todo, si el criado no pudiere retirarse inopinadamente, sin grave INCOMODIDAD (subrayo) o perjuicio del amo, será obligado a permanecer en el servicio el tiempo necesario para que pueda ser reemplazado; aunque no se haya estipulado desahucio.

El criado que sin causa grave contraviniere a esta disposición, pagará al amo una cantidad equivalente al salario de dos semans".

Nuevamente topamos aquí con el aberrante principio de la libertad contractual, en el cual es preciso distinguir y precisar que de la cesación de este contrato, como es obvio, pueden seguirse perjuicios para las partes. La libertad del uno para hacer cesar el servicio cuando le parezca perjudica al otro contratante. En qué grado los perjudica?

Es claro que si el arrendador da por terminado el contrato el perjuicio será mínimo porque las agencias de colocaciones viven atestadas de desocupados, salvo casos especialísimos (como el de la nodriza encargada de la lactancia de un niño, etc); pero si el que hace cesar el contrato es el arrendatario, el perjuicio será incalculable porque aquel desocupado no solamente sufrirá (permítasenos decirlo así) el lucro cesante y el daño emergente, que consiguen a la desocupación, sino que se encontrará incapacitado para subvenir a sus necesidades personales y a las de su familia, con lo cual viene a constituirse en una carga para la sociedad y para el Estado.

De tal manera que, dentro del sistema del código y extremando la doctrina del art. 1614, en busca de un acomodo a la indemnización llamada hoy cesantía, se debería regular tal indemnización correlativamente al daño sufrido por la parte y, en consecuencia, cuando el contrato cesare por voluntad del arrendatario aquella indemnización debería ser mayor. No obstante no ocurre nada de eso en nuestra ley.

12. — Ya Antonio Menger, profesor de la Universidad de Viena, ha sistematizado los principios jurídicos del socialismo en sus obras "El Derecho civil y los pobres" y "El derecho al producto íntegro del trabajo", en la última de las cuales afirma que el dere-

cho privado ha tenido por base un concepto equivocado de las formaciones sociales y que su estructura es meramente clasista. Palacios ya citado, llama al código civil "el código del propietario". Sólo considerando así la ley, puede justificarse la monstruosa disposición que comentamos; es decir, que así mirado el código civil, es lógico el segundo inciso del art. 2047, ya que lo que consagra, ni más ni menos, es un absurdo derecho de retención sobre la persona del arrendador por un motivo casi de orden público: "si el criado no pudiere retirarse inopinadamente sin grave INCOMODIDAD DEL AMO".

Cómo es posible, cómo es justo que se pretenda justificar una disposición semejante? Y sólo, para mayor irritación, algunas páginas separan este atentado contra la libertad, esta negación de la individualidad humana, del art. 1602 que sirve de fundamento a los ricos para sostener un privilegio injusto!

El tercer inciso es la sanción penal del segundo.

— — — o — — —

13. —Pero es que nuestra legislación tiene una misma base y de consiguiente guarda una perfecta correspondencia. Así, encontramos en el C. de Comercio disposiciones concomitantes a las que dejamos comentadas, en el capítulo "De la preposición".

En efecto; el art. 445 de esa obra, por ejemplo, dispone que para dar por terminado un contrato a término fijo se necesita de causas legales, las cuales definen los arts. 446 y 447, en los cuales se presenta el problema de la prueba. Las causas legales para el patrón son: fraude, abuso de confianza, injurias, actos que, a juicio del juez de comercio, comprometan su seguridad, su honor o sus intereses personales. En cuanto al empleado, justifican la rescisión las injurias o actos ofensivos de su honor, su seguridad personal, o sus intereses, el maltratamiento de obra y la retención del salario en dos plazos continuos.

Pero lo que aparece exorbitante es el art. 449 que dice:

"No teniendo plazo determinado el empeño de los factores o dependientes con sus patrones, cualquiera de ellos podrá darlo por terminado, avisando al otro con un mes de anticipación. El principal en todo caso, podrá hacer efectiva, antes de vencido el mes, la despedida del factor o dependiente, pagándole la mesada íntegra".

Es claro que quien ha arrendado sus servicios no tiene otros me-

dios de subsistencia que su trabajo personal; por tanto no puede abandonar su trabajo sino cuando haya conseguido otra colocación, y para ocuparla, no le darán en ninguna empresa un plazo tan dilatado como el que prescribe el código. Así lo comprendió éste por cuanto en el segundo inciso de tal artículo, no concede la opción de indemnizar sino al patrón.

Es evidente que para esta rescisión no se necesita otra causa justificativa que la voluntad de las partes. El empleado nunca querrá ser despedido y no abandonará su trabajo sino cuando tenga segura otra colocación mejor, lo que el código no le permite. Luego estas disposiciones sólo tienden a proteger los intereses del patrón.

14.—El art. 451 presenta una incongruencia o un absurdo al relacionarlo con el 449 por cuanto éste abla del "EMPEÑO del empleado, esto es, de la entrega, el arriendo personal, en tanto que el 451 abla de mandato y da como causales o modos de extinción del arrendamiento de los factores y dependientes, los del mandato del C. Civil. No deja de ser una injusticia para con el obrero o empleado esta disposición ya que da mayores facilidades al patrón o empleador el carácter de mandato que el de arrendamiento para hacer cesar sin ninguna responsabilidad los servicios.

15.—El Dr. Fernando Vélez, comentando el capítulo 7o. del título 26 en referencia, además de lo que atrás dejamos visto, dice en el tomo 7o. de su obra:

"No. 614. .... El criado no debe retirarse inopinadamente, según lo dicho. Podrá el amo despedirlo cuando quiera sin responsabilidad ninguna? Sólo la tiene cuando se ha estipulado desahucio y cuando el criado ha sido contratado por cierto tiempo".

En el número 619: "INDEMNIZACIONES: .... El asunto carece de importancia entre nosotros, porque nunca se arregla en procedimientos judiciales, pues ni amos ni criados se acuerdan de la justicia en estos casos" (Vélez: op. cit., t. 7o. p. 477).

De todo esto que acabamos de transcribir se infieren claramente la importancia que se ha dado entre nosotros al problema que estudiamos y el criterio con que siempre se encara.

El comentario distinguido por el número 614 corrobora lo que tenemos dicho sobre lo injusto y parcial que respecto del obrero es el código civil. En cuanto al marcado 619, es una palmaria demostración del ningún interés prestado por los juristas al problema del trabajo y su radicación jurídica. La queja de que ni patronos ni obre-

ros se acuerdan de la justicia en tales casos, debo destruirla en lo que al obrero se refiere, con la crítica que Alfredo L. Palacios hace del absurdo consagrado en el art. 20 del C. C. argentino (igual al 90. del nuestro): la ignorancia de la ley no excusa la responsabilidad.

16. —En efecto; el obrero no puede recurrir a las autoridades en casos de litigio con los patrones porque ignora sus derechos, ya que, como dice Palacios, "La ley contiene fórmulas esotéricas para el pueblo. Necesitan intérpretes y los intérpretes cuestan caros. La complicación desesperante del enorme mecanismo que administra justicia, sólo favorece a los ricos en detrimento de los pobres".

Para los pobres las leyes de nuestras democracias se presentan en iguales condiciones que aquellas que un emperador romano hacía gravar en caracteres muy pequeños y a una grande altura para que el pueblo no pudiera leerlas.

Mas no es ésta la primera crítica que se formula a este postulado absurdo. Hace cuatro siglos escribía Vives en su obra DE CAUSIS CORRUPTORUM ARTIUM: "Dónde está la justicia del principio "ignorantia juris neminen excusat", siendo tantas las leyes y tan abultadas y dificultosas, que nadie podrá saberlas todas? Con ellas no trazáis una pauta benigna y paternal para conducirse en la vida, sino que tramáis emboscadas (insidia structis) a la ignorancia y senillez el pueblo (simplicitati populari)".

Y Menger sostiene que el Estado debe ofrecer al proletariado la oportunidad de procurarse con facilidad y de un modo seguro el conocimiento de las leyes. Cree que la administración de justicia resultaría menos perjudicial para el pobre, si el juez tuviese la obligación de instruirlo gratuitamente acerca del derecho en vigor y si pudiera intervenir espontáneamente después de presentada la demanda. Es claro que tal intervención debe ser para algo más que para "mejor proveer", como rezan los códigos. Esta fórmula, ampliada y regulada, produciría benéficos resultados, uno de ellos y quizás no menos importante que los demás, la supresión o disminución, siquiera, del parasitismo abogadil, pomposamente llamado profesional.

A esta necesidad del proletariado ha provista el gobierno mexicano con la institución denominada Procuraduría del trabajo, consistente en funcionarios encargados de vigilar el estricto cumplimiento de las disposiciones sobre cuestiones obreras, y de prestar sus servicios profesionales como abogados a los obreros reclamantes.

Altamente ilustrativo sobre la irreabilidad del principio consagrado por nuestro código en su art. 9o, es el caso humorístico que relata Alfredo Calderón en un artículo que publicó en 1880. Dice así:

"Un sujeto recibió una herencia sin acogerse al beneficio de inventario; acudieron los acreedores y practicada la liquidación, resultó el heredero deudor de una cuantiosa suma.

"Mal avenido con esto y deseando salir de la dificultad, consultó a un letrado. —Pero cómo no aceptó usted la herencia, le dijo éste, a beneficio de inventario?. —Porque no sabía que existiera semejante cosa, replicó la víctima. —Pues debiera usted haberlo sabido, porque todo ciudadano tiene obligación legal de conocer las leyes. —Pues, mire usted, tampoco sabía eso".

Esa es la fuerza del absurdo principio.

— — — o — — —

17. —Es igualmente absurdo el art. 2051 por cuanto establece que la inhabilitación para el servicio por una semana o más es causal para dar por terminado el contrato. Qué crítica necesita tan inhumana disposición? No salta a la vista que si el arrendador se imposibilita en el servicio es más que injusto, aberrante e indigno de la especie que por ese motivo se le despida y se le lance al hambre, a la miseria y quizás a la muerte si el caso es de enfermedad grave? Ni siquiera con los animales podríamos obrar en semejante forma. Por ejemplo, si recibimos en arrendamiento un caballo, debemos velar porque se conserve en las condiciones de servicio y de salud en que lo recibimos, y seremos responsables de nuestra negligencia en atenderlo y en prestarle todos los cuidados que requiera cuando enferma. Claro es que no tenemos o podemos no tener culpa en la enfermedad del animal, pero el hecho de estar en nuestro poder nos obliga a prestarle el cuidado que le prestaría el dueño y si por nuestro descuido muere, de su valor responderemos al arrendador.

Y sin embargo, cuando se trata de un obrero, la ley llama "causa grave", que justifica el despido del criado, a la enfermedad contraída en el servicio!

18. —Si me he esforzado por demostrar que el Código civil no contiene disposiciones que puedan aplicarse al contrato de tra-

bajo, no he querido sino evitar el que trayendo doctrinas extrañas pudiera argumentarse que eso ocurría en otros códigos mas no en el nuestro. Por el aspecto puramente doctrinario, bien claro lo dice el doctor Martínez Paz, vicerrector de la Universidad de Córdoba (Argentina), en su libro "DALMACIO VELEZ SARSFIELD Y EL CODIGO CIVIL ARGENTINO": ".....no hay para que esforzarse en demostrar que nuestro código no contiene nada que pueda llamarse una reglamentación de las relaciones que nacen del trabajo, pues su breve capítulo sobre locación de servicios, inspirado en los conceptos jurídicos que llamaremos clásicos, no ha tenido en cuenta ni siquiera lejanamente las complejas relaciones entre patrón y obrero" (cita de Alfredo L. Palacios, op. cit.).

El mismo presidente Roca en un mensaje al parlamento argentino afirmaba "Examinadas con honda atención las secciones del código civil en las cuales se ha estudiado sobre obligaciones, hechos actos jurídicos, contratos, se llega a la conclusión de que, por abundancia de reglas generales, sin la presencia de los casos y por indeterminación, falta de exactitud y referencia directa a los mismos, la vida del taller, de la fábrica, de la grande industria del día, no tiene en sus disposiciones una norma precisa, y ante la regla de aplicación de las leyes, según la constancia de autos o los antecedentes del proceso, todas las formas y modos de ejecución del contrato de trabajo, que no son los que nominativa y restrictivamente se denominan alquiler de servicio o de obra, escapan a su previsión y a su aplicación por los jueces y lo propio puede decirse de la responsabilidad por el daño que cause el accidente, pues en todo el conjunto de reglas de admirable previsión doctrinaria abstracta, no encuentra el juez, en el conflicto, el precepto claro y distinto que rija la materialidad y la realidad del hecho o caso producido". (A. L. Palacios: op. cit., p. 48).

19.—Como afirma Palacios, los códigos están viejos. Hay que rejuvenecerlos, hay que adaptarlos a la vida, orientándolos en el sentido de ampliar el germen de derecho socialista que en ellos existe para realizar sin conmociones el cambio de estructura social inevitable.

El individualismo es partidario de la mayor amplitud de la autonomía y de la libertad del individuo y la exageración de esos conceptos determina como lógica consecuencia la afirmación del YO absoluto, lo que Max Stirner llama "el individualismo amoral".

El siglo XVIII exaltó el individuo y produjo una reacción contra el despotismo absoluto, tanto político como religioso; su acción revolucionaria no se puede desconocer que fue benéfica y que representó un momento de evidente progreso para la humanidad. Pero ya no responde a las exigencias actuales; el siglo XIX se ha encargado de afirmar la solidaridad, demostrando que la libertad individual no basta para la realización de la justicia. Así pues, los códigos civiles inspirados en el individualismo, carecen hoy de fundamento filosófico que los adapte a las nuevas orientaciones del pensamiento, determinadas en gran parte por la realidad económica. Tales códigos se asientan en el ideal de un siglo feneido definitivamente, el cual puede resumirse así: "en filosofía, el individualismo, la autonomía de la voluntad, la teoría de los derechos naturales, absolutos e innatos; en jurisprudencia la tiranía de la letra y del espíritu de la ley, juzgada inmutable, la interpretación dogmática de la ley; y en política, la igualdad y la libertad absoluta, concebida como ideales de la democracia". "En pleno siglo XVIII", concluye Martínez Paz.

El viejo sistema, sostiene León Duguit, jurista comptiano, reposa sobre la concepción metafísica del derecho subjetivo; el sistema moderno, que yo no acepto sino en parte, se establece sobre el hecho de las funciones sociales, imponiéndose a los individuos y a los grupos.

### III

20.—Tenemos, pues, que no puede comprenderse el contrato de trabajo dentro de las disposiciones del título 26, capítulo 7o. del libro IV del Código civil.

Pero, ese contrato tiene algún fundamento positivo en nuestra legislación privada, fundamento que dé asidero a una reglamentación más completa y justa de las relaciones entre el capital y el trabajo, entre patronos y obreros? Efectivamente, sí. Esas relaciones se encuentran estatuidas pero no reglamentadas en un principio sustancial del C. Civil. El art. 1973 dice que el contrato de arrendamiento consiste en "que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o PRESTAR UN SERVICIO, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio, un precio determinado".

Como se desprende de lo que hemos estudiado, ese título 26 que trata del arrendamiento comprende ciertamente el contrato de

trabajo pero no lo reglamenta. (Hemos visto también que no es posible aplicarle a esas relaciones especialísimas, propias y particulares, las disposiciones de un contrato diferente, por analogía. Entonces nace el problema de la reglamentación: debe incluirse en el código civil o corresponde a una rama especial que deba tener una legislación particular?)

Sánchez Viamonte afirma que la primera dificultad que presentó la adopción de los nuevos principios jurídicos fue la de establecer la naturaleza del contrato de trabajo. Alemania, Holanda, Suiza, etc, optaron por la afirmativa de nuestro interrogante introduciendo el contrato de trabajo en el código civil como una forma especial de locación de servicios; Bélgica inició una disidencia con la separación legislativa, lo que implica un modo diferente de clasificar el contrato referido, asignándole un carácter distinto al de locación de servicios, teoría que pronto fue seguida por otros países, entre ellos algunos de América, como tendremos oportunidad de comprobarlo en seguida.

Estas dos tendencias tienen partidarios, como es natural, que las defienden y fundamentan eruditamente. Veamos algunos ejemplos:

21. —La industria moderna ha determinado nuevas necesidades y de consiguiente nuevas relaciones de derecho entre patrones y obreros, por cuanto el derecho tiene una base biológica y es en parte emanación necesaria de las relaciones económicas, y como éstas determinan frecuentemente el predominio social de una clase, el derecho refleja el privilegio impuesto a las clases desheredadas. Los códigos en vigencia tienen su fundamento en el régimen capitalista industrial y como es natural, los privilegiados defienden esos códigos, ese derecho, como defendieron el suyo los patricios en Roma y los nobles y el clero en la Revolución Francesa. Y como de esa lucha por el Derecho surgieron la ley de las XII Tablas y la Declaración de los derechos del hombre, así surgirá de la nuestra la Declaración de los derechos económicos fundamentales, y cuyo precursor es Antonio Menger.

De acuerdo con esta manera de pensar, Loria, que explica el derecho desde el punto de vista económico, afirma que la descomposición de la actual estructura económica debe determinar un período de crisis del derecho, crisis que parece ha sobrevenido después de la gran contienda universal de 1914. Es esta la consecuen-

cia de la doctrina de Marx, que debe aceptarse sin exageración, sin la unilateralidad en que incurren constantemente los que a sí mismos se llaman los discípulos más fieles, pretendiendo que todo el proceso humano se desprende brutal y fatalmente de una fórmula económica, y descuidando, por lo tanto, los factores biológicos y políticos.

Por lo que dejamos dicho y conforme a lo que adelante diremos, parece que Menger se inclina en favor de la incorporación de los derechos obreros en la legislación privada.

Porque —dice Menger— las instituciones democráticas han cambiado la relaciones de potencialidad en favor de las clases pobres, aunque, merced a la lentitud del desarrollo social, no se hayan manifestado todavía todas las consecuencias de ese cambio.

Como antes habíamos insinuado, para Menger el derecho privado actual descansa en un concepto de la respectiva potencialidad de las clases sociales que no es real; por lo tanto es necesario modificar el concepto de acuerdo con la potencialidad de esas clases. "Los pobres —dice— son una clase que, en virtud de los cambios industriales y de ciertas conquistas políticas, tienen poder, fuerza, y por ende deben tener derecho a que sus intereses vitales se respeten". Es necesario, pues que en virtud de esos cambios surjan instituciones nuevas que deben incorporarse, naturalmente, al derecho civil.

El jurista español, Adolfo Posada, traductor de "El Derecho Civil y los Pobres", llega en el prólogo a esta obra a las mismas conclusiones de Menger pero por distinta vía: para él, el fundamento de esas conclusiones está en un interés ético que tiene "valor jurídico absoluto". Para nosotros propiamente hablando no tiene interés el que ese fundamento sea ético, económico o político; lo esencial está en que las reformas tienen un fundamento.

Vemos, pues, que se va marcando en el mundo jurídico una nueva ruta que conduce a la consolidación de las conquistas democráticas del proletariado y a la instauración de un derecho, un régimen jurídico, con personalidad propia, que Radbruch llama Derecho obrero y que los socialistas argentinos denominan "derecho nuevo".

22 —Veamos ahora cómo otros autores, a diferencia de Menger y sus seguidores, sostienen la separación de la legislación social del derecho privado.

Gustavo Radbruch sostiene en lo obra que atrás citamos, que "la tendencia hacia un "Derecho social" va socavando cada vez

más la separación rígida entre derecho privado y derecho público, entre Derecho Civil y Derecho Administrativo, entre contrato y ley; ambos tipos de derecho penetran uno en otro recíprocamente, dando lugar a la aparición de nuevos campos jurídicos que no pueden ser atribuídos ni al derecho público ni al derecho privado, sino que representa un derecho enteramente nuevo, de un tercer tipo, a saber: el Derecho obrero" (RADBRUCH, op. cit. cap. V, p. 108).

Más adelante agrega: "Así pues, vemos emerger una constitución jurídico-pública del trabajo de las relaciones jurídico-privadas del mismo. La constitución de Weimar ha bosquejado esta materia diciendo: "Los trabajadores y empleados están llamados a cooperar en comunidad con los empresarios, y en un plano de igualdad jurídica a éstos, a la regulación de las condiciones de salario y trabajo, y a colaborar en toda la evolución económica de las fuerzas productoras: serán reconocidas las organizaciones de ambas partes y sus convenios. "..... Ahora bien, esas relaciones eran las de un contrato de servicios, esto es, las de un pacto de sumisión. A tenor de tal sistema jurídico, el empresario podía parafrasear la famosa sentencia de Luis XIV diciendo: "La industria soy yo". En cambio hoy, gracias a la ley de los consejos de fábrica de 4 de febrero de 1920, todo obrero puede decir con un cierto derecho: "La empresa somos nosotros". Esto entraña, pues una revolución mayor que la acaecida en 1789. Entonces, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano había expresado que la corona constituye un poder revocable, trasmítido por la nación para la utilidad de todos, y no para el propio beneficio del monarca; pero al propio tiempo había reconocido la propiedad privada como un derecho natural e imprescriptible, inalienable y sagrado; así pues, la corona aparecía como un cargo regulado por la constitución, la propiedad privada como un derecho reconocido por este. El rey absoluto había tenido que desalojar el trono para que lo ocupara el capital absoluto. Hoy se ha verificado el tránsito a una monarquía limitada del capital: todavía no, ciertamente, a un "régimen constitucional de fábrica", a una "democracia económica"; pero con razón se compara la ley de los consejos de fábrica con la organización municipal de Stein; pues en ambas se pretende por la cooperación educar en la corresponsabilidad, esto es, despertar y conservar un sentido de comunidad merced a la participación en la vida común. Puede decirse, con bella frase, que el súbdito económico ha devenido ciudadano econó-

mico. El empresario, empero, ha cesado de ser "amo", pues se halla limitado por las reclamaciones y por la cooperación de la representación de la fábrica, en actos tan importantes como son el despido de obreros y el establecimiento de una ordenación del trabajo. Precisamente, la ordenación del trabajo es singularmente característica para la enseñanza jurídica de la "constitución de la fábrica". (Radbruch, op. cit., ps. 118 y 119).

A pesar de las buenas razones de Menger, que son más propiamente la justificación sociológica y jurídica del derecho obrero, parece estar en lo cierto Radbruch cuando afirma, como vimos atrás, que el código civil quiere ignorar la multiplicidad de las relaciones jurídicas en el contrato de trabajo.

23. —De tal suerte que ante esta situación de hecho se imponía buscar una solución favorable a los intereses expliados, lo que dio por resultado que los juristas instituyeran una fórmula nueva; un patrón de contrato con las cláusulas mínimas que serían admisibles en guarda de la salud y del bienestar del trabajador, así como las referentes a su seguridad personal y profesional. De ahí las múltiples consecuencias del contrato de trabajo que han venido a limitar, no ya la libertad de contratar, sino igualmente la libertad de administrar las empresas industriales, no sin que antes haya sido necesario romper algunos principios jurídicos prestablecidos, tal como acontece con la teoría de la culpa sustituída por el riesgo profesional; la libre voluntad por la voluntad ficta o presunta, etc.

Según hace notar Marx con maravillosa precisión, al iniciarse la era industrial los capitalistas poseían el dinero que les habían dado el comercio y la usura; con ese dinero adquirían las materias primas y los útiles, como quien dice los elementos pasivos de la producción. Era preciso, ya destruido, en principio, el corporativismo del artesano, producir más para surtir los amplios mercados vacantes y de consiguiente faltaba el elemento activo, el productor, para conseguir el cual se hacia necesario: 1o., que los poseedores de la fuerza-trabajo dispusieran de ella; 2o., que no pudieran utilizarla por sí mismos; y 3o., que no pudieran vivir sin utilizarla. En una palabra, que carecieran de los instrumentos de producción de las garantías de vida que proporcionaban la esclavitud y la servidumbre, que fuese "libre".

He ahí la revolución francesa.

La capacidad de trabajar era una mercancía, pero los pactos

adicionales del Tratado de Versalles declararon que no era un producto cualquiera. Las constituciones de los estados se apresuraron a hacer declaraciones tendientes a garantizar trabajo al obrero y en subsidio medios de vida, todas muy semejantes a las de la constitución de Weimar que trascibimos antes. Nosotros acabamos de arribar a esa etapa mediante dos declaraciones de nuestra carta fundamental: "El trabajo goza de la especial protección del Estado" y "La Asistencia pública es función del Estado" (arts. 16 y 17 del Acto Legislativo No. 1 de 1936), disposiciones que aún no se han reglamentado pero que necesariamente habrán de sufrir un desarrollo inmediato y completo.

Por donde se viene en conocimiento de que, previas estas designaciones políticas, garantizadas algunas conquistas de aquellos que Menger llama derechos económicos fundamentales, el Estado tiene especial interés en reglar convenientemente las relaciones del trabajo y el capital, y como la armonía de esas relaciones, dadas las diferencias de los contratantes, no es posible sino con el contrapeso de la ley en favor del más débil, surge el contrato de trabajo como institución de derecho, o jurídica, como quiere Jellinek que se diga.

#### 24. —Pero, qué es el contrato de trabajo?

Ante todo, necesitamos hacer referencia a las dos tendencias legislativas que en este punto hemos distinguido: la alemana, que incorporaba el contrato de trabajo al código civil (antes de la revolución), y la belga que lo separaba del derecho privado.

En esta última es preciso diferenciar también dos direcciones incompatibles.

Algunas legislaciones siguen la tesis belga de que es preciso separar el contrato de trabajo del código civil, pero conservan el espíritu y casi la letra de tal estatuto en la reglamentación del contrato, tal como acontece con el Código del Trabajo de Chile, cuya definición del contrato de trabajo es exactamente la que de arrendamiento da nuestro código civil en su artículo 1973. Luego hacen la división del contrato en individual y colectivo, resultando incompatible la definición de éste último con la definición general.

Otras legislaciones por el contrario, al aceptar en su integridad los postulados filosóficos en que se apoya la teoría jurídica del contrato de trabajo, definen por separado el contrato individual y el colectivo, pero hacen obligatorio éste para la industria o región en que se celebra, de donde, precisamente, como anota Radbruch, nace

su fuerza y virtud jurídica y social, lo que no acepta en ninguna manera la otra tendencia, mera mixtificación del espíritu filosófico apuntado, e involucración demagógica de nombres.

Coinciden ambas tendencias en fijar el mínimo de condiciones que deben llenar los contratos de trabajo conforme a los principios generales, pero siempre sometido a la libre voluntad de las partes, en la una, y obligatorio incondicionalmente en la otra. Es obvio que la primera forma descaracteriza por completo el espíritu de la institución. Nuestra legislación (ley 10 de 1934) adopta una tesis intermedia pues supone o presume las cláusulas del contrato a falta de éste.

Como vimos al principio, para Josserand, "regido por un estatuto original, el contrato antes llamado arrendamiento de servicios, ha conquistado por sí mismo su autonomía; así ha llegado a ser contrato de trabajo y bajo ese nombre no evoca absolutamente, ni en la forma ni en el fondo, el recuerdo de un arrendamiento de cosas: los servicios asegurados por una persona no pueden ser colocados en el mismo plano de los que rinden las cosas y los animales" (Josserand, op. cit., tomo II, No. 1260, p. 659).

25 —Las cláusulas del contrato de trabajo son: trabajo que se ha de ejecutar, remuneración y término. No hay que distinguir entre trabajo material y trabajo intelectual; el salario no puede ser inferior al mínimo de la industria o región en que se presta el servicio; (Es muy característico de la falsa tendencia obrerista la definición del salario mínimo, como puede verse de la definición del código de Chile, cuyo artículo 44 dice: "Se entenderá por salario mínimo, aquél que no baje de los dos tercios ni suba de los tres cuartos del salario normal o corrientemente pagado en la misma clase de trabajo, a los obreros de las mismas aptitudes o condiciones, y en la ciudad o región en que se execute. "En tanto que la ley mexicana dice terminantemente: Art. 85. —El salario se estipulará libremente, pero en ningún caso podrá ser menor que el que, de acuerdo con las prescripciones de esta ley, se fije como mínimo.

Art. 95. —El salario es la base del patrimonio del trabajador y como tal no es susceptible de embargo judicial o administrativo, ni estará sujeto a compensaciones o descuentos fuera de los establecidos en el art. 91" (que trata de cuotas para sindicatos y cooperativas).

Art. 99. —Salario mínimo es el que, atendidas las condiciones

de cada región, sea suficiente para satisfacer las necesidades normales de la vida del trabajador, su educación y sus placeres honestos, considerándolo como jefe de familia y teniendo en cuenta que debe disponer de los recursos necesarios para su subsistencia durante los días de descanso semanal, en los que no perciba salario"; el contrato puede ser a término fijo o indeterminado, pero los casos en que puede hacerse en la primera forma están determinados taxativamente por la ley.

El patrón o empleador se obliga: a pagar el salario, a responder de la seguridad de los obreros, etc. (Josserand, op. cit. No. 1215).

Es nula toda renuncia de las garantías expresadas en el contrato de trabajo colectivo o en la ley.

El contrato individual de trabajo y el contrato colectivo o contrato de trabajo propiamente dicho, son distintos, o mejor, correlativos. El contrato colectivo se ajusta entre sindicatos, patronales y obreros, o entre éstos y los patrones individualmente; deben contener por lo menos: monto de los salarios, horas de trabajo, intensidad y calidad del trabajo, descansos y vacaciones, etc. (art. 47 del C. del T. de México); sus cláusulas se consideran incorporadas en los contratos individuales que se celebren durante su vigencia y obligan a todos los trabajadores de la empresa aunque no estén sindicalizados.

26. —La ley 4053 de 29 de septiembre de 1924, refundida en el decreto No. 178 de 13 de mayo de 1931 reglamenta en Chile el contrato de trabajo y lo define así:

Art. 1o. —Contrato de trabajo es la convención en que el patrón o empleador y el obrero o empleado se obligan recíprocamente, éstos a ejecutar cualquier labor o servicio material o intelectual, y aquellos a pagar por esta labor o servicio, una remuneración determinada".

Art. 3o. El contrato de trabajo puede ser individual o colectivo.

Contrato de trabajo individual es el que se celebra entre un patrón o asociación de patrones y un empleado u obrero.

Contrato colectivo es la convención celebrada entre un patrón o una asociación de patrones, por una parte, y un Sindicato o Confederación de Sindicatos, por la otra con el fin de establecer ciertas condiciones comunes de trabajo o de salario, sea en una empresa, o en un grupo de empresas".

Este es el tipo de la primera subclasificación de la tendencia belga.

La Ley Federal del Trabajo de los Estados Unidos Mexicanos, de 18 de agosto de 1931, dice en su

"Art. 17. —Contrato individual de trabajo es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra bajo su dirección y dependencia, un servicio personal mediante una retribución convenida".

"Art. 42. —El Contrato colectivo de trabajo es todo contrato celebrado entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos patronales, con objeto de establecer las condiciones según las cuales deba prestarse el trabajo".

Bien puede pensarse que estas fórmulas corresponden exactamente al arrendamiento que definen los códigos civiles. Mas no es así.

Ante todo, siguiendo los mojones que acabamos de sentar, es preciso distinguir entre estas dos legislaciones que hemos tomado intencionalmente para guiarlos en este estudio, por cuanto ellas tienen fundamentos diferentes, si bien, matatis mutatis, llegan a los mismos efectos protectores y garantizan similares derechos a los trabajadores.

La legislación chilena adoptó la tesis belga en cuanto a la separación de la legislación social del código civil, pero hizo de ella, de la legislación social una mixtura bastante generalizada hoy día consistente en adoptar la forma pero no los efectos ni el principio filosófico que los sustenta. Esta legislación no hace otra cosa que ampliar y reglamentar los principios generales del Código Civil, conservando sus postulados e ideales, su espíritu francamente individualista e industrial. A tal punto que las relaciones entre el capital y el trabajo se regulan con el criterio burgués (entendiendo este vocablo en su significación sociológica) de hacer diferenciación entre obreros y empleados, y así nos encontramos con que lo relativo a los obreros lo consagra en el título II del libro primero del código del trabajo ("del contrato para obreros"), en tanto que lo referente a los empleados particulares se encuentran en el título IV del mismo libro, bajo el rubro "Del contrato para empleados particulares". Esto se origina de que, siguiendo la legislación privada en el desarrollo de la ley, el contrato de los obreros tiene por fundamento el título del código civil que regla el arrendamiento, en tanto que el de los empleados se

basa en el capítulo de "los factores y dependientes de comercio", del código de la materia. Mejor aún se apreciará la diferencia y su fundamento como lo dejamos anotado, si se tiene en cuenta que las dos reglamentaciones fueron originariamente dos leyes distintas: la referida ley 4053 de 29 de septiembre de 1924, sobre contrato de trabajo (que se refería sólo a los obreros) y el Decreto-ley No. 857 de 11 de noviembre de 1925, sobre Empleados particulares.

Mucho habría que decir sobre las grandes y sustanciales diferencias que separan la reglamentación del trabajo de los empleados y de los obreros, pero para el efecto y en gracia de la brevedad, apuntaremos sólo las que se refieren al desahucio que se deben patrón y trabajador, sobre lo cual estatuye el Código del Trabajo de Chile diferencias de tiempo iujustificadas, así como el llamado derecho de "indemnización por años de servicios", nuestra cesantía, que apenas es concedido a los empleados particulares; los despidos son irrisoria e injustamente diferenciados, etc.

La ley chilena, pues, no consiste en otra cosa que en la separación y reglamentación del arrendamiento de servicios en una ley especial, esto es, si se me permite la expresión, no es sino la administración del Código Civil. Ocurre aquí el fenómeno que Ludwig Spiegel estudia admirablemente en su "Derecho Administrativo" cuando critica a Otto Meyer por su timidez para abordar los problemas que la evolución del Derecho ha lanzado fuera del Derecho privado: los tratadistas, y en nuestro caso los legisladores, no son capaces de desprenderse de los prejuicios jurídicos que las antiguas escuelas formaron como "hábitos mentales" en su espíritu, y no aciertan a adquirir una posición de definición programática.

La legislación mexicana, por el contrario, ha acogido en toda su integridad la nueva teoría jurídica y le ha dado forma y contenido. En ella encontramos el verdadero tipo del contrato de trabajo que nace, no de concesiones más o menos justas, sino del reconocimiento de derechos y como consecuencia de postulados sociológicos demostrados por la experiencia y por la razón. Dos detalles serían suficientes para demostrar esta afirmación, si no fuere suficiente lo que sobre el mismo punto llevamos dicho anteriormente:

Sea el uno la intervención que la legislación mexicana da a los obreros en la elaboración de los Reglamentos Internos de Trabajo (art. 101 del C. de Trabajo), en tanto que tan importante labor la confiere única y exclusivamente al patrón el código de Chile.

El otro detalle será el art. 80. de la ley mexicana que dice:

"Los derechos de la sociedad se ofenden en los casos previstos por las leyes y en los siguientes:

I. —Cuando declarada una huelga en los términos que establece esta ley, se trate de sustituir o se sustituya a los huelguistas en el trabajo que desempeñen sin haberse resuelto el conflicto motivo de la huelga, salvo lo que dispone el art. 275 de esta ley; y

II. —Cuando declarada una huelga en iguales términos de licitud por la mayoría de los obreros de una empresa; la minoría pretende reanudar sus labores o siga trabajando".

A este respecto nada dice la ley chilena.

27. —Hay en suma, entre las dos legislaciones, la diferencia muy clara de que en la una (la chilena) se trata de derecho público, es una ley administrativa la que reglamenta el trabajo, en la cual el Estado obra como autoridad, en tanto que en la otra (la mexicana) se trata ya de un estadio jurídico independiente entre el derecho público y el derecho privado: el DERECHO OBRERO; el Estado obra como sociedad constituida, como organización y estructura sociológica tutelar del individuo.

Y es evidente que una tal diferencia no puede menos que generar discrepancias en las consecuencias. Efectivamente, en la legislación chilena el contrato de trabajo no puede tener por sí mismo la virtud de engendrar otras relaciones entre el capital y el trabajo que las que lógicamente resultan del concurso de las voluntades, esto es, permanece en el período de la libertad contractual, y así, el seguro de vida, la indemnización por accidentes, etc., no tienen fundamento alguno justificativo, a no ser los convenios internacionales aprobados en la Liga de las Naciones o la liberalidad del capítulo industrial.

No ocurre lo mismo en el tipo de legislación que hemos tomado como representativo del Derecho genuinamente obrero, donde por el hecho mismo de la adopción de los modernos principios jurídicos se acepta la teoría del riesgo profesional y se rechaza la de la culpa delictual. En ella se arma lógicamente toda la poderosa máquina que emanan natural y virtualmente del concepto de Derecho que formaron las necesidades económicas y sociales del industrialismo y que, como dice Radbruch, "es una organización contra los peligros de la libertad contractual jurídico-formal, en el campo de las relaciones del trabajo; ora poniendo inmediatamente límites legales a dicha

libertad, gracias a preceptos "taxativos" o "imperativos" (protección del obrero); bien ligando el contrato individual del trabajo entre el patrono y el obrero a los contratos colectivos concluidos entre las asociaciones de empresarios y de obreros (contratos de tarifas); bien concediendo ineludibles efectos jurídico-públicos, al hecho del contrato de trabajo (como, por ejemplo, los deberes y derechos del seguro social y de la constitución de empresa); bien, finalmente, promoviendo el ajuste de contratos colectivos de trabajo, estableciendo medidas de previsión para el caso de que no se obtenga su ajuste y tratando de remediar la inseguridad de posición producida por la libertad contractual (bolsas del trabajo y asistencia a los parados)". (Radbruch, op. cit., p. 116).

28. —Aun fueran muchas las páginas que hubiéramos de escribir si nuestro estudio enfocara íntegro el problema de la legislación obrera (esfuerzo que en mejor oportunidad intentaremos), o si, siquiera, fuéramos a seguir el desarrollo completo del contrato de trabajo con todas sus consecuencias. Pero el carácter mismo de este trabajo parece indicar la improcedencia de esas investigaciones.

No es, pues, oportuno que nos ocupemos de problemas tan interesantes como son los de accidentes de trabajo, despido, paro o lockout, huelgas, seguro de vida, salario mínimo, etc., en su aspecto jurídico, problemas que en nuestro derecho positivo corresponden al Derecho Público Interno y que han sido fragmentariamente reglamentados, no siempre con acierto.

Pero sí debemos plantear siquiera el problema que hemos tratado a espacio en legislaciones que lo contemplan, frente a nuestro derecho. Qué tenemos, pues, nosotros en punto a contrato de trabajo?

29. —Con buena intención deberíamos decir que nada, absolutamente. Pero a fuer de estudiante de derecho, tenemos la obligación dizque de conocer la ley, muy a pesar de Juan Luis Vives y es por eso por lo que no nos es dado ignorar la ley 10 de 1934, lo que fuera mejor para nuestro buen gusto literario y para nuestras pretensiones filosóficas y jurídicas.

Pues bien ese estatuto en su art. 13 dice:

Todo contrato de trabajo con empleados particulares se extenderá por escrito, en papel simple, en dos ejemplares, para que conserve uno cada parte, y estará exento de los derechos de timbre y santidad. Este contrato, además de las estipulaciones que acuerden los contratantes, y que no contrarién la presente ley, contendrá: las espe-

cificaciones del trabajo a que se obliga el empleado, la cuantía de la remuneración y la forma y período de pago; la duración del contrato, las causales que lo hagan caducar durante su vigencia, y un certificado de salud expedido por un médico graduado escogido y pagado por el patrón.

"En caso de controversia, el contrato antedicho será plena prueba de las obligaciones respectivas.

"Parágrafo. —Los contratos que se hallen vigentes al entrar a regir esta ley, deberán hacerse constar por escrito y sujetarse a sus disposiciones, en un término de sesenta (60) días, a partir de la sanción de ella.

"Parágrafo. —La Oficina General del Trabajo redactará y publicará un modelo de contrato de trabajo de que trata esta ley, cuyos términos generales se observarán al hacer tales convenios, sin perjuicio de que las partes concluyan estipulaciones que no violen disposiciones legales. En caso de que no se haya firmado contrato, éste se presume celebrado de acuerdo con los términos del modelo publicado por la Oficina General del Trabajo en el DIARIO OFICIAL. Dicha entidad revisará, cuando lo estime conveniente, el mencionado modelo, con el fin de hacerle las modificaciones que la experiencia aconseje".

Esta es la maravillosa disposición que crea el contrato de Trabajo en Colombia!

Ninguna de las características del Derecho Obrero la distinguen, y ningunos efectos surte en la práctica por cuanto le falta el respaldo de una reglamentación juiciosa y científica. Y sin embargo, nuestros pobres capitalistas la han demandado y sufren y se desesperan porque en este país católico y apacible se va a entronizar el comunismo.

No será a ese paso como las doctrinas rojas destruyan nuestra incipiente formación económica que ni es capitalista ni es industrial: estamos apenas en la Edad Media y somos una sociedad feudal y una colonia imperialista.

La Asamblea de Antioquia, con nuestro concurso, dictó respecto de los empleados departamentales una disposición similar a la nacional. Y auncuando no representa nada en nuestras aspiraciones, tiene un significado y un valor subjetivo: que sentado el principio de que existe una institución jurídica que se llama "contrato de trabajo", reconocida por la ley, no faltará quien dé contenido y significa-

ción real y verdadera a esa inocua disposición de la ordenanza 20 de 1937.

30. —Este trabajo no tiene pies ni cabeza. Pero para terminar, quiero hacer una advertencia a manera de excusa y para relevarme de buscarle forma literaria, relataré una anécdota:

Cuando Alberdi, el creador de la nacionalidad argentina, publicó su "FRAGMENTO PRELIMINAR AL ESTUDIO DEL DERECHO", los viejos juristas exclamaron despavoridos: "Derecho?.... pues si aquí no hay ninguna ley, ni un texto, ni un comentario!...."

Y cuando el ilustre estadista, entonces apenas futuro autor de las famosas "BASES", visitó en su gabinete al sabio codificador Dalmacio Vélez Sársfield, éste, conduciéndole frente a unos enormes infolios revestidos ceremoniosamente de amarillento pergamo, le dijo, moviendo y removiendo uno de ellos: "Alberdi, este es Cujaccio; se lo muestro para que no se sepa que Ud. lo cita sin conocerlo siquiera por su tamaño".

Aplicad la moraleja!

