

EL ORIGEN CONTRACTUAL DE LA RELACION JURIDICA DE TRABAJO

SUMARIO :

- I. *Crisis del liberalismo y nacimiento del anticontractualismo político: La inserción y la ocupación en la empresa como sustitutivos del contrato. Doble dirección doctrinal: Teoría alemana de la "Arbeitsverhältnis" y teoría francesa de la "Institution".—II. Objeciones vigentes a la contractualidad de la relación jurídica de trabajo: El anticontractualismo jurídico: A) Objeciones que se refieren al contenido de la relación: 1.º El contenido de la relación jurídica de trabajo viene fijado, casi generalmente, por normas heterónomas: Contratos normados y contratos de adhesión. 2.º La relación jurídica de trabajo conserva su contenido incluso cuando el contrato originario es nulo o anulable. B) Objeciones que se refieren al origen de la relación: 1.º La obligación de trabajar, impuesta como deber social. 2.º La desigualdad de las partes impide que haya un propio y verdadero contrato. 3.º La obligación concreta de asumir determinados trabajadores, impuesta en ciertos casos por la ley.—III. Conclusión.*

I.

CRISIS DEL LIBERALISMO Y NACIMIENTO DEL ANTICONTRACTUALISMO POLÍTICO: LA INSERCIÓN Y LA OCUPACIÓN EN LA EMPRESA COMO SUSTITUTIVOS DEL CONTRATO. DOBLE DIRECCIÓN DOCTRINAL: TEORÍA ALEMANA DE LA «ARBEITSVERHALTNIS» Y TEORÍA FRANCESA DE LA «INSTITUTION»

Si nos preguntamos cuál haya sido, históricamente, la naturaleza del vínculo a través del cual han estado ligados quienes dan ocasión de trabajo y quienes lo prestan, parece que la respuesta más elemental y genérica sea decir que el mencionado vínculo fué primero

NOTA.—*Abreviaturas empleadas:*

D. Lab.: *Derecho Laboral*, Montevideo.

D. del T.: *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires.

Il D. del L.: *Il Diritto del Lavoro*, Roma.

(Continúa esta nota en la página siguiente)

real, después personal y, finalmente, contractual (1). Conviene, sin embargo, aclarar en seguida que esta situación contractual no era desde el principio situación de libertad, sino regulada con carácter heterónomo por un conjunto de normas de origen diverso que, por lo que se refiere al Derecho español, han sido profundamente estudiadas por el profesor Bayón (2). Sólo más tarde, con el triunfo de las ideas liberales, tanto políticas como religiosas, las relaciones

Nuova Riv. D. Comm.: *Nuova Rivista di Diritto Commerciale*, Padova, Pisa.

R. D. Priv.: *Revista de Derecho Privado*, Madrid.

R. D. Trab.: *Revista de Derecho del Trabajo*, Madrid.

R. G. L. J.: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid.

R. de T.: *Revista de Trabajo*, Madrid.

R. G. del L.: *Rivista Giuridica del Lavoro*, Roma.

R. delle Soc.: *Rivista delle Società*.

R. Dir. Comm.: *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, Milano.

R. D. Lav.: *Rivista di Diritto del Lavoro*, Milano.

R. Dir. Civ.: *Rivista di Diritto Civile*, Padova.

(1) Cfr. CATALÁ: «De la relación jurídica de las partes en el llamado contrato de trabajo», *R. de T.*, núm. 31, mayo 1942, págs. 445 y sigs. El autor, sin embargo, parecer situar el origen del contrato de trabajo en la época capitalista y es cierto que con este nombre aparece en la doctrina sólo en los últimos años del siglo XIX y en la legislación de los primeros años del siglo XX (véase DE BUEN: «Aspectos de la moderna dogmática de la relación de trabajo», en *Estudios en honor de Altamira*, Madrid, 1936, págs. 181, notas 12 y 13). Pero, independientemente del nombre, nosotros nos referimos aquí al momento en que la prestación forzosa de trabajo se convierte en prestación libre, y tal momento, por lo que respecta al Derecho español, ha sido fijado, naturalmente, con ciertas salvedades porque ya antes había trabajo libre y después ha subsistido trabajo forzoso, en una sentencia de 1168 que puso fin a un pleito sostenido entre los frailes de Sobrado y Pedro Muñoz y que se puede ver en la obra de GIBERT: *El contrato de servicios en el Derecho Medieval español*, Buenos Aires, 1951, pág. 18. «Con la situación que este documento revela —comenta el autor— nos hallamos en plena institución del contrato de servicios: libertad y remuneración.»

(2) *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1955. Cfr. BAYÓN Y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. I, págs. 67 y sigs.

laborales se abandonan a la espontaneidad y se elimina todo intermediario entre empresario y trabajador, como se había eliminado todo intermediario entre Dios y el hombre, y entre el Estado y el ciudadano (3). Las consecuencias de estos acontecimientos son de sobra conocidas. Se han escrito miles de páginas sobre los resultados del liberalismo jurídico y todos sabemos cómo la reacción contra él provoca de nuevo la intervención, siempre creciente, del Estado en el mundo del trabajo, precisamente porque la igualdad teórica que la libertad contractual suponía, no encontraba reflejo en la realidad y «es justo que una Ley imperativa proteja al débil y equilibre con su norma o su disciplina la libertad de una de las partes» (4).

Pero, al llegar a cierto punto, la intervención del Estado es tan importante y su presencia tan absorbente, que parece como si aquella autonomía de la voluntad, que se consideraba en la base de los negocios contractuales, se hubiese esfumado, y así la doctrina se encuentra de frente al problema de descubrir nuevas categorías que sustituyan al contrato, porque éste ya no resulta suficiente para constituir el origen y el reglamento de la relación jurídico-laboral. En este sentido, dos direcciones doctrinales han tenido especial resonancia: La teoría alemana de la *Arbeitsverhältnis* y la teoría francesa de la *Institution*.

En efecto, como es sabido, la Alemania nacionalsocialista tuvo como doctrina jurídica oficial la del retorno al Derecho germánico, separándose cada vez más del Derecho romano. Y entonces, en el deseo de reaccionar contra la fría construcción contractual trabajo-precio, la cual había llegado a eliminar todo vínculo no estrictamente patrimonial y había empujado a empresarios y trabajadores a considerarse como enemigos —autores hay para los cuales la raíz de la lucha de clases está en el concepto romano de relación de trabajo entendida como contrato bilateral de exclusivo interés patrimonial— la doctrina alemana encuentra en el propio Derecho me-

(3) BAYÓN Y PÉREZ BOTIJA, op. cit., pág. 79.

(4) VAN GOETHEM: «Limiti della libertà contrattuale nella disciplina dei rapporti di lavoro», R. D. Lav., 1950, parte I, págs. 268 y sigs.

dieval una construcción que parece plenamente aplicable a las relaciones laborales: La *Treudienstverhältnis*, *Treueverhältnis* o relación del servicio fiel. Ha escrito De Buen que mientras en Derecho romano el contrato de trabajo libre toma como modelo la esclavitud, al Derecho germánico «le sirve de tipo un contrato creador de relaciones personales, el *Treudienstvertrag*, que en los primeros tiempos es el celebrado entre el caudillo y su séquito, y en el que el hombre, sin renunciar a su personalidad, ofrece su servicio y alcanza, en cambio, un derecho a que el señor le proteja y represente. Así surge en el primer plano una relación análoga a la familiar, dominada por el principio de fidelidad mutua; de ella se derivan las respectivas obligaciones, incluso la del servicio» (5).

Es Gierke quien advierte esta semejanza y quien, por primera vez, se pregunta si la relación laboral será o no una situación de contrato, iniciando así una larga controversia sobre el argumento en la que interviene decisivamente Potthoff, y que encuentra en Siebert su culminación (6). La doctrina de la relación de trabajo, hoy superada, se ha desarrollado a través de una bibliografía abundantísima (7) y ha sido resumida con diversa claridad por una gran

(5) DE BUEN, op. cit., págs. 173 y sigs. El autor sigue la exposición de HUECK y NIPPERDEY, y hace notar, como ellos, que sin duda constituye un reflejo de ese modo de concebir la relación de servicios el hecho de que en Derecho inglés «la relación entre *master* y *servant* no suele tratarse en el Derecho de obligaciones, sino, al lado del matrimonio, la adopción y la tutela, entre los *rights in private relations*».

(6) BAYÓN: «Grandeza, crisis y renacimiento del laborismo alemán», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1957, volumen I, núm. 1, pág. 22.

(7) GIERKE: «Die Wurzeln des Dienstvertrages», en *Berliner Festschrift für Brunner*, Berlín, 1914. POTTHOFF: «Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis?», en *Arbeitsrecht*, 1922; págs. 275 y sig. «Denkschrift zum Entwurf eines Allgem. Arbeitsvertragsgesetzes», fascículo especial de *Reichsarbeitsblatt*, 1923; *Arbeitsrecht. Das Ringen um werdendes Recht*, 1928; *Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht*. MOLITOR: *Das Wesen des Arbeitsvertrages; Arbeitnehmer und Betrieb*, 1929; «La Nouvelle constitution allemande du travail», traducción de ROUBIER en *los Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, 5.ª partie, París, 1938; págs. 269 a 279. DENECKE: «Vermögensrechtliches oder

parte de los cultivadores del Derecho del Trabajo (8), que nos permiten construir el brevísimo esquema que sigue.

Se trata, sobre todo, de no asimilar la situación del obrero —que cuando trabaja para otros no compromete una cosa, sino que se compromete a sí mismo— a las otras situaciones de cambio que se ofrecen en el campo de las obligaciones patrimoniales. Así, para Gierke, la entrada del doméstico en el círculo familiar o la

personenrechtliches Arbeitsverhältnis», en la *Deutsches Arbeitsrecht*, julio-agosto 1934. WEIGELT, en *Arbeitsrecht und Volkstum*, enero 1934, vol. 5. SIEBERT: *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit*, Hamburg, 1935; «Arbeitsverhältnis und Vertrag», en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1936, 93; «Die Begründung des Arbeitsverhältnisses», en *Deutsches Arbeitsrecht*, 1937; *Das Wesen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit*, 1937; *Die deutsche Arbeitsverfassung*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1942, 2.ª Auflage; *Die konkrete Ordnung des Betriebes*, 2.ª edición, 1942; *Die Entwicklung des staatlichen Arbeitsverwaltung*, 1943. NIKISCH: *Die Grundformen der Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag*, Berlín, 1926; «Von Arbeitsverhältnis», en el libro de honor de Lehmann, 1937; «Der Anstellungsvertrag», en *Iherings Jahrbücher*, vol. LXXX, 1930; «Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis», en *Das Recht der Arbeit de Wolfgang Siebert*, Seite A, Berlín, Leipzig, Wien, 1941. (Se puede ver la recensión hecha por MOSSA en la *Rev. Div. Comm.* vol. XLI, 1943, parte I, pág. 66); *Das Arbeitsverhältnis im Betrieb*, 1944; «Individualismus und Kollektivismus im heutigen Arbeitsrecht», en *Recht der Arbeit*, marzo 1953, págs. 81 y sigs.; *Arbeitsrech*, Tübingen, 1951, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck); *Arbeitsrecht*, 2.ª edición, Tübingen, 1955; «Dienstpflicht und Arbeitspflicht», en *Festschrift für Nipperdey*, 1955, pág. 65.

(8) Especialmente interesantes son, junto a los estudios citados de BAYÓN («Grandeza, crisis y renacimiento...») y DE BUEN («Aspectos de la moderna dogmática...»), los siguientes: GIOVANNI ROBERTI: «Il rapporto di lavoro e l'azienda», en la revista *Il D. del L.*, tomo XIV, 1940, parte I, páginas 33 y sig. DURAND: *Traité de Droit de Travail*, vol. II, avec VITU, París, Dalloz, 1950, capítulo II de la primera parte, págs. 199 y sig. CORRADO Y COMBA: «Il rapporto di lavoro nel Diritto privato e pubblico», *Giappichelli*, Torino, 4.ª edic., 1956, págs. 91 y sigs. ALFRED HUECK: «Teoría del contratto e teoría del l'incorporazione», en *Nuova Riv. D. Comm.*, 1955, I, págs. 250 a 259. CARLOS GARCÍA OVIEDO: *Tratado elemental de Derecho social*, 6.ª edición, 1954, págs. 106 y sigs. JOSÉ MARTÍN BLANCO: *El contrato de trabajo*, edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1957, cap. II.

del obrero en el establecimiento industrial, hacen nacer relaciones humanas que no pueden ser sometidas a las reglas establecidas para los contratos patrimoniales (9), y «Potthoff considera que el Derecho del Trabajo no forma parte del Derecho de obligaciones, sino que es una parte del Derecho de personas, y desde el punto de vista sistemático llega a afirmar que en Derecho positivo alemán, el Derecho del Trabajo debe formar parte junto al Derecho de familia» (10).

Por otra parte, si se quiere abandonar la vieja idea del contrato, es preciso encontrar otro fundamento a la situación de trabajo por cuenta ajena. Y el pensamiento fundamental de la teoría de Siebert, pensamiento que, por otra parte, ya había expresado Molitor, es el de establecer la incorporación a la comunidad de producción —*Eingliederung in die Betriebs gemeinschaft*— como fundamento de la relación de trabajo. Siendo metodológicamente necesario destruir el contrato de trabajo tradicional para llegar a la plena formulación de la doctrina de la relación de trabajo, Siebert considera «que sería puramente formal y sin ningún valor práctico designar la relación de trabajo como un contrato en la acepción o sentido del término en Derecho civil. Y argumenta esta afirmación opinando que si a relaciones jurídicas, para cuyo fundamento es necesaria una voluntad convencional, quiere reconocérselas o identificárselas por el concepto de contrato precedente, este concepto sería así tan general y abstracto que no tendría contenido alguno» (11).

Matizando aún más, Mans concibe la fundación de la relación de trabajo como un negocio jurídico de «dos escalones» (*Zweistufen*), que se compone de un negocio de obligación y de incorporación a la empresa como acto de cumplimiento. Y según Nikisch, que todavía hoy mantiene esta dirección, si bien en su más moderna formulación, hay que distinguir entre contrato, incorporación y relación. Para él, el contrato de trabajo «no funda una relación de trabajo, sino que es un puro contrato del Derecho de las obligaciones, que obliga al empresario a la incorporación y al trabaja-

(9) Citado en DURAND, op. cit., págs. 201-202.

(10) MARTÍN BLANCO, op. cit., págs. 145-146.

(11) Idem ídem, pág. 158.

dor a la entrada al servicio de aquél. De aquél no nace, pues, pretensión alguna a la prestación de trabajo, al pago de la retribución, a la ocupación, a la fidelidad, a la previsión, etc., sino que su violación tiene por consecuencia sólo pretensiones al resarcimiento de daños». «La relación existe cuando el trabajador ha entrado en empleo o, en otros términos, cuando ha puesto su fuerza de trabajo a disposición del empresario y éste le ha incorporado, sin que sea necesaria la real prestación de trabajo» (12). «La subordinación del trabajador al patrono —ha escrito Molitor (12 bis)—, elemento característico del contrato individual de trabajo, cualquiera sea el concepto que se tenga de ella, no puede derivar de la simple obligación de cumplir el contrato, sino que sólo se realiza, esto es, existe, a través del cumplimiento mismo de la obligación, o sea, cuando el trabajador queda enrolado en la empresa del patrono.»

Como han puesto de manifiesto García Oviedo y Roberti, la doctrina se debe enlazar a la concepción nacional-socialista de la empresa como organización unitaria independiente de los varios sujetos que la componen y como unidad económica de producción que, puesto que realiza funciones públicas, sufre la intervención del Estado. Y como este elemento empresarial había sido absolutamente olvidado en la vieja *locatio operarum*, se piensa destruir el contrato de cambio y, en último término, toda relación contractual.

(12) MANS: *Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht*, vol. I; NIKISCH: *Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis*, págs. 67 y sig., y *Arbeitsrecht*, 2.^a edición, 1955, vol. I, pág. 146. Citados todos por HUECK en *Teoría del contrato*, cit. págs. 251-252 y nota 8. Véase también la nota 9, en la que se precisa cómo en el *Arbeitsrecht* de 1955 NIKISCH establece como deber del trabajador el de entrar al servicio del empresario, «pero no es del todo claro si la contraprestación del empresario sea sólo la incorporación del trabajador o se extienda también al pago de la retribución, por el hecho de que la fuerza de trabajo viene puesta a disposición (pág. 136) de modo que, no el deber de trabajo, sino el deber de pago de la retribución nazca del contrato de trabajo, mientras el deber de previsión surge sólo de la relación de trabajo como relación de comunión».

(12 bis) Cit. por DE LA CUEVA: *Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, 1959, tomo I, pág. 455.

«ya que se ha pensado que no es posible que de la única entidad productiva empresarial quedase fuera como contratante —y, por tanto, como portador de derechos propios que podrían estar también en contraste con los de la empresa— el trabajador, que es uno de los sujetos de la economía y uno de los factores esenciales de la producción» (13). Así, en esta comunidad de trabajo jerárquicamente ordenada, los intereses de los elementos personales no son antagónicos, sino comunes, porque los empresarios y los trabajadores no trabajan en su exclusivo provecho, sino en beneficio de la comunidad, ejercitando así una función pública, en la cual —y no en el contrato— se encuentra la justificación de la sumisión del trabajador al empresario (14). Entonces, identificada la relación de trabajo con la *Beschäftigungsverhältnis*, es decir, como relación de ocupación, resulta que no hay ya necesidad de un contrato para pertenecer a la empresa, sino sólo el de la realización efectiva del trabajo, y es esta ocupación de hecho el medio a través del cual el trabajador se inserta en la empresa o en la casa del empresario, haciendo así superfluo un válido contrato de las partes (15).

Es conocido el ascendiente que gozó en algunos sectores de la doctrina italiana y española la teoría alemana arriba resumida. Basta recordar, entre otros, y por lo que a Italia respecta, los escritos de Angelelli (16), de Arena (17), de Levi Deveali (18) y de Pu-

(13) ROBERTI: *Il rapporto di lavoro* cit. Cfr. GARCÍA OVIEDO, op. loc. cit.

(14) Cfr. DE BUEN, op. loc. cit.

(15) Cfr. VICENZO SINAGRA: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 3.^a ediz. Palumbo, Palermo, 1955, pág. 195. PIETRO GASPARRI: *L'azienda nel Diritto del Lavoro*, Cedam, Padova, 1937, págs. 3 y sig.

(16) ANGELELLI: *Principi di legislazione del lavoro*. Roma, 1938.

(17) CELESTINO ARENA: «Nuovi orizzonti di Diritto del Lavoro e dell'economia», en *Anales de la Universidad de Camerino*, vol. VII, 1934, páginas 227 y sig. Según este autor, la invasora legislación del estado y de los grupos, limitando la autonomía de la voluntad y la libertad de industria de competencia de contrato es una consecuencia de la evolución de la vida social, y la primera que se aleja de las directrices fundamentales del Derecho común civil es la relación jurídica de trabajo, cuyo elemento contractual se ha volatilizado al sustituirse el principio contractualista de Derecho privado por el principio normativo de Derecho público. Arena

gliatti (19). En España han sido particularmente significativas las

acusar también influjos de la teoría de la institución y partiendo del hecho de que el trabajo no es ya una mercancía llega a conclusión de que el Derecho del Trabajo no pertenece al campo de las obligaciones patrimoniales. «El ordenamiento jurídico del trabajo es más bien ordenamiento social de las personas en un sentido que veremos diverso, tanto del precedente carácter profesional clasista como —en mayor grado— del antiguo carácter de *status*, porque significa más bien Derecho de la organización personal de la empresa, que se basa sobre el derecho de ésta y lo transforma a su vez según las propias exigencias.» «La ley tutela la relación de trabajo de cualquier forma que haya nacido, no el contrato de trabajo que puede incluso faltar.» Y —siempre según ARENA— la subordinación del trabajador tiene origen normativo objético, social, no contractual privado: es más bien un estado de hecho sin que sea necesaria una originaria voluntad jurídica contractual.

(18) M. LEVI DEVEALI: *Il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1937. Partiendo de un acercamiento entre el *status familiae* y la posición profesional del ciudadano, DEVEALI encuentra (págs. 7-8) ciertas semejanzas entre las relaciones de familia y las relaciones de trabajo, notando, sin embargo, una sustancial diferencia, es decir, la inmutabilidad de aquéllas de frente a la mutabilidad de éstas. Pero, en ambos casos, hay una condición objetiva, una situación de hecho que el Estado tutela para lograr un fin superior. Y, así, «la relación de trabajo, sacrificada antes en el ámbito del contrato de arrendamiento de obra, que después se ha intentado ampliar al ámbito del contrato de trabajo, da hoy lugar, en el ordenamiento del Estado corporativo, a un modo de ser de los ciudadanos-productores, a un aspecto de su personalidad, por encima y por fuera del campo de los contratos; que tiende a alcanzar los fines egoístas de los particulares y sólo como tal viene tutelado por el Estado». La conclusión del autor es que «así como no se puede pensar en las relaciones de familia, como originadas por un contrato de familia, así parece hoy inoportuno considerar las relaciones de trabajo como consecuencia de un contrato de trabajo, el cual, allí donde existe, tiene solamente función de pacto accesorio».

(19) SALVATORE PUGLIATTI: «Proprietà e lavoro nell'impresa» en la *R. G. del L.*, 1954, I, págs. 135 y sig. Partiendo del hecho de que el Código civil italiano de 1942 dedica el libro V, no al contrato de trabajo, sino al trabajo como hecho social, y a través de los artículos 2.060 del Código civil y 35 de la Constitución, llega a la conclusión de que la relación es el centro de la disciplina jurídica creada por el Código, estudiando también las hipótesis no contractuales.

posturas de Polo (20) y de Legaz Lacambra (21). Más modernamente, Alonso García se ha revelado también como anticontractualista, si bien en la actualidad no mantiene ya aquella posición (22).

(20) ANTONIO POLO: «Del contrato a la relación de trabajo», en la *R. D. Priv.*, núms. 288 y 289, enero y febrero de 1941, págs. 1 y 80, respectivamente. Publicada la ley de bases de Ordenación sindical, tanto en ella como en el discurso de proclamación del Jefe del Estado, se apunta una idea que estaba ya latente en el Fuero del Trabajo: la superación del viejo tipo de relación contractual de trabajo, para sustituirlo con una *relación de trabajo* que nazca y viva con el espíritu de justicia y servicio que la da aquel Fuero. Tras resumir la doctrina alemana de la relación de trabajo, POLO se encuentra frente a la dificultad de encontrar un acto jurídico que sirva de fundamento a la incorporación a la empresa. Y es, según él, el acto de sumisión o sometimiento jurídico personal a la comunidad de explotación. Sobre la forma externa de esa sumisión, POLO nos da una solución precisa, y admite la aceptación expresa de las condiciones con juramento de lealtad, la incorporación física a la empresa, o bien un tercer procedimiento no bastante aclarado.

(21) LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Estudios de doctrina jurídica y social*, Bosch, Barcelona, 1940. Especialmente «La relación de trabajo», págs. 253 y siguiente. Después de negar el carácter contractual de la vieja *Treudienstvertrag*, afirma que el ingreso en la relación de trabajo se hará mediante la manifestación de aceptar las condiciones de trabajo y la promesa o juramento de lealtad. Otro opositor de la teoría contractual ha sido, en España, ANTONIO AUNÓS, que en la conferencia pronunciada el 14 de abril de 1944, en el Colegio notarial de Barcelona, y publicada en 1945 con el título de *El contrato de trabajo. Su origen, su evolución y su naturaleza jurídica*, defiende, aunque con poco rigor, la tesis de que el contrato de trabajo no es en realidad un contrato, sino una relación jurídica especial, de carácter público, que se parece más al acto administrativo que a la relación contractual de Derecho privado.

(22) En su artículo «La naturaleza jurídica del contrato de trabajo y el Derecho positivo español» (en la *Revista D. Lab.*, Montevideo, tomo VIII, números 39-40, junio-julio 1951, págs. 67 a 69), después de haber examinado las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del contrato y de afirmar que se adheriría a la del contrato *sui generis*, en el caso de incluir la figura del contrato de trabajo en la esfera de la contratación, sostiene que este concepto de contrato de trabajo es radicalmente insuficiente para englobar el tipo de relación que se establece entre empresarios y trabajadores. «Por encima de los tres elementos que constituyen los requisitos tradicionales del contrato —estipulados en el artículo 1.261 del Código-

Otra corriente doctrinal, cuyos límites con la anterior son generalmente difíciles de encontrar, se ha inspirado, más que en las doctrinas alemanas, en las doctrinas francesas, y encuentra su pun-

civil— existe alguno que no es posible ahogar entre las mallas estrechas de un esquema lógico-jurídico, ni siquiera de uno jurídico-positivo, usando esta terminología transida de filiación kelseniana...» «No basta con decir que el contrato de trabajo es un contrato autónomo. Es necesario percatarse de que esa autonomía —en el caso concreto del contrato de trabajo— le viene a éste de no ser un contrato.» (Págs. 78-79.) La construcción que el autor hace para demostrarlo nos parece artificial, en cuanto que sostiene que el motivo fundamental, razón y esencia, finalidad incluso de lo que la ley denomina equívocamente contrato de trabajo, es «la participación en la producción» (artículo 1.º de la ley del contrato de trabajo). Para ALONSO GARCÍA, «el contrato de trabajo es una relación de trabajo. Ni siquiera admitimos la tesis de PÉREZ BOTIJA, según la cual contrato y relación de trabajo no son términos antagónicos, sino que el contrato es el origen y la relación el contenido. El contrato —sostiene— es posterior a la relación... Es el «elemento formal» de que habla SAVIGNY, «aquel por el cual la relación de hecho se eleva a forma jurídica». Pero siempre esa relación de hecho existe con propia e independiente personalidad. Como hemos dicho ya, ALONSO GARCÍA no nos parece hoy defensor del mismo punto de vista, y así lo reconoce en su obra *Derecho del Trabajo*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1960, pág. 43 nota 20. Entre otros motivos porque es el autor del intento más serio de construir en España una teoría general sobre la extinción del contrato, y la ha hecho sobre la guía de BETTI, admitiendo por tanto la dogmática contractualista también en la esfera del trabajo. (Cfr. ALONSO GARCÍA: «La carencia de efectos jurídicos en el contrato de trabajo», en la *R. D. Priv.*, febrero, marzo, mayo 1956). También en su obra *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Barcelona, Bosch, 1958, páginas 352-353, aunque admite la posibilidad de una construcción extracontractual de la relación, afirma que «tiene mucha más importancia el cuadro de las manifestaciones contractuales de la relación jurídico-laboral, sobre todo porque en ella queda, como figura central, con todo su valor y significado, el contrato de trabajo». En su obra más reciente (*Derecho del Trabajo*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1960) revisa el autor sus anteriores criterios y, mientras por una parte escribe que «la relación jurídica laboral no tiene siempre su origen en un contrato» (pág. 13), las situaciones extracontractuales que analiza, son la dependencia administrativa (excluida por el art. 8.º de la ley de Contrato del trabajo), el trabajo forzoso (que, como el autor señala, no tiene naturaleza jurídico-laboral), las relaciones de los sujetos laborales con órganos administrativos (que no son propiamente rela-

to de partida en el concepto de institución, construído —como es notorio— por Maurice Hauriou (23).

Refiriéndose a aquellos contratos en los cuales es absolutamente necesario adherir a ciertas cláusulas que han sido ya establecidas, bien por los convenios colectivos o por los reglamentos de fábrica, había escrito Hauriou: «Tout cela n'est pas du véritable contrat individuel, parce qu'il est dans la nature de celui-ci que les volontés en présence scient dans une situation d'égalité et que les clauses puissent être discutées. Si cette situation d'égalité est modifiée, cela tient à des circonstances extérieures contre lesquelles la volonté des parties est impuissante et auxquelles l'une d'elles tuot au moins est obligée de se plier... on se heurte aux institutions sociales et à leur contrainte. Par conséquent, toutes les fois qu'on voit apparaître dans un contrat la *lex*, le caractère réglementaire, on peut affirmer qu'il y a institution sous roche. Quelquefois elle est toute formée... D'autres fois, l'institution est en voie de formation: ainsi les règlements d'atelier, les contrats collectifs de travail s'appuient sur l'institution grandissante de l'usine qui est destinée a devenir tôt ou tard un établissement d'utilité publique» (24).

ciones jurídicas de trabajo, aunque tengan carácter laboral, y que, en definitiva son efecto mediato de un contrato) y la que él llama situación jurídica previa de colocación obrera (de la que tampoco surgen los derechos y deberes característicos de la relación que estudiamos). Por ello no nos inclinamos a admitir que existan relaciones jurídicas de trabajo extracontractuales, e incluimos al profesor ALONSO GARCÍA entre los defensores del eclecticismo. Vid. nota 58.

(23) Se debe también hacer notar cómo el propio SIEBERT no ha escapado a la influencia de HAURIOU, circunstancia ésta que ha puesto de relieve nuestro maestro BAYÓN, según el cual el total pensamiento del autor alemán no queda completo sino en su «Die konkrete Ordnung des Betriebes», en que reconoce que su concepto sobre el ordenamiento de la empresa proviene de KARL SCHMITT a través del ensayo «Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens», Hamburg, 1934. Es, pues, con un fundamento doctrinal ajeno cómo SIEBERT explica su doctrina de la empresa, «utilizando en fin de cuentas las luminosas ideas de HAURIOU, deformadas para ponerlas al servicio del nacional-socialismo» (BAYÓN: *Grandeza, crisis*, cit., págs. 38-39).

(24) HAURIOU: *Principes de Droit public*, 2.^a edic. París, Sirey, 1916. páginas 207-208.

Partiendo, por otra parte, de su concepto de institución como «tout arrangement permanent par lequel, à l'intérieur d'un groupement social déterminé, des organes disposant d'un pouvoir de domination sont mis au service des buts intéressant le groupe, par une activité coordonnée à celle de l'ensemble du groupe» (25), se llega a la conclusión de que la empresa, que tiene un ordenamiento, una comunidad de personas y un fin que interesa a cuantos pertenecen a ella, y que, por otra parte, impone sus condiciones a los trabajadores, viene comprendida en la categoría de institución, en la que se entra a través de la inserción en su complejo. Así resulta que la clásica concepción contractual viene acercándose a la concepción institucional: «L'engagement de travail est en voie de l'instituer, et voici que le législateur se préoccupe de stabiliser les rapports entre patrons et ouvriers», como ha escrito otro importante formulador de la teoría institucional, es decir, Renard (26). Y Georges Scelle

(25) HAURIUO: *Théorie de l'institution*, París, 1930 (Citado por DURAND: *Traité*, cit. II, 1950, págs. 209-212). Según cuanto hace notar ANDRÉ HAURIUO en el Preface a *Précis de Droit administratif et de Droit public*, de MAURICE HAURIUO, XII edición, París, 1933, pág. VI, este autor había dado otras dos definiciones de la Institución: En los *Cahiers de la Nouvelle journée*, de 1925, y bajo el título «La théorie de l'Institution et de la fondation (essai de vitalisme social)», la definía así: «Une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures». Más tarde, en la undécima edición de los «Précis», describe así el fenómeno institucional: «Une organisation sociale quelconque est instituée lorsque le pouvoir de réalisation qu'il y a en elle est soumis, dans une certaine mesure à l'idée mère de l'entreprise, et par là a sa fonction, par une autolimitation que facilitent, d'une part, la mentalité générale répandue dans l'institution; d'autre part, des ressorts intérieures de l'institution elle même qui peuvent prendre des formes juridiques». Esta es también la definición que el autor repite en la XII edición de los citados «Précis».

(26) GEORGES RENARD: *La théorie de l'institution*, I, París, 1930. Sirey, pág. 420.

propone colocar un acto-condición en la base de las relaciones entre empresarios y trabajadores. «C'est par l'embauchage qu'un individu deviendra un salarié, un ouvrier, pourra effectuer les prestations de travail qui créeront pour lui une créance de salaire». Este *embauchage* será «la condition de l'utilisation de tous les pouvoirs légaux que les lois ouvrières utilisent pour la protection du salaire, de la santé, du repos... L'embauchage est l'acte condition originai-re» (27).

Sería injusto negar, en el actual momento del Derecho del Trabajo, los aspectos sugestivos de todas estas direcciones doctrinales que, preocupadas siempre por poner de relieve la profunda diferencia existente entre el contrato de trabajo y otros contratos de contenido patrimonial, que no afectan tan de cerca a la persona humana (28), han intentado separar absolutamente aquél de éstos y han llegado hasta la negación del origen contractual de la relación laboral, porque identifican el contrato con el liberalismo, cuyos efectos perjudiciales deseaban eliminar para siempre del mundo del trabajo. En el fondo de estas manifestaciones del pensamiento jurídico está generalmente la obsesión del antiliberalismo que, a nuestro juicio no con absoluta lógica, les lleva al anticontractualismo, porque ven en el contrato no sólo una forma jurídica capaz de encerrar en sí los más diversos contenidos, sino un instrumento de lucha entre intereses contrastantes, que proporciona siempre las ventajas a aquel de los contratantes que es económicamente el más fuerte. Y en la misma forma que se ha hecho la crítica del contrato social como inútil —desde el punto de vista de estas ideas— para explicar el origen del estado, se intenta también extraer la consecuencia de eliminar el contrato individual como origen de estas relaciones de trabajo. Es, en definitiva, una forma del llamado anticontractualismo político —por emplear la expresión de Baras-

(27) Cfr. DURAND, op. cit., págs. 209-210.

(28) Contra la opinión que considera característica de la relación de trabajo la inserción de la persona del trabajador, véase RENZO RAVÁ: *Introduzione al Diritto del Lavoro*, Milano, Giuffrè, 1958, págs. 13-14.

si (29)— que no puede ser admitida en la estricta visión jurídica del problema y que, también en el plano político sería discutible. En efecto, es hoy pensamiento consagrado en la política legislativa que no puede ser dejado al libre juego de las fuerzas en concurso la regulación de las relaciones a través del contrato, porque se ha demostrado que la libertad absoluta conduce al abuso de los prepotentes. La situación ideal, sin embargo, que todo pueblo persigue en la organización de su convivencia —y ninguna otra es la misión de la política— es una situación en la cual todos tengan las mismas posibilidades de desarrollar la propia personalidad, incluso a través del cambio de prestaciones y contraprestaciones. Para obtener esto, sería necesario modificar estructuras sociales o bien acudir en socorro de los débiles, para poner en su favor remedios legales. Esto último es lo que se ha hecho. Pero, en el puro terreno de la *lege ferenda*, no es aconsejable, siempre a nuestro modesto entender, suprimir los efectos dañosos que la libre autonomía de las personas ha producido en el mundo del trabajo, suprimiendo también esa misma autonomía, en vez de intentar estructurarla en forma favorable a una paz social.

Si se nos permite un ejemplo ilustrador de nuestra postura, podríamos aludir a cuanto ha ocurrido en nuestro propio país en relación con los «Convenios colectivos». Los profesores Garrigues, Polo y Legaz Lacambra, en las obras que han sido ya citadas y que intentaban todas construir una nueva dogmática del Derecho del Trabajo, sustituyendo la del viejo estado liberal, habían escrito, sin ningún paliativo, que los contratos colectivos han sido el mejor instrumento de la lucha de clases, y por ello fueron sustituidos por las Reglamentaciones Nacionales en el nuevo Fuero del Trabajo. Según Garrigues, los contratos colectivos, introducidos por la Ley republicana de inspiración socialista de 27 de noviembre de 1931, no tenían ya razón de ser, una vez desaparecidos los sindicatos horizontales. La crítica de Polo es particularmente dura, y Legaz llegó a afirmar que la idea del contrato colectivo responde a la desinte-

(29) LUDOVICO BARASSI: *Il Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 1957, vol. I, páginas 303 y sig.

gración de la empresa como consecuencia de las doctrinas liberales y marxistas. Pero el 15 de abril de 1958, las Cortes aprobaban la Ley sobre Convenios colectivos sindicales, precedida de un discurso del Ministro de Trabajo en el que se afirmaba: «Al advenir la Cruzada, el caos era indescriptible... Se explican las suspicacias, incluso la repugnancia que algunos nombres suscitan: Sindicatos, pactos colectivos... Mas no cabe confundir las formas auténticas con las degeneraciones espúreas; ni la prohibición temporal —con acierto impuesta para terminar el desorden—, con la condenación conceptual». Y más adelante: «El contrato enseñoorea los anales del Derecho privado y avanza sobre el público para sentar sus reales allá donde se considera al hombre como operario de su propio destino. No ha sabido todavía encontrar el hombre otro medio mejor para armonizar su libertad y la ajena requerido por las exigencias de su propia limitación» (30). Todo lo cual quiere decir que las instituciones formales no deben ser juzgadas por los resultados a que han dado lugar en un determinado momento histórico, porque —la experiencia lo demuestra— se puede, en vez de suprimirlas, adecuarlas a las nuevas exigencias de la vida.

Nosotros compartimos, en este punto, la opinión de Mossa, que encuentra en el fondo de las teorías anticontractuales, por la ley constante y lógica del absurdo, la exaltación del verdadero espíritu contractual, porque —según él— la idea social no está en el cortar las alas a la voluntad individual, sino, precisamente, en la exaltación de todas las libertades individuales, de todas las libertades de la persona. «Nos rebelamos —escribía francamente el autor— a concepciones que, aunque sea sin esta intención, aplastan la persona en nombre de la comunidad, mientras el ideal de nuestro Derecho es el de ascender al bien común por el bien de la persona (31).

(30) POLO, op. cit., págs. 14-15. LEGAZ, op. cit., pág. 250. El discurso del Ministro de Trabajo que se menciona en el texto puede verse en la prensa nacional del 16 de abril de 1958.

(31) LORENZO MOSSA: «Il Diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il codice sociale», en *IUS*, 1943; *Scritti giuridici in onore di L. BARASSI*,

También Bayón se ha pronunciado contra la supresión del contrato en nombre de una mal entendida política social. El contrato —ha escrito— «puede conducir, como toda situación jurídica, a abusos del fuerte sobre el débil. Que el Estado lo evite, pero que no se moteje al contrato de trabajo en sí como menos favorable a la dignidad humana que la «relación» nacida de la inserción en ese nuevo *Leviathan* de la empresa, pues el contrato es voluntad y libertad; es expresión propia de una personalidad humana, libre, digna. Al hombre para procurarle sustento y de forma permanente, no se le debe «insertar». Preferimos que «contrate» individualmente y colectivamente bajo la mirada vigilante del Estado» (32).

Además, la sustitución del contrato por el hecho de la ocupación en la empresa —llámese *embauchage*, *Eingliederung*, *inserzione* o *situación de enganche* (33)—, no parece muy convincente porque no está bastante claro como —en la generalidad de los casos y sin comprometer un posterior estudio de aquellas escasas hipótesis que pudieran constituir excepciones— pueda darse esta inserción sin dos actos de voluntad concordantes y complementarios, es decir, sin voluntad del empresario de ocupar al trabajador y sin voluntad de éste de ser ocupado (34).

páginas 162-163. Compruébese además que MOSSA no escribía lo contrario en 1935: *L'impresa nel ordine corporativo*, Firenze, 1935.

(32) GASPAR BAYÓN: *Grandeza, crisis*, cit., pág. 58. Véase también la opinión de MENGONI, *infra*, nota 42 *in fine*. En sentido sustancialmente similar, CARLO SMURAGLIA: «Il rapporto di lavoro tra il contratto e l'istituzione», en la *R. G. del L.*, año IX, fascículo I, enero-febrero 1958, página 28.

(33) «Situación de enganche» es el nombre que utiliza MARIO DE LA CUEVA: *Derecho Mexicano del Trabajo*, Porrúa, México, 1959, tomo I, página 479.

(34) PIETRO GASPARRI: *L'azienda*, cit., págs. 4 y sigs. «La teoría del contrato de trabajo como simple contrato de "asunción" en un ordenamiento *a se stante*, desarrollada en todas sus consecuencias, comportaría el abandono del trabajador, una vez asumido a la completa autoridad del poder soberano que gobierna la empresa. Ahora bien: aunque un elemento de subordinación sea connatural a la relación, la supremacía del empresario no es enteramente absoluta, sino que su discrecionalidad está

Así se explica como, en la misma Alemania, aun reconociendo, como hemos hecho nosotros, la importancia de esta actitud doctrinal que ha servido para introducir en la relación liberal elementos éticos y personales (35), y en consecuencia a humanizar el viejo cambio trabajo-salario, en seguida se han levantado opiniones contrarias, antes incluso de la caída del régimen político en que habían surgido estas direcciones «acontractualistas» (36). Y no sólo esto, sino que también la postura de los mismos que la habían defendido cambia de signo y, aun manteniendo la construcción de la *Arbeitsverhältnis* —aparte de todo, verdaderamente interesante—, no están muy convencidos de su incompatibilidad con el contrato

insuperablemente contenida dentro de las condiciones fundamentales en base a las cuales el trabajador ha consentido la propia asunción. Tan cierto es, que cuando tales condiciones no vengán respetadas, se reconoce al trabajador el derecho de resolver la relación con todas las indemnizaciones debidas para el caso de resolución provocada por el empresario.»

(35) MOLITOR: «Il diritto del lavoro in Germania», en *Il D. del L.*, 1951, I, pág. 106, asegura que ya en el Código civil de 18 de agosto de 1896, y en la legislación promulgada en el decenio 1880-1890 en materia de seguros sociales, se tienen en cuenta principios de carácter social. En el artículo 618 del B. G. B., por influencia de MENGER y GIERKE, se aludía a un deber de protección o asistencia en el arrendamiento de servicios (Cfr. BAYÓN: *Grandeza, crisis*, cit., pág. 21) y en la ley sobre el régimen nacional de trabajo de 20 de enero de 1934, el artículo 2.º, párrafo 2.º, impone al jefe de la producción el deber de cuidar el bienestar de sus dependientes y a éstos el deber de mantenerse fieles al jefe. La lealtad, la asistencia, el honor y la confianza marcan el espíritu que debe dominar la producción y deben informar los contratos particulares, como afirma también el Tribunal de Trabajo en su sentencia de 23 de marzo de 1945. (GARRIGUES, en *Archivio* cit., pág. 323. La ley se puede ver en el apéndice a la obra de SERRANO SERRANO: *El Fuero del Trabajo*, Valladolid, 1939. Hay un comentario de MANSFELD en *Die Ordnung der Nationalen Arbeit*, Berlín, 1941.)

(36) Cfr. MARTÍN BLANCO, op. cit., págs. 172 y sig., y EUGENIO PÉREZ BOTIJA: «Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo», en la *R. G. L. J.*, Madrid, julio 1942, págs. 13 a 15 y la bibliografía citada por ellos.

de trabajo, como elemento originario de la misma (37). También

(37) Así, el propio SIEBERT no insiste en su concepción y reconoce, en cambio, que en la base jurídica de la relación laboral hay un acuerdo de voluntad (En *Deutsches Arbeitsrecht*, 1937, págs. 307 y sig., citado por PÉREZ BOTIJA en el artículo mencionado. Cfr. también la colaboración de SIEBERT en el homenaje a NIPPERDEY, reseñado por BAYÓN en la *Revista de D. del T.*, 1955). Sobre la evolución oscilante de NIKISCH, véanse las págs. 52-53 del tantas veces citado artículo de BAYÓN que explica cómo recientemente aquel autor ha afirmado que la posición del trabajador en la empresa deriva de la coincidencia de voluntades manifestadas en los contratos de trabajo, si bien en su construcción subsisten elementos de la relación personal. Según HUECK (*Teoría del contrato* cit., página 253) «también NIKISCH admite que la completa falta de un contrato es casi inimaginable, puesto que si un trabajador viene incorporado sin un contrato precedente, hay en ello un tácito acuerdo de voluntad, es decir, un verdadero contrato de trabajo. Por ello limita la relación de trabajo que es solo real, prácticamente a los casos de contrato de trabajo nulo o impugnables». Particularmente significativa es la postura del mismo ALFRED HUECK, contractualista de primer orden en expresión de BAYÓN, que esquivo la polémica, admitiendo los dos términos de la misma, y después, si bien acepta aparentemente la ortodoxia nazi del trabajo y renuncia a su posición contractualista (hay en su *Deutsches Arbeitsrecht* de 1939 un capítulo titulado «Das Recht des Arbeitsverhältnisses»), consigue dar a la terminología oficial un contenido que no es el nuevo, sino el clásico, tratando de salvar los elementos del Derecho de obligaciones. «Asombra realmente —es el comentario de BAYÓN— la agilidad mental con que HUECK disfraza su doctrina inalterada con los ropajes de la nueva moda jurídica» (BAYÓN: *Grandeza, crisis*, cit., pág. 35. Véase también su opinión sobre el contractualismo de LOTMAR y SINZHEIMER). MOLITOR, en su artículo «Il Diritto del lavoro in Germania» cit., explica cómo el contrato de trabajo viene separado del Derecho de obligaciones y la relación laboral es concebida como una relación del Derecho de las personas. Por eso se considera que la relación laboral no surge con el contrato de trabajo, sino que la inserción del trabajador en la empresa, si bien —reconoce MOLITOR, pág. 109— la cuestión no puede ser considerada absolutamente pacífica. En fin, HERSCHEL, en un interesante artículo en que se presentan las probables líneas fundamentales de desarrollo del nuevo Derecho del Trabajo en Alemania («Entwicklungslinien des Arbeitsrechts», en *Bundesarbeitsblatt*, 1950, fascículo I, 9. y sigs. Recensión en la *R. G. de L.*, 1950, I, pág. 230) pone de relieve cómo se debe tratar de evitar tanto la prevalencia del Estado como la ilimitada libertad del individuo, y cómo, en

el proyecto de Ley sobre la relación de trabajo (*Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis*) que fué elaborado en 1938 por la Academia de Derecho alemán, afirma que la relación de trabajo es aquella relación de comunidad fundada sobre el honor, la lealtad y la asistencia, por la cual el trabajador coloca su fuerza de trabajo en la explotación o al servicio de un empresario y declara que el contrato de trabajo es el acuerdo por el que se estructura y funda la relación de trabajo (38).

«A nuestro modo de ver —ha escrito agudamente Martín Blanco— radica esta oposición en lo que es punto fundamental de toda crítica a dicha construcción doctrinal: la existencia indudable y la vigencia actual del concepto de contrato. Porque no es fácil ni posible desde el punto de vista técnico-jurídico construir una relación jurídico privada entre personas sin la existencia de un acuerdo de voluntades que la motive y vincule...» «Desechándose el contrato como causa creadora o generadora de la relación de trabajo, no se encuentra fácilmente figura jurídica alguna que, de modo pacífico, pueda calificarse desde el punto de vista técnico jurídico dentro de los tipos, no ya tradicionales, sino simplemente lógicos y posibles en todo supuesto de derecho» (39).

En el caso de la doctrina francesa de la *Institution*, la crítica parte de la constatación del carácter no absolutamente jurídico del concepto. Las más recientes opiniones sobre el particular ponen de relieve cómo esa doctrina «no ha conseguido jamás liberarse del todo de reflejos y presupuestos esencialmente sociológicos» (40).

consecuencia, no se debe admitir que el contrato de trabajo pueda ser del todo libre, pero tampoco que deba ser estatalmente determinado... El autor, pues, aun reconociendo la necesidad de las limitaciones, admite el contrato como medio de creación de relaciones laborales. Véase también su *Grundriss der Arbeitsrecht* 7-10.^a edic., pág. 77 (citado por HUECK en *Teoría del contrato* cit., pág. 252).

(38) Cfr. Parágrafo 1.º, apartado 2.º del Proyecto. Véase AGUINAGA TELLERÍA: *Derecho del Trabajo*, Gráficas González, Madrid, 1952, página 178, y MARTÍN BLANCO, op. cit., págs. 173 y sig.

(39) Op. cit., págs. 175, 177 y 178.

(40) Cfr. CARLO SMURAGLIA: «Il rapporto di lavoro tra il contratto e

En efecto, se diría que la institución no es una categoría *a se stante*, sino una situación que puede cualificar cualquier organización humana, pero que puede también no cualificarla. Si el mismo Hauriou ponía como elemento de su concepto, junto a aquellos otros de poder y órganos que lo ejerciten, una *comunidad* en la misma idea de todos los pertenecientes al grupo, es porque no consideraba institución toda organización, sino sólo aquellas en las que hay algo de común entre sus miembros. También ahora se reconoce que instituir significa alcanzar la vigencia de cierta idea en algún grupo, organizándolo de manera que tienda a conseguirla. Que en la empresa haya una común pretensión por parte del empresario y de los trabajadores es, sin duda, deseable y a veces incluso se encuentra algún caso en la realidad de los hechos. Pero llegar a la conclusión de identificar empresa-institución es ir más allá de los conceptos originarios (41), y declarar sin examen de la realidad que por encima de las pretensiones

l'instituzione», en la *Rivista Giur. del Lav. e della Previdenza sociale*, 1958, fascículo 1, pág. 20, nota 3.

(41) Institucionalistas generalmente citados son ASQUINI («Profili dell'impresa», en *Rv. Dir. Comm.*, 1943, I, pág. 1), M. F. RABAGLIETTI (*Introduzione alla teoria del lavoro nell'impresa*, Milano, 1956), etc. Pero su concepto de institución se parece demasiado al de organización, de entidad, sin aquel importante elemento espiritual que se resume en la «comunidad» de los creadores del institucionalismo. Y, entonces, a nuestro entender, resultaría que el fin que persiguen las nuevas doctrinas sobre el origen de la relación de trabajo quedaría traicionado, porque en aquellas organizaciones patrimoniales o comerciales se puede perfectamente entrar por vía contractual, y este contrato puede perfectamente ser uno de tantos en el que Derecho de obligaciones, sin los elementos éticos que se trata de buscar siempre con más intensidad. Véase a propósito de esa identificación entre institución, entidad, organismo, WALTER BIGIAMI: *La piccola impresa*, Giuffrè, Milano, 1947, págs. 105-106, y como institucionalistas citados por él, ROMANO, FERRERA, CESARINI, SFORZA, GRECO, VALERI y MESSINEO. Más recientemente, GUSTAVO MINERVINI en el ensayo «Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata», extracto de la *R. Dir. Civ.*, Cedam, 1958, págs. 14 y sigs., hace notar el retorno de la consideración institucional de la empresa y cómo la resistencia a tal dirección es, por otra parte, maciza y provista de sólidos argumentos.

de las partes (es decir, por encima del deseo de satisfacer los intereses particulares de cada una de ellas) hay una idea aglutinante que absorbe a entrambos, es una cuestión de hecho que, con carácter general, es prácticamente indemostrable. Por eso, porque el trabajo por cuenta ajena no siempre se presta en la institución —ni siquiera en la empresa— no se puede hacer a aquélla centro de una teoría que intente eliminar el contrato del mundo del trabajo (42).

Pero es que aún hay más. Porque cuanto nosotros hemos dicho a propósito del *embauchage*, considerándolo insuficiente para fundar el ingreso en el cuerpo institucional, se puede también deducir del pensamiento de Renard, generalmente citado entre los defensores de la institución y que lo es ciertamente. Pero el hecho de defender la institución no obliga a eliminar el contrato. Y Renard ha escrito literalmente: «Il n'existe point de frontière brutale entre le contrat et l'institution; les preuves en abondent...» «La famille et le mariage nous ont offert un exemple décisif de l'alliance ou plutôt de l'interpénétration du «contractuel» et de l'«institutionnel»; je l'ai développé avec insistance et j'y suis revenu à diverses reprises, parce que la crise de la famille et du mariage est le centre de la question sociale et qu'il n'est pas

(42) Véase LUIGI MENGONI: «Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa» texto della 4.^a lezione tenuta alla XXXI settimana sociale dei cattolici d'Italia, Bari, settembre 1958, en *Rivista delle società*, julio-octubre, págs. 689 y sigs. MENGONI, que admite la empresa como institución, presenta una actitud particular, ya que distingue entre empresa y empresario, cuya confusión es considerada por FANELLI (citado por MENGONI, nota 54) como una consecuencia inevitable de la concepción institucional de la empresa, y se niega a abandonar el concepto que configura la relación entre empresario y trabajadores como relación entre dos partes contrapuestas, injertado en una situación de conflicto de intereses. «Este no es un concepto reaccionario y ni siquiera marxista: es, simplemente, la constatación de una realidad connatural al actual sistema económico. Marxista es sólo la valoración de tal realidad como un antagonismo absoluto e irreconciliable, tal de no poder ser resuelto si no mediante la destrucción de una parte y la identificación de la otra con el Estado.»

d'erreur juridique plus pernicieuse que de reduire l'union conjugale au contrat ou de méconnaître l'élément contractuel qu'elle implique.» Según él, existen combinaciones entre las dos categorías, la cuarta de las cuales, en su clasificación, sería el *glissement* de una hacia otra. Como ejemplo de institución que ha ido convirtiéndose en contrato, cita el servicio doméstico, y en cambio, como ejemplo de situación que de contrato *glisse* en la institución cita precisamente la de los trabajadores asalariados. «Mais —continúa— je vous en prie une fois de plus, a n'outré passez pas mon raisonnement. Il ne s'agit pas plus d'abolir le contrat de travail, que l'élément contractuel du mariage... la justice distributive ou générale ne renverse pas la justice commutative en l'ordonnant à un principe qui la dépasse; elle la discipline en vue de lui faire produire son meilleur rendement, dont elle serait incapable, abandonnée à ses seules ressources; elle fait apparaître que le contrat de travail est engagé dans une institution. Il n'y a point —pardon de me répéter!— effacement d'un principe devant un principe contraire» (43). «L'engagement de travail changera de caractère. "Contrat institutionnel" et non plus simple contrat producteur d'obligations» (44).

Estas mismas ideas son las que aplica Renard cuando se plantea el problema de determinar si el matrimonio es una institución o un contrato (45). «Il faut en conclure que les mots *contractus*, *pactum*, *conventio*, *consensus*, lorsqu'ils sont appliqués au mariage, signifient tout simplement que l'union ne peut se former sans un libre accord de volontés. Aujourd'hui, la nécessité de cet accord ne se discute plus; et nous avons peine à nous rendre compte du crédit qu'eurent à un moment donné, dans l'Eglise, les erreurs contre lesquelles ses docteurs ont dû dresser la théorie contrac-

(43) GEORGES RENARD: *La Théorie de l'Institution*, vol. I, Recueil Sirey, Paris, 1930, págs. 436, 441, 442, etc.

(44) RENARD, op. cit., Addenda, pág. 614.

(45) GEORGES RENARD: «Qu'est-ce que le mariage- Institution ou contrat?», en los *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, Modena, 1931, vol. II, págs. 346 a 358. Véase especialmente págs. 357-358.

tuelle (46). D'autres opportunités se sont révélées depuis lors, qui certes n'autorisent point à négliger le point de vue du consentement et du contrat, mais qui portent à mettre en relief le point de vue complémentaire; c'est l'intérêt de la théorie de l'institution pour le maintien et la défense de la famille par le droit...» «La nouvelle théorie de l'institution... n'abolit point le caractère contractuel du mariage; elle le complète et le tempère.»

Y estas son, efectivamente, las ideas que han tenido un eco más amplio en la doctrina, la cual, en su mayor parte, no encuentra incompatibles contrato e institución (47).

(46) RENARD cita a este respecto los testimonios de San Ambrosio: «Non defloratio virginitatis facit conjugium, sed pactio conjugalis», y de San Juan Crisóstomo: «Matrimonium non facit coitus, sed voluntas» (PESCH: *Compendium theol. dogm.*, t. IV, 1914, pág. 263). En contra, véase DUALDE GÓMEZ: «Los imperativos contractuales», en el *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1949, págs. 527-529, donde se mantiene una pintoresca tesis sobre el argumento.

(47) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, prólogo a la primera y segunda edición de la obra de PÉREZ BOTIJA: *El contrato de Trabajo*, Madrid, 1945 y 1954. En la segunda edición véase especialmente la pág. 15. EUGENIO PÉREZ BOTIJA: «Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo», en la *R. G. L. J.*, julio 1942, pág. 10. Defensor, en algún sentido, de la teoría de relación institucional, reconoce que su origen es un negocio jurídico contractual. JUAN MENÉNDEZ PIDAL: *Derecho social español*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, págs. 220 a 225. Hacer notar cómo LOTMAR había ya concebido la relación laboral, pero dentro del contrato, debiéndose la evolución a la doctrina posterior; el autor, sin embargo, considera posible la coexistencia entre contrato y relación o institución. PERGOLESÍ: «Sull'oggetto del Diritto del Lavoro», en la *Rev. Il D. del L.*, 1955, I, pág. 28: «La relación de trabajo nace con el contrato y vive en la institución». LUIGI ADOLFO MIGLIORANZI: «Il rapporto di lavoro nella sua evoluzione», en los *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, vol IV, edit. Zanicheli, Bologna, 1953, páginas 291 y sigs., y en la *Rev. Il D. del L.*, 1951, I, págs. 73 a 82. Véase especialmente pág. 74: «La relación de trabajo, una vez constituida se desarrolla en ese organismo unitario que es la empresa... Situación institucional derivada, la cual presupone la conclusión de un contrato y que se añade, pues, a la situación contractual originaria.» PAOLO GRECO: «Il contratto di lavoro», en el *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido

Así, pues, nada de ocupación de hecho en la empresa. Siendo necesario, también para ésta (al menos para que tenga efectos jurídicos, porque ningún derecho es reconocible a quien trabaja en la

por Vassalli, vol. VII, tomo 3.º, Torino, 1939, págs. 164-165: «No subsiste la incompatibilidad insalvable entre la idea de la institución y la del contrato, tratándose de dos cosas diversas que en absoluto se excluyen recíprocamente...» «El contrato puede bien representar la causa de nacimiento o de incremento de la institución.» DURAND: *Traité de Droit du Travail*, vol. II, avec VITU, 1950, págs. 199 y sigs: «La difficulté est de définir les rapports du contrat et de l'institution...» «Deux raisons paraissent imposer, en Droit du travail, la combinaison du contrat et de l'institution. En premier lieu, il ne suffit pas de constater l'adhésion à l'institution. Encore faut-il en rechercher la cause: l'obligation d'entrer dans la communauté. Cette cause se trouve normalement dans un accord de volonté, et l'on ne voit pas pourquoi cette convention, creatrice d'une obligation, ne mériterait pas le nom de contrat.» En segundo lugar, el contrato, «même sous une législation impérative, permet d'instituer, au profit des salariés, un régime plus favorable que le statut de droit commun...» «Entre l'institution et le contrat, il n'y a donc pas d'opposition.» Y todavía: «Le rapport d'origine contractuelle demeure la situation-type.» LORENZO MOSSA: «Il diritto del lavoro, il diritto commerciale ed il codice sociale», en *IUS*, 1943, scritti giuridici in onore di L. BARASSI, página 163: «Contrato, pues, es lo que está en la base de la relación de trabajo.» MAZZONI: *Il contratto di lavoro nel sistema del Diritto italiano del Lavoro*, Firenze, 1952, págs. 245-246, se adhiere a la teoría de no considerarles incompatibles, considerando esta tesis como sugestiva y más correspondiente a la realidad social. AGUINAGA TELLERÍA: *Derecho del Trabajo*, Gráficas González, Madrid, 1952, pág. 178: «Relación y contrato no son términos antagónicos, sino complementarios.» ALFRED HUECK: «Teoría del contratto e teoria dell'incorporazione», en *Nueva Riv. Dir. Comm.*, 1955, I, págs. 250 y sigs.: «El contrato de trabajo es el acuerdo de voluntad que funda y forma la relación de trabajo.» Particularmente interesante, en este punto, es la opinión de JOAQUÍN GARRIGUES («Il rapporto di lavoro secondo il Nazionalsindicalismo spagnolo», en el *Arch. di St. Corp.*, vol. X, Firenze, 1939), generalmente citado entre los anticontractualistas. Como hemos ya dicho en el texto, la doctrina alemana supone un retorno al Derecho medieval, y el profesor español intenta también demostrar que las líneas tradicionales de aquel Derecho son las que sigue el nuevo concepto de relación de trabajo en España (GARRIGUES escribe inmediatamente después de la publicación del Fuero del Trabajo, *Carta fundamental del Nuevo Estado*). Según él, la recepción del Derecho ro-

empresa sin conocimiento del empresario o de sus delegados) (48), una voluntad del trabajador de prestar su trabajo y del empresario de aceptar esta prestación, nosotros encontramos, en este simple cambio de voluntades, la esencia del contrato, y derivamos de él la contractualidad original de la relación (49), incluso reconociendo la profunda diferencia entre ésta y todas las otras relaciones contractuales y su profundo contenido humano, y reconociendo también la gran importancia que, en este aspecto, ha tenido el ataque de los anticontractualistas, a los que se debe, prácticamente, esta concepción del contrato de trabajo «no sólo como relación externa de mercado, es decir, de cambio, sino también como fuente de una relación orgánica de colaboración entre trabajadores y

mano supone en Europa la consagración de la *locatio*, abandonando así la vieja *commendatio* de los visigodos, que subsiste, sin embargo, en la empresa mercantil hasta la época capitalista, fundada sobre vínculos personales e impregnada de elementos espirituales. Y es, según él, esta concepción tradicional, olvidada en los códigos liberales, la que se resucita ahora en el nuevo Fuero del Trabajo, precisamente porque la lucha de clases se ha intensificado a causa del error común a los códigos que van desde el napoleónico de 1804 al alemán de 1897, de haber fundado la relación sobre la base contractual. En efecto, la empresa se concibe como «unidad ordenada jerárquicamente» (Declarac. VIII, núm. 2 del Fuero) y el contrato no es ya un cambio de prestaciones patrimoniales, sino el fundamento jurídico normal de la incorporación de un individuo al complejo de la producción. Verdaderamente el autor no pretende otra cosa que dotar al contrato de un contenido humano, pero reconoce que es una institución que no puede desaparecer (pág. 330). Quizá alguno puede considerar anticontractualismo lo que es solamente un deseo, expresado en frases bellísimas, de sustituir el frío contrato liberal con uno más humano y más espiritual, aun cuando este nuevo sea llamado relación, lo que quizá ha dado lugar a los malentendidos.

(48) CORRADO y COMBA, op. cit., pág. 49. GASPARRI: *L'azienda* cit., páginas 5 y sigs., en este sentido no ve cómo «dos voluntades concurrentes y complementarias puedan coexistir por separado sin dar lugar a un contrato: del mismo modo dos productos químicos afines no pueden entrar en contacto sin dar lugar a la reacción».

(49) En el mismo sentido, LUIGI DE LITALA: *Il contratto di Lavoro*, 5.^a edz. Torino, 1956, págs. 49-52.

empresarios» (50). Existen, por cierto, situaciones jurídicas que tienen aún mayor importancia para la persona humana, y que por ello se oponen aún más a ser consideradas como producto de un contrato. Y, sin embargo, bajo todos los deberes espirituales, bajo los elementos no patrimoniales e incluso bajo los valores trascendentales que integran y confluyen en el matrimonio y en la profesión religiosa, la misma ortodoxia católica no deja de reconocer la existencia de un cambio de consentimientos y, en consecuencia, de un contrato (51). Este argumento será desarrollado en las páginas sucesivas, a medida que estudiemos las objeciones que se oponen a la existencia del contrato, no desde el punto de vista teórico-político que hemos visto hasta ahora, sino desde el punto de vista más cercano a la realidad, de la legislación.

Porque, naturalmente, todo sería una disquisición sin fundamento, si no se pudiese encontrar, en el Derecho positivo, la confirmación de una u otra postura. En efecto como ha escrito Roberti, es necesario aplicar, «en el intento de resolver un problema jurídico que hoy más que nunca aparece como fundamental para la construcción sistemática de todo el Derecho del Trabajo (es decir, el de la naturaleza jurídica de la relación laboral)», aquel sistema de la escuela jurídica italiana que «a través de siglos de gloriosa actividad científica ha proclamado y aplicado la enseñanza de que la ciencia del Derecho no puede hacer abstracción

(50) LUIGI MENGONI: *Recenti mutamenti* cit., pág. 711.

(51) Cfr. nota 46. Tal es también la opinión de DOM PAUL DELATTE: *Commentaire sur la règle de saint Benoît*, 5.^a edic., 1922, pág. 451, citado por RENARD: *La théorie de l'institution* cit., pág. 435, nota 1: «La profession bénédictine est donc surtout un contrat, un contrat entre le novice d'une part, Dieu et les frères d'autre part: je me donne tout entier et à jamais à Dieu et à l'Ordre monastique, pour que Dieu et l'Ordre monastique m'admettent à leur communion, me mettent en possession de leur vie. C'est une adoption dans la famille de Dieu.» Ciertamente, como hace notar RENARD, «les théologiens... on pressent chez eux une conception du contrat singulièrement plus extensive et moins compréhensive que la nôtre» (págs. 435-436), pero de todos modos nos puede servir para demostrar cómo el acuerdo de voluntades está en la base de la institución.

de la costumbre del hecho vivido y que la esencia verdadera de la institución jurídica puede aprehenderse sólo observando de cerca el desarrollo material del hecho real que deberá regular» (52).

Veamos, pues, en nuestras legislaciones, si es o no necesario —con carácter general— un acuerdo previo para que exista una relación jurídico-laboral.

Por lo que respecta al Derecho italiano, la respuesta, por vía de principio, es necesariamente la de la contractualidad de la relación. Cuando el artículo 3.º del libro I del Código civil, que regula la capacidad en materia de trabajo, autoriza al mayor de dieciocho años a prestar el propio trabajo, a estipular los contratos relativos y a ejercitar los derechos y acciones que de él dependen, consagra el principio general de que la forma de prestar el trabajo subordinados es precisamente la del contrato. Después, en la sección 3.ª, título II del Libro V, se regula el trabajo subordinado disciplinando el contrato de trabajo, incluso siendo cierto que el legislador ha tenido recato para titular así la indicada sección del Código y ha preferido la rúbrica de *rapporto di lavoro*, como ha escrito Santoro Pasarelli (53). Si el trabajador subordinado es quien *se obliga* (y no *viene obligado*) a colaborar en la empresa, y si esta prestación debe tener la contrapartida de una retribución (artículo 2.094); si esta retribución está a cargo del empresario, que ejercita libremente su actividad económica (art. 2.082 del Código civil en relación con el primer párrafo del art. 41 de la Constitución), no se puede dudar todavía de que entre ellos exista el acuerdo de colaborar en la actividad productiva o de cambio, es decir, un contrato al que se refieren las normas del Código que regulan la constitución (Cfr. art. 2.096, párrafo 3.º, 2.097 y 2.098) o la extinción de la relación laboral (Cfr. art. 2.118 y sigs.). «Todavía más decisiva contra la teoría acontractualista —ha escrito Ardau— es la consideración de la anormalidad, aunque sólo sea, de

(52) GIOVANNI ROBERTI: *Il rapporto di lavoro e l'azienda*, en la *Rev. Il D. del L.*, 1940, tomo XIV, I, pág. 33.

(53) FRANCESCO SANTORO PASSARELLI: *Nozioni di Diritto del Lavoro*, 9.ª edición, Jovene, Napoli, 1957, pág. 103.

una relación que se constituiría extracontractualmente, pero que indiscutiblemente puede bien resolverse mediante un acuerdo de voluntades» (54).

En la legislación española la cuestión no es en absoluto distinta, hablando siempre por vía de principio. Si bien nuestro Fuero del trabajo afirma expresamente que el trabajo «por ser esencialmente personal y humano, no puede ser reducido a un concepto material de mercancía, ni ser objeto de transacción incompatible con la dignidad material del que lo presta» (Declaración I, núm. 2), entendemos que este postulado obedece a aquella preocupación a que nos hemos referido de separar el contrato de trabajo de aquellas otras relaciones de contenido patrimonial, y de repudiar expresamente la concepción liberal que había hecho de aquél una mercancía. Pero, *a sensu contrario*, no hay nada que decir cuando la transacción es compatible con la dignidad personal del trabajador, y prueba que ésta no es una concepción arbitraria el parágrafo primero de la misma Declaración I, que abre el máximo documento de los derechos y deberes de los trabajadores españoles y define el trabajo como la participación del hombre en la producción mediante el ejercicio *voluntariamente* prestado de sus facultades...

Las teorías anticontractualistas se han basado, sobre todo en nuestro país, sobre el hecho de que la palabra contrato viene excluida de la terminología del Fuero, que utiliza en cambio la palabra relación (Declaración III, núm. 4). Quizá se pensaba entonces excluir el contrato individual de la vida del trabajo, como fué de hecho excluído el contrato colectivo (55). Pero si para sustituir a

(54) GIORGIO ARDAU: *Lineamenti di Diritto del Lavoro*, Roma, 1942, página 47.

(55) Nos hace pensar en esta hipótesis la opinión del Ministro de Trabajo expresada en el momento de la aprobación de la nueva ley de convenios colectivos sindicales (véase la nota 30). También EUGENIO PÉREZ BOTIJA, en su *Contrato de Trabajo*, 2.^a edición, 1954, pág. 33, ha hecho alusión a este fenómeno: «De todas suertes, la teoría de la relación de trabajo no fué admitida tal como algunos la entienden. El acuciante interés con que era esperada la nueva ley en ciertos sectores, se trocó en

éste se podía crear la Reglamentación Nacional, no era tan fácil sustituir el contrato sin atentar al respeto, a la dignidad, integridad y libertad de la persona humana, postulado capital del Estado consagrado repetidamente en nuestros textos fundamentales. Y así, cuando en 1944 se promulga la refundición de la vieja ley del Contrato de trabajo, se conserva no sólo el mismo nombre y la misma terminología (lo cual es ya importante), sino también todo el régimen contractual de la ley de 1931. Desde el artículo 1.º en que define el contrato de trabajo, al artículo 83 que cierra la ley (hablamos siempre del libro I) y se ocupa de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo, todo el planteamiento de la ley se funda sobre la existencia de un contrato en la base de la relación, existencia que se presume siempre entre aquel que da trabajo y aquel que lo presta, aunque no exista estipulación escrita o verbal (art. 3.º) y de acuerdo con los principios jurídicos tradicionales en España desde los días del Ordenamiento de Alcalá (56). Y, como en la legislación italiana, podemos hacer nuestra la mencionada observación de Ardau porque también entre nosotros el contrato puede resolverse mediante un acuerdo de voluntades (cfr. art. 76, 3.º).

Por lo que se refiere a Alemania, donde la teoría ha tenido un desarrollo posterior, baste pensar en cuanto ha escrito Hueck

decepción. Las doctrinas que conmovieron la hipótesis del contrato laboral esperaban esta oportunidad para incorporarse a nuestro ordenamiento. Nunca mejor ocasión para intentar fueran sancionadas por el legislador las transformaciones operadas en el sistema del Derecho del trabajo español, especialmente la que supone la ley de 16 octubre de 1942, que en su nuevo régimen de fuentes constituía terreno abonado para la reforma. Sin embargo, el legislador no juzgó prudente acometer modificaciones prematuras o precipitadas; admite el espíritu progresivo de las nuevas doctrinas jurídicas y políticosociales, pero no elimina totalmente el régimen contractual *sui generis* que caracterizaba a la ley refundida.»

(56) Otros argumentos en el mismo sentido se pueden ver en MARTÍN FLANCO, op. cit., págs. 192 y sigs. A la abundante jurisprudencia allí citada se puede añadir la más reciente sentencia del Tribunal Supremo del 4 de febrero de 1957, que aplica el contenido del art. 3.º citado en el texto.

en sus seis razones a favor de la teoría contractual. En primer lugar, esta teoría corresponde a las ideas fundamentales del ordenamiento alemán de Derecho privado, sin que pueda objetarse que la relación laboral no es una relación de cambio, sino de comunión, porque como demuestran el matrimonio o la sociedad, el Derecho vigente es de la opinión de que también tales comuniones puedan ser fundadas por medio de un contrato, concepto que comprende en Alemania todo acuerdo de voluntad dirigido a producir efectos jurídicos. Además, corresponde a las opiniones fundamentales de nuestro tiempo, como vienen expresadas sobre todo en los arts. 1.º y 2.º G. G. De nuevo hoy la personalidad del individuo, su dignidad y autodecisión están en primer plano y por ello el contrato es libre. «El individuo, en principio, únicamente viene obligado, en tanto en cuanto se obliga por sí mismo con declaración de su voluntad negocial. Esto debe valer especialmente para la relación de trabajo, que contiene una obligación ampliamente personal del trabajador. Sólo la teoría del contrato es adecuada a esta concepción.» En tercer lugar, entre los resultados socialmente insostenibles que produciría la teoría de la incorporación fielmente seguida, se pone de relieve el caso del trabajador que, debiendo por contrato iniciar su prestación en fecha fija, retrasa este principio algunos días por causa de enfermedad. Según esta última teoría sería difícil explicar cómo se producen efectos antes de la efectiva ocupación, y en cambio el trabajador recibe la retribución por los días de enfermedad, en virtud de los parágrafos 616 B. G. B., 63 H. G. B., 133 Gew. O., lo que demuestra que los efectos provienen del contrato estipulado. La cuarta razón se refiere a los contratos nulos o anulables y tendremos ocasión de ocuparnos de ella dentro de poco. En quinto lugar, el hecho de que la relación de trabajo tenga efectos más extendidos en el estadio del cumplimiento que antes del comienzo del trabajo, no es una objeción, porque este efecto es común a numerosas otras relaciones contractuales y, además, sería exagerado admitirlo absolutamente, ya que también antes de la incorporación existen efectos como, en

ciertos casos, la fidelidad. Finalmente, siempre según Hueck, la teoría del contrato corresponde también a la concepción que existe entre los participantes, y otra construcción sería artificial (57).

Pero cuanto hemos dicho no es todavía todo. En el examen particular de nuestras legislaciones hemos insistido quizá exageradamente, pero también intencionadamente, en utilizar la expresión «por vía de principio». Y esto porque existen casos particulares en los cuales parece fallar el principio general de la contractualidad. Son casos utilizados como argumento —y no débil— por los enemigos del contrato, y el hecho de que estén basados sobre la misma legislación positiva hace mucho más interesantes las objeciones que se plantean en nombre de una forma de anticontractualismo mucho más justificado del que con Barassi hemos llamado anticontractualismo político. Nos referimos al anticontractualismo jurídico, cuya trascendencia es tan importante que incluso muchos sostenedores del origen contractual no están seguros de que este contrato sea el único medio de producción de una relación de trabajo y hacen a veces determinadas concesiones al eclecticismo (58). Resulta así que estamos

(57) ALFRED HUECK: *Teoría del contrato* cit. Véanse págs. 254 y siguientes.

(58) MANUEL ALONSO GARCÍA: *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958, págs. 352-353. «La relación jurídico-laboral puede manifestarse contractual o extracontractualmente. El trabajo por cuenta ajena es, evidentemente, motivo y razón de relaciones jurídicas no forzosamente contractuales.» El autor se refiere a las situaciones de tipo institucional, de tipo estatutario y de dependencia meramente administrativa. En el mismo sentido, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 107. Vid. nota 22. ROBERTO PÉREZ PATÓN: «Contrato y relación de trabajo», en la *Revista de Derecho del Trabajo*, dirigida por Deveali, vol. XII, Buenos Aires, enero 1952, págs. 5 y sigs. Para él la relación de trabajo sale del ámbito del contrato, si bien éste es su fuente principal. EUGENIO PÉREZ BOTIJA: «Las nuevas doctrinas sobre el contrato de trabajo», en la *R. G. L. J.*, julio 1942, pág. 15: «El hecho de que la relación de trabajo deba su origen al contrato no quiere decir que, excepcionalmente, no pueda origi-

todavía al principio porque, naturalmente, todos saben cuáles son las fuentes de las obligaciones (art. 1.173 Código civil italiano y 1.089 Código civil español) y, en consecuencia, sería inútil la teoría general de la relación de trabajo si estuviese fundada sólo sobre el contrato cuando también la ley o un hecho ilícito pudieran hacerlo nacer. Este es, precisamente, el interés de este modesto ensayo (59).

narse por un acto administrativo (por ejemplo, colocación de un mutilado).» DURAND: *Traité* cit., vol. II, avec VITU, en el capítulo II de la primera parte afirma que las relaciones de trabajo nacen esencialmente de un contrato, pero reconoce también fuentes extracontractuales, a las que dedica la segunda sección del capítulo. DOMENICO LUCA TAMAJO: «Dogma dell'autonomia della volontà e contratto individuale di lavoro», en la *Rev. Il D. del L.*, vol. XXIV, Roma, 1950, págs. 305 y sigs. Empieza afirmando que se adhiere incondicionalmente a la solución dogmática que ve en el contrato la fuente única de la relación de trabajo, excluyendo la posibilidad jurídica de formación objetiva del mismo, pero esta aceptación no importa la integral aceptación de la autonomía de tal voluntad, porque hay casos que impiden que la afirmación de plena autonomía permanezca exacta con referencia al momento inicial de la relación. Cfr. págs. 305 y 309.

(59) Excluimos desde ahora del Derecho del Trabajo el reglamento de aquel trabajo que viene prestando a consecuencia de un delito, es decir, los llamados trabajos penitenciarios, para los que nos remitimos al Derecho penal. En los casos previsibles de aplicación de una norma jurídica de trabajo a estas situaciones (piénsese, por ejemplo, en las leyes sobre horario o higiene aplicadas también a los trabajos forzados, estudiadas por CALIXTO BELAUSTEGUI MÁS en *Fundamentos del trabajo penitenciario*, Madrid, 1952), es cierto que aquella ley continúa siendo parte del Derecho del Trabajo, pero se aplica no ciertamente porque el legislador considere aquélla como relación de trabajo, sino porque prefiere asimilar esta norma, en vez de promulgar otra especial. Un ejemplo se puede ver en el Decreto de 31 de enero de 1933 que aprobaba el reglamento de la ley española de accidentes de trabajo en la industria, art. 3.º, ap. 11.

II

OBJECIONES VIGENTES A LA CONTRACTUALIDAD DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE TRABAJO: EL ANTICONTRACTUALISMO JURÍDICO

Todas estas objeciones se desarrollan en dos sentidos, que corresponden a aquellos que la doctrina admite como reflejo de la autonomía individual, es decir, el momento de la constitución de la relación y el momento de la regulación de su contenido. Está claro que, en una situación ideal de absoluta igualdad, libertad y autonomía de las partes, éstas deberían decidir en tres direcciones: si la convención debe ser concluída, con quién debe ser concluída y cuál debe ser su contenido (60). Por razones de sistemática, sin embargo, nosotros nos permitimos reducir a una sola las dos primeras hipótesis, que en la realidad de nuestros sistemas legislativos vienen limitadas con muchos puntos de contacto y que, por otra parte, son las que distinguen algunos cultivadores del Derecho del trabajo (61). Además, para una exposi-

(60) Cfr. HANS KELSEN: *El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho*, traducción de GARCÍA MAYNEZ, México, Imprenta Universitaria, 1943, págs. 116-117. Como es sabido, KELSEN llama convención al género de que son especie el contrato y el tratado. Por eso es por lo que nosotros nos permitimos aplicar ese nombre, aunque nos refiramos solamente al contrato.

(61) ALONSO GARCÍA: *La autonomía de la voluntad* cit., pág. 29 y siguientes. Prescindiendo de la autonomía individual como fuente del Derecho objetivo que, según el autor, no puede ser admitida, nos queda el otro sentido de aquélla, es decir, la autonomía como creadora de relaciones jurídicas. Esta, todavía, podría desglosarse en un doble entendimiento de la misma, según que se la considere: A) Como poder de creación de relaciones jurídicas, y B) Como poder de reglamentación del contenido en esas relaciones. SINAGRA: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 3.^a edición. Palermo, 1955, pág. 193: «El contrato de trabajo ejercita una función constitutiva y una función normativa de la relación de trabajo.» Cfr. en el mismo sentido DINO MARCHETTI: «Sulla contrattualità del rapporto di lavoro», en la *Rev. Il D. del L.*, 1940, I, págs. 259. HANS KARL NIPPERDEY: *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, Jena, 1920 (citado

ción más clara nos permitimos también examinar en primer lugar las limitaciones a la autonomía en la regulación de la relación, en vez de aquéllas que se refieren a su nacimiento, como a primera vista podría parecer lógico.

A) *Objeciones que se refieren al contenido de la relación*

1.º El contenido de la relación jurídica de trabajo viene fijado, casi generalmente, por normas heterónomas: contratos normales y contratos de adhesión.

Generalmente —se dice— la regulación de la relación de trabajo no se deja ya a la libertad de las partes. Cuando se contrata no hay necesidad de ponerse de acuerdo sobre la retribución, el horario, los deberes, en suma, que asume cada una de las partes, ya que toda esta estructura viene determinada previamente, sea por la ley, sea por acuerdos concluidos por terceros y hechos obligatorios en relación con los actuales contrayentes, o sea, en caso extremo, por uno de estos contrayentes, precisamente el empresario, a quien corresponde de hecho la posibilidad de establecer las condiciones de trabajo no determinadas por aquellas otras normas mediante los contratos tipo o los reglamentos de empresa. De aquí se pasa a negar la verdadera existencia de un contrato, en cuanto que hay solamente aceptación —y no discusión— de las condiciones que constituirán la relación. Su contenido viene predeterminado y la autonomía de los particulares no es ya la de hace algún tiempo, porque como reflejo de la intervención del Estado en el mundo jurídico, particularmente intensa en las relaciones laborales, o bien como consecuencia de la transformación sufrida en la vida de los negocios, que obliga al gran empresario a establecer módulos para la con-

por BAYÓN: *Grandezas, crisis*, cit., págs. 28-29). En este trabajo, comenta BAYÓN, propone ya uno de los problemas fundamentales del Derecho del Trabajo: El de la diferencia entre la libertad de celebrar contratos de trabajo y la libertad de determinar su contenido.

tratación, el reglamento supercontractual sustituye de hecho el reglamento contractual. Esta es, ciertamente, una limitación a la autonomía de las partes, reconocida así por todos los que, en uno u otro sentido se han ocupado del tema (62) y que ha llevado a muchos juristas a estudiar el fenómeno como manifestación de la que viene llamada crisis del contrato.

La primera cuestión, es decir, la de determinar si hay autonomía de las partes en aquellos contratos cuyas condiciones son fijadas por el Estado o por los acuerdos colectivos —los llamados contratos normativos—, no presenta hoy gran dificultad porque lógicamente estas normas no establecen más que condiciones mínimas (63), dejando siempre a la iniciativa de las partes la posibilidad de mejorarlas (ley española del Contrato de trabajo, artículos 9.º y 3.º), y por otra parte, esta situación no es típica del contrato de trabajo, sino de todos, ya que todos sienten hoy el influjo de la llamada «socialización» o publicación. En todos queda siempre un contenido no bien delimitado dentro del cual se puede mover la voluntad de los particulares. Luminosamente ha escrito Alonso García que «el reconocimiento de la autonomía privada no quiere decir superposición a la ley, sino relación con ésta dentro de una esfera en la cual la ley misma es la que permite el juego de la autonomía, a la que se concede validez en cuantos efectos se deriven de las relaciones por ella constituídas y del contenido regulado por ella» (64). Si las leyes establecen que la autonomía se mueve dentro de los límites permitidos por

(62) Cfr. por ejemplo, DURAND, op. cit., pág. 209. PAUL ESMEIN: «L'obligation et la responsabilité contractuelles», en la obra *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes a RIPERT*, tomo II, París, Librairie générale de Droit et Jurisprudence, 1950, pág. 102. SANTORO PASSARELLI: *Nozioni* cit., págs. 193 y sigs. SINAGRA: *Istituzioni* cit., páginas 193 y sigs.

(63) GIORGIO ARDAU: *Lineamenti di Diritto del Lavoro*, Roma, 1942, páginas 43 y sigs.

(64) ALONSO GARCÍA: *La autonomía* cit., pág. 37. En sentido semejante, «La carencia de efectos jurídicos en el contrato de trabajo», en la *R. D. Priv.*, febrero 1956, págs. 118 y sigs.

ellas (arts. 1.322 del Cód. civ. it. y 1.255 del Cód. civ. esp.) resulta evidente que estos límites pueden ampliarse o restringirse, sin que falle por ello el principio general. «Es von Hippel quien ha dicho que el propio ejercicio de la autonomía requiere una regulación heteronómica» (65). El grado de esa autonomía o la justicia de su limitación son cuestiones que es necesario remontar —como ha dicho Kelsen— «hasta los últimos juicios de valor o sistemas de juicios de valor, tales como el individualismo liberal y el colectivismo socialista para comprobar finalmente que el principio político de la autonomía en materia de convenciones descansa sobre una concepción individualista o liberal de la vida, que no es posible justificar por la vía objetiva y racional del conocimiento científico» (66).

La segunda cuestión, como es sabido, tampoco se refiere solamente al contrato de trabajo, sino que sus consecuencias atañen a los diversos tipos de contrato que, en determinadas circunstancias, son concluidos en aquellas condiciones y ha dado lugar a la creación en la doctrina y en la legislación, de aquellos que llamó Saleilles contratos de adhesión; pero que, como ha recordado Lafaille, no son, en esencia, enteramente nuevos (67). El tema ha producido un número considerable de escritos (68)

(65) ALONSO GARCÍA: *La autonomía* cit., pág. cit. En el mismo sentido, Cfr. MARTÍN BLANCO, op. cit., pág. 191: «La autonomía individual y la libertad contractual podrán estar tan limitadas como se quiera; pero el hecho mismo de su limitación es la prueba mejor de su existencia.»

(66) KELSEN: *El contrato y el tratado* cit., págs. 55 y sigs.

(67) LAFAILLE: *Curso de Contratos*, I, págs. 120 y sigs. (citado por GERT KUMMEROW en *Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el Derecho privado*, publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela; vol. XVI, Caracas, 1956, páginas 73). En los regímenes medievales de las Corporaciones existían reglamentos que regulaban determinados tipos de actividad.

(68) ROBERT PATRY: «Les contrats d'adhesion comme sources de droit», en la colección de trabajos sobre los *Problemas de las fuentes en el Derecho suizo*, *Zeytschryft des Bernischen Juristenvereins*, vol. 91 bis, Berna, 1955, pág. 367. SALEILLES: *De la déclaration de volonté*, Pichon, edit., París, 1901. SALANDRA: «I contratti di adesione», en la *R. Dir. Comm.*,

y hoy estamos en grado de adherirnos sin demasiada dificultad a los que admiten la naturaleza contractual también en esta categoría, en vez de considerar fundada la opinión de aquellos otros para los cuales los contratos de adhesión de contratos no tendrían más que el nombre (69).

Ha explicado ya Dossetto (70) cómo hay en el contrato un contenido mínimo que se traduce en las cláusulas esenciales (como sería en la venta, la transmisión de la propiedad de una cosa por la contrapartida de un precio) y un contenido de carácter no esencial, traducido en las cláusulas accesorias (siempre en la venta, la determinación del lugar de pago o las que se refieren a los vicios de la cosa, al riesgo, etc.) (71). «Mientras las primeras

volumen XXVI, 1928, parte I, págs. 408 a 435 y 507 a 540. COBIANCHI: «Questioni in tema di contratti di adesione e clausola compromissoria», en la *R. Dir. Comm.*, vol. XIX, 1921, II, pág. 621. MIGUEL ROLLO MARTÍNEZ: «Contratos de Adhesión», en el *Anuario de D. Civil*, 1949, tomo II, páginas 54 y sigs. VITTORIO SIMONCELLI SCIALOJA: «Sulla ratio legis degli articoli 1.341 e 1.342 cod. civ.» (Nota a Sentenza), en el *Foro Italiano*, 1950, I, págs. 678 y sigs.; «Il c. d. contratto per adesione e gli articoli 1.341 a 1.342 cod. civ.», en el *Foro Italiano*, 1949, IV, págs. 33 y siguientes. PASCUALE DI PACE: «Il negotio per relationem», *Memorie dell'Istituto giuridico, Università di Torino*, serie II, XLVI, 1940, especialmente páginas 88 y sigs.

(69) MARIO DOSSETTO, en su obra *Le condizioni generali di contratto ed i contratti conclusi mediante moduli o formulari*, Cedam Padova, 1951, págs. 28 y 29, nota 43, enumera entre los primeros a GOUNOT como defensor de la naturaleza mixta de los contratos de adhesión; DEREUX, JOSSEFANT FORTIER, GALIZIA, ASCOLI, SALANDRA, FERRARA, MESSINEO, COLIN y CAPITANT como defensores de la naturaleza esencialmente contractual, pero con particularidades propias, y CARRARA, BARASSI, MISSOL, RIPERT, PARIS LE CLERC, DI PACE, GASSETTI, CARIOTA FERRARA, SIMONCELLI SCIALOJA y DE RUGGIERO-MAROI como defensores de la opinión de que estos contratos no poseen características propias tales como para ser constituidos en categoría aparte. En cambio, entre los que niegan la condición de contratos a los llamados de adhesión, incluye a SALEILLES, DOLLAT, HAURIUO y DUGUIT.

(70) DOSSETTO, op. cit.

(71) La misma distinción la hace GEORGES DEREUX: «De la Nature juridique des contrats d'adhesion» en la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, tomo IX, 1910, Recueil Sirey, París, pág. 541.

constituyen la esencia, es decir, la parte vital indispensable para la existencia del contrato mismo, que se resuelve sustancialmente en aquéllas, las segundas, es decir, las cláusulas accesorias en cuanto representan en sustancia el reglamento particular al que las partes quieren someter el pacto principal y la relación jurídica que de él toma vida, no revisten en absoluto carácter de necesidad, pudiendo muy bien faltar, sin que por ello la existencia o validez del contrato venga a ser prejuzgada en modo alguno» (72). La ley, en efecto suple la falta de estas cláusulas y no podría jamás, en cambio, suplir la falta de aquéllas.

Entre las cláusulas accesorias, el autor que estudiamos distingue las generales (que sirven para varios contratos, como, por ejemplo, la condición) y las particulares (que pueden ser modificaciones o adiciones a cada contrato).

Así como es difícil y sustancialmente irrelevante suponer la predisposición de las cláusulas principales, porque un comprador no compra sin saber cuál sea la cosa y cuál el precio, la atención de los juristas se ha ocupado del fenómeno de predisposición de las cláusulas llamadas accesorias generales, y así «se debe entender por contrato de adhesión, no ya todos los contratos unilateralmente predispuestos, sino esencialmente aquellos contratos en los cuales estén insertas condiciones generales dispuestas por una de las partes contratantes y destinadas como tales a disciplinar en modo uniforme una serie indefinida de relaciones. En efecto... no es tanto la *predisposición* por una parte del acuerdo contractual en sí considerado, y la consiguiente adhesión de la otra parte, lo que pueda ofrecer relevancia jurídica (como precisamente la expresión contrato de adhesión podría hacer suponer), sino, sobre todo, la predisposición de las cláusulas accesorias, bajo forma de condiciones generales de contrato» (73). A estas condiciones generales se refiere precisamente el Código civil italiano (art. 1.341), y no a la cuestión que sería fundamental de celebrar o no celebrar el contrato.

(72) DOSSETTO, op. cit., pág. 10.

(73) DOSSETTO, op. cit., págs. 28, 29, 30.

Y entonces, los contratos en que tal cosa sucede, como precisamente el contrato de trabajo, ¿son verdaderamente contratos o son solamente declaraciones unilaterales de voluntad o verdaderos y propios actos de naturaleza reglamentaria, respecto de los cuales la adhesión de la otra parte no representaría más que una simple condición de eficacia?

La respuesta, después de las aclaraciones hechas, es fácil de imaginar: aunque se predispongan las cláusulas accesorias, con tal que quede la voluntad de las partes de crear la relación, el contrato permanece contrato porque aquellas cláusulas determinan no el *sí*, sino el *cómo*, por emplear la distinción de De Semo (74). «Lo que es esencial —entendemos con Sinagra— para que se tenga contrato de trabajo, es que éste continúe desarrollando la función de constituir la relación de trabajo, la de ser la fuente de la relación de trabajo» (75).

Es cierto que el contrato de trabajo no es un contrato *paritario*, usando el término que difundió Messineo, pero empleado en el sentido de Kummerow, que alude a la previa discusión entre los sujetos, olvidando la referencia de Messineo a la igualdad de posición económica (76). Pero el hecho de la predeterminación de su contenido no supone que no existe ya autonomía por parte de los sujetos, los cuales, al menos después de examinada esta primera objeción, continúan todavía libres de concluir o no concluir el contrato, es decir, de crear o no crear la relación. Esta es la opinión dominante en la doctrina que estudia los problemas de interpretación, de diferenciación con otros fenómenos jurídicos, pero que generalmente hoy no discute ya si el contrato de adhesión sea o no un contrato. Savatier frente a

(74) GIORGIO DE SEMO: «Rapporto di lavoro o contratto di lavoro?», en la *Rev. Il D. del L.*, 1937, pág. 223. En el sentido del texto se pueden ver también BARASSI: *Il Diritto del Lavoro*, Giuffrè, 1957, vol. I, página 308. DINO MARCHETTI: «Sulla contrattualità del rapporto di lavoro», en la *Riv. Il D. del L.*, 1940, I, págs. 259-260.

(75) *Istituzioni* cit., págs. 193 y sigs.

(76) GERT KUMMEROW: *Algunos problemas* cit., pág. 12.

la distinción entre el aspecto regulador y el aspecto constitutivo que tiene todo contrato, ha tenido que reconocer que en el aspecto constitutivo el contrato no ha desaparecido, aunque entienda que en el aspecto regulador «el contrato es sustituido por cualquier cosa enteramente distinta (76 bis). Desde el punto de vista del Derecho positivo, la cuestión es poco discutible. En el Código civil italiano el artículo 1.321 afirma que el contrato puede «constituir, regular o extinguir una relación». No hay, pues, necesidad de regulación para que exista un contrato; basta la constitución porque no hay entre las tres palabras una conjuntiva, sino una disyuntiva. El artículo 1.341 establece garantías para suprimir los posibles abusos; pero no niega la cualidad de contratos a los que tienen condiciones presupuestas, aunque sin llamarles contratos de adhesión. Y que en el contrato de trabajo se admita también el módulo de empresa sin que por eso deje de existir el contrato, está demostrado por el art. 2.211. Todos responden, en fin, a los postulados que fijaba la relación ministerial al libro «De las obligaciones», que no consideraba ilegítimo tal método de conclusión del contrato (77).

No hay en la legislación española una norma que permita responder con absoluta claridad a la cuestión de si el contrato de adhesión es o no contrato. Pero en la práctica la jurisprudencia ha utilizado siempre este concepto sin discutir su naturaleza de contrato. En efecto, por lo que respecta al contrato de seguro ha declarado, de frente a una cláusula oscura, que de acuerdo con el art. 1.288 debe ser interpretada en favor del asegurado, ya que el contrato citado es prácticamente un contrato de adhesión y la oscuridad es imputable a la empresa aseguradora que la ha ocasionado (78). No se puede tampoco dejar de recordar cómo el contrato de adhesión no es una categoría contractual

(76 bis) *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit civil d'aujourd'hui*, París, 1952, págs. 25, 52, 60, 97.

(77) Citada por DOSSETO, op. cit., pág. 62, nota 6.

(78) CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y Foral*, octava edición, tomo III, Reus, Madrid, 1954, pág. 334.

más, sino una forma de conclusión de contrato que puede presentarse en cualquiera de los tipos contractuales previstos por las leyes (78 bis).

2.º La relación de trabajo conserva su contenido incluso cuando el contrato originario es nulo o anulable.

Esta es una de las más consistentes argumentaciones que han sido adoptadas por parte de quienes quieren construir la relación de trabajo fuera del contrato y, en realidad, una de razones que han hecho nacer entre los juristas las construcciones que hemos examinado antes bajo la rúbrica del anticontractualismo político. En el plano teórico hace ya tiempo que una doctrina unánime considera la oportunidad de la aplicación de ciertas disposiciones protectoras del trabajo, incluso en los casos de nulidad del acuerdo previo (79) y en el terreno del Derecho positivo la disposición del art. 2.126 del Código civil italiano, según el cual «la nulidad o la anulación del contrato de trabajo no produce efecto para el período en que la relación ha tenido ejecución, salvo que la nulidad derive de la ilicitud del objeto o de la causa», y «si el trabajo ha sido prestado con violación de normas puestas a tutela del trabajador, éste tiene en todo caso derecho a la retribución», ha servido de base jurídica a la argumentación anticontractual. Si existe la posibilidad de una relación de trabajo cuyo contrato originario es nulo, resulta que la sola ocupación de hecho es suficiente para producir efectos, y así, no todas las relaciones de trabajo tienen su origen en el contrato. Construir el estudio de la relación sólo sobre estas hipótesis significa, pues, examinar solamente una parte de la realidad, y, naturalmente, las conclusiones alcanzadas no tendrían un valor universal. A estas afirmaciones se llegaría admitiendo la posición, por ejemplo, del profesor D'Eufemia o de Pugliatti (80).

(78 bis). KUMMEROW, op. cit., pág. 235.

(79) Cfr. DURAND: *Traité* cit., pág. 202.

(80) D'EUFEMIA: *Elementi di diritto del Lavoro*, Napoli, 1949, pá-

En la ley española del Contrato de trabajo, la cuestión no es, a los efectos que aquí nos interesan, distinta, ya que el art. 55 prevé en el caso de un contrato nulo sin voluntad maliciosa del trabajador la misma remuneración del contrato válido, es decir, permitiría suponer casos en los cuales hay relación sin contrato, porque hay una prestación de trabajo y su correspondiente contraprestación que no tendrían origen en el contrato, sino en la prestación de hecho.

Sólo que, observando profundamente estas situaciones, se encuentran aspectos que no nos parece correspondan a la construcción arriba apuntada. Porque, como han puesto de relieve entre otros Gasparri (81) y Hueck (82), estos efectos que la ley concede cuando la convención no subsiste por motivos de nulidad absoluta, «no constituyen una relación de trabajo en el sentido de vínculo que liga al trabajador a la organización productiva. Este concepto —escribe el primero— supondría un derecho en ambas partes a la continuación en el futuro de la relación de servicio; pero ello sería incompatible con el presupuesto de que en nuestro caso ni el trabajo ni el mantenimiento en servicio son jurídicamente debidos, por el hecho mismo de faltar los requisitos para una válida obligación». «No existe una obligación contractual para el futuro —ratifica el segundo— porque ésta únicamente puede deducirse del contrato de trabajo.» Y entonces la llamada relación de trabajo real no es una relación de trabajo válida.

Con todo, es innegable que la ley conserva los efectos de la relación para el período en que la prestación ha sido ejecutada. ¿Cómo puede explicarse este fenómeno sin reconocer que el contrato no es imprescindible?

gina 63. SALVATORE PUGLIATTI: «Proprietá e lavoro nell'impresa», en la *R. G. del L.*, 1954, I págs. 135 y sigs.

(81) GASPARRI: *L'Azienda* cit., págs. 5 sigs. Según FUNAIOLI en la norma del art. 2.126, la simple relación laboral de hecho no es tomada en consideración y no se convierte en relación jurídica. Véase, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, Ferrera, 1952.

(82) ALFRED HUECK: *Teoría del contrato...* cit., págs. 254 y sigs.

Antes de nada es necesario recordar que esta situación no es exclusiva del contrato de trabajo. «Hoy viene generalmente reconocido —volvemos a Hueck— que las reglas según las cuales todas las llamadas razones de nulidad o impugnabilidad, cuando tiene lugar la impugnación, eliminan los efectos del contrato defectuoso desde el principio, no pueden ser seguidas en los contratos que fundan una comunión cuando se ha llegado al cumplimiento. Esto vale ya desde hace mucho tiempo para la conclusión del matrimonio, viene aceptado hoy casi generalmente para el contrato de sociedad y es necesario examinar detenidamente en qué medida el mismo pensamiento sea aplicable también a otras relaciones obligatorias de ejecución continuada. El traslado de este pensamiento a la relación de trabajo no es, pues, una contradicción de la teoría del contrato, sino solamente la consecuencia de la particularidad del contrato de trabajo, que está sin duda, de acuerdo con el tratamiento de otras relaciones de contrato cercanas a aquél (83).

Por otra parte, de acuerdo con la más tradicional, pero también más reciente doctrina italiana, el fenómeno tiene una explicación simple y convincente que nosotros aceptamos en las siempre precisas palabras de Santoro Passarelli, «La prestación de hecho del trabajo, como prestación indebida, atribuye entonces al trabajador el derecho —al no ser posible la devolución *in natura* a una indemnización, según los casos, en la medida del valor de la prestación o del enriquecimiento de la otra parte (argumento art. 2.037). La ley, manteniendo al trabajador en los indicados casos de invalidez del contrato y respecto de las prestaciones efectuadas, el tratamiento propio de la relación de trabajo y en particular la retribución convenida, establece en sustancia, oportunamente, una indemnización que se podría decir en forma específica: Lo que corresponde a la indicada opinión de que

(83) HUECK, loc. cit., págs. 256-257. Se puede ver un intento de aproximación entre contrato de trabajo y matrimonio, a estos efectos, en M. F. RABAGLIETTI: *La suborinazione nel rapporto di lavoro*, vol. 1, Giuffré, Milano, 1958, págs. 93 y sigs.

la disciplina sea en definitiva legal y sólo históricamente convencional» (84).

Inspirada en los mismos principios, la legislación española establece en el citado art. 55 de la ley del contrato de trabajo que el trabajador tiene derecho a exigir la remuneración consiguiente a un contrato válido, y correspondiente al trabajo prestado, a no ser que la nulidad proceda de su voluntad maliciosa. Y ello, consideramos nosotros, porque no siendo posible restituir las energías del trabajo, y siendo contrario a la equidad el enriquecimiento del empresario que no paga el salario habiendo recibido la prestación (85) se valora la indemnización debida como equivalente de dicho salario, aplicando el espíritu del art. 1.307 del Código civil relativo a las cosas que deben ser restituidas pero han sido perdidas.

Estas reflexiones son más rigurosas y, sobre todo, más aptas para mantener la unidad estructural de la relación que aquellas otras hechas por diversos autores, los cuales, aun admitiendo el ejemplo de la nulidad como excepción a la doctrina contractualista, no quieren sacrificar su construcción y se refugian solamente en la consideración de que esta excepción no basta a destruir definitivamente el contrato (86). Es cierto que el contrato existiría aún

(84) SANTORO PASSARELLI: *Nozioni* cit., pág. 146. Véase también SINAGRA: *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 3.^a edic. Palermo, 1955, páginas 197 y sigs.

(85) En la Partida VII, tít. XXXIV, regla XVIII, se lee que «ninguno debe enriquecerse tortizadamente con daño de otro». Ver NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934. «El eje de la teoría del enriquecimiento sin causa está en el tránsito de valor sin causa de un patrimonio a otro verificado externamente de conformidad con el Derecho objetivo, pues si no apareciera el desplazamiento patrimonial como algo devenido según derecho, no llegaría a tener existencia. El orden jurídico no evita que el desplazamiento se produzca. Pero da medios para impedir que se consolide definitivamente, si la atribución patrimonial se verificó *sine causa*. (BADENES GASSET: *El riesgo imprevisible*, Bosch, Barcelona, 1946, pág. 26).

(86) Tales son, por ejemplo, las opiniones de MARTÍN BLANCO, op. cit., páginas 185 y de KROTOSCHIN: *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Depalma, Buenos Aires, 1955, vol. I, pág. 167 y sigs.

en los casos restantes, pero la construcción del Derecho del Trabajo en torno a él, se volvería automáticamente parcial, y como tal, inexacta.

B) *Objeciones que se refieren al origen de la relación*

Cuando estudiábamos las teorías según las cuales el contrato de adhesión no es un verdadero contrato, hemos fijado el principio de que para nosotros lo verdaderamente importante no es que se pueda regular su contenido, sino que se permanezca libre de concluir o no el acuerdo mismo. Es precisamente a estas afirmaciones a las que intentan atacar las objeciones aquí reagrupadas, todas las cuales tienen en común poner de relieve determinados casos que representan excepciones a nuestro principio, porque suponen situaciones en las cuales falta la libertad de decidir, en un plano de igualdad, la aceptación, no ya de las condiciones del contrato, sino del contrato mismo.

Intencionadamente, excluimos de nuestro estudio la opinión que pretende negar la posibilidad, en general, de contratar libremente el propio trabajo, partiendo del carácter obligatorio que el trabajo presenta para el hombre, sea por el precepto divino de trabajar, sea por la necesidad humana de procurarse los medios de subsistencia. El escaso fundamento de tal opinión nos empuja a no tomarla en consideración y, además, no haríamos más que repetir argumentos desarrollados para refutar otras posiciones más consistentes (87).

1.º *La obligación de trabajar impuesta como deber social.*— Desde los días en que la Constitución alemana de Weimar, en 1919,

(87) Se puede ver noticias de ello en PÉREZ BOTIJA: *El Contrato de Trabajo*, 2.º ed., 1954, pág. 21, o bien en el *Manual* cit. del mismo autor y de BAYÓN, pág. 11. PÉREZ BOTIJA se remite en la nota núm. 2, entre otras obras, a la de ALFONSO MADRID: *Derecho Laboral Español*, Madrid, 1936, en la que se esboza una curiosa teoría acerca del «estado de necesidad» en la prestación laboral, obra que no nos ha sido posible consultar.

afirmaba que hecha reserva de su personal libertad, todos los alemanes tienen la obligación de emplear su fuerza intelectual y material en la forma que exige el bienestar colectivo, es ésta una declaración que se formula frecuentemente en los textos constitucionales de los diversos países (88). Así, también en la Constitución de la República italiana (art. 4.º, apartado 2.º) y en el Fuero del Trabajo español (Declaración I, núm. 5, concordante con el art. 24 del Fuero de los Españoles), se alude al deber del ciudadano de desarrollar una actividad socialmente útil.

Estos preceptos no pueden ser admitidos como obstáculos, ni siquiera débiles, a la libertad de concluir el contrato. Ante todo, porque no se confunde la obligación de trabajar con la obligación de contratar, y se puede perfectamente ser útil a la República sin prestar servicio a otros. Y, sobre todo, porque este deber no tiene el verdadero sentido del deber obligatorio, semejante, por ejemplo, a aquel otro que establece el servicio militar. Ha dicho razonablemente De Ferrari que no se puede pretender que el nuevo principio modifique la naturaleza jurídica y el sentido de las obligaciones que nacen del contrato de trabajo. «Para nosotros no es otra cosa que una declaración destinada a enaltecer el trabajo como actividad humana, destacando su carácter social. En el mismo orden las nuevas constituciones... procurando obtener la adhesión de las masas a las instituciones políticas y a la obra del Estado, han declarado... que el trabajo no es solamente un deber, sino además una honra o que constituye, como dice el Fuero del Trabajo de España, «un noble atributo de jerarquía y honor». Lo que seguramente ha querido en nuestros días atenuar el sentido puramente económico y materialista que tenía el trabajo en las viejas fórmulas jurídicas» (89).

(88) Constitución de Grecia de 1922; España, 1931; Venezuela, 1936; Nicaragua, 1939, art. 96; Ecuador, 1945; Francia, 1946; Uruguay, art. 52; Rusia, 1936; citadas por DE FERRARI, nota siguiente.

(89) FRANCESCO DE FERRARI: «El trabajo como deber social», en la *Revista de Derecho del Trabajo*, dirigida por Deveali, tomo VIII, 1948, páginas 481 y sigs.

Sega, que excluye también la posibilidad de configurar como verdadero y propio derecho subjetivo el derecho al trabajo, aludiendo a la equivocidad de la *Relazione del honorable Ruini*, que se refería a un derecho potencial, no asegurado y sin acción judicial, confiesa su perplejidad ante la expresión «deber de trabajar», que deja en cambio, libre la elección de la ocupación, siendo suficiente que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad, locución ésta tan general que permite incluir también las actividades intelectuales meramente especulativas y contemplativas, como las actividades religiosas. El autor hace resaltar cómo fué suprimido el inciso del proyecto que condicionaba el ejercicio de los derechos políticos al cumplimiento del deber de trabajar, sea porque se temía una limitación al derecho de votar y ser elegido, sea porque contrastaba con los arts. 3.º, 4.º y 5.º de la Constitución (90).

Finalmente, también aquí se pueden repetir los argumentos de Derecho positivo utilizados cuando se discutía la teoría de la relación; particularmente el artículo 3.º del Libro I del Código civil italiano, art. 2.094 y siguientes, y en Derecho español el artículo 1.º de la ley de contrato de trabajo que de acuerdo con las líneas trazadas por el Fuero, afirma que el hombre participa en la producción a través del ejercicio voluntariamente prestado de sus facultades (91).

2.º *La desigualdad de las partes impide que haya un propio y verdadero contrato.*—Este argumento, utilizado por algunos au-

(90) CARLO LEGA: «El Derecho al trabajo en la Constitución de la República Italiana», en la *Rev. Derecho del Trabajo*, dirigida por Deveali, 1948, pág. 322.

(91) Comentando la oportunidad de esta afirmación, que en el apartado 2.º del art. 9.º no aparece tan inequívocamente como en el viejo texto de la ley, recoge PÉREZ BOTIJA: *El Contrato* cit., pág. 42, la resolución del Ministerio de Trabajo Español de 4 de diciembre de 1933, según la cual tanto el espíritu como la letra de la ley del Contrato de Trabajo se inspiran en el acuerdo de voluntad como iniciador de toda relación contractual.

tores (92), está ligado estrechamente a cuestiones de Filosofía jurídica, y no debe hacerse incidir solamente sobre el contrato de trabajo como cuestión consustancial a él, sino que debe ser examinado como una situación de hecho que puede darse también en los otros contratos, si bien estamos de acuerdo en admitir que se produce más frecuentemente en el contrato de trabajo, sea a causa de la situación de superioridad en que se encuentran el empresario, a veces dueño absoluto de la situación, a consecuencia, por ejemplo, del monopolio que detenta, o bien por la inferioridad económica del trabajador, que tiene en el trabajo su único medio de sustento.

La cuestión se centra entonces en examinar si aquellos que concluyen un contrato en situación de inferioridad respecto de la otra parte, son verdaderamente libres, es decir, si su consentimiento es el que la ley exige para reconocer la existencia del contrato. Esta investigación debe ser hecha respecto de todos los diversos tipos de contrato, para comprobar si la situación referida al trabajo tiene diversas consecuencias.

Es verdad que, en la teoría clásica individualista que hace del contrato la idea directriz del Derecho privado, los individuos son pequeños reyes absolutos, soberanos e independientes, cuya esfera jurídica no puede ser modificada sin intervención de su voluntad. La libertad se hace así garantía de la justicia, y decir contrato libre es tanto como decir contrato justo. Pero esta actitud cierra en sí graves inconvenientes y nadie puede asegurar que en los contratos del Derecho clásico haya verdadera libertad y verdadera igualdad de las partes (93). ¿Por qué entonces, cuando el Estado interviene decisivamente en las relaciones privadas y pone, como hemos dicho más arriba, su ley en favor de los débiles para intentar

(92) S. ALARCÓN Y HORCAS: *Comentarios al Código de Trabajo*, Madrid, Reus, 1927, t. I, pág. 42, escribe: «La negociación es imposible mientras los individuos interesados se sitúen en planos diferentes de libertad.»

(93) CALIXTO VALVERDE: «La evolución del contrato como fuente de obligaciones», en la *R. D. Priv.*, julio 1914, pág. 305 a 309.

disminuir estas desigualdades, se pretende negar la existencia actual del contrato, sin incluir también en la negación su misma existencia histórica?

Nosotros no podemos menos de aceptar íntegramente, sobre este punto, la opinión del profesor Hernández Gil que ha puesto de relieve cómo el Derecho social supone una revisión de dos conceptos capitales del ordenamiento jurídico: igualdad y libertad. La libertad, atributo de la naturaleza humana, no existe cuando aquellos a quienes se atribuye pueden utilizarla solamente mediante actos de renuncia o de sumisión, y es por ello por lo que el Derecho no puede alcanzar la realización de la libertad solamente atribuyendo derechos y deberes recíprocos, porque no se trata sólo de proclamar la libertad sino de asegurar la eficacia de su realización. Si, efectivamente, la quiebra de la libertad es la situación de necesidad (¿qué es la libertad de domicilio si no hay posibilidad de encontrar habitación?) el Derecho —ésta es la conclusión del profesor español— no debe limitarse a determinar la libertad, sino también a tutelar la necesidad (94).

En este sentido, nosotros podemos constatar que en todos los contratos, pero sobre todo en el contrato de trabajo, la existencia de normas heterónomas, que no permiten la absoluta autonomía de las partes e intentan suprimir los abusos, viene a garantizar cada vez más una menor desigualdad de hecho y tiende a la igualdad jurídica, intentando hacer irrelevante la desigualdad económica. Así, aquellos argumentos que han sido expuestos como objeción a la contractualidad de la relación laboral y que hemos examinado hace un momento, nos sirven ahora para confutar esta otra posición, en cuanto que las normas heterónomas, en vez de sofocar la libertad, contribuyen a su verdadera realización.

Pero no sólo es esto. También admitiendo que la ley no consiga obtener los fines a que se ha aludido, también pensando en los casos en que existe desigualdad económica, el hecho de esta constatación no basta para negar la posibilidad de concluir un con-

(94) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: «Reflexiones sobre el futuro del Derecho Civil», en la *R. D. Priv.*, diciembre 1957, pág. 1.175 a 1.181.

trato. Lo han expresado Corrado y Comba con indiscutible claridad: «En la estipulación de un contrato cualquiera puede suceder que una parte no esté dispuesta a ceder un bien propio sino en ciertas condiciones, que considera decisivas, y que tales condiciones sean más o menos gravosas para la otra parte, según las necesidades que ella tenga de aquel bien y de la posibilidad de dirigirse a concurrentes: Querer reconocer la naturaleza contractual sólo a las negociaciones cumplidas en régimen de libre concurrencia y quererla excluir toda vez que se perfila una situación, en que la concurrencia esté reducida por situaciones que se aproximan al monopolio, significa deber excluir la naturaleza contractual al mayor número de los contratos que se estipulan diariamente. Ello sin algún fundamento lógico o normativo, porque la ley no toma en consideración la posición económica de partida, sino sólo el punto de llegada: Que las partes hayan concordado una cierta traslación patrimonial o la asunción de particulares compromisos. Decisivo, en cambio, para que subsista un contrato, es la existencia de una igualdad jurídica entre los contratantes, y para que subsista la igualdad jurídica es suficiente que las dos partes sean árbitros de prestar o no su consentimiento y el consentimiento derive de una decisión adoptada libremente, después de haber considerado que entre las muchas vías posibles, la que comporte la mayor ventaja con el menor daño es precisamente la escogida, aunque sea gravosa y objetivamente (con referencia a una situación abstracta de libre mercado) perjudicial» (95).

Dejando aparte la consideración hecha también por varios autores (96) de que la situación de desigualdad disminuye a medida que aumenta la potencia de los Sindicatos, ya que esta consideración no tiene valor universal y dejaría abierta todavía la posibilidad de encontrar casos no adecuadamente protegidos, hay, en el Derecho positivo, dos fundamentos que sirven para negar totalmente la validez del argumento objeto de estudio: El primero es

(95) CORRADO Y COMBA: *Il Rapporto di lavoro* cit., págs. 93-94.

(96) Cfr. GASPARI: *L'Azienda* cit., pág. 5. RENZO RAVA: *Introduzione* cit., pág. 15.

que los ordenamientos jurídicos no reconocen aquella causa como fundamento de la invalidez del contrato sino que exigen un ataque directo al consentimiento (error, violencia, intimidación, dolo) diverso por su misma naturaleza de la genericidad que la desigualdad económica supone (97). El segundo es que la posibilidad de contratar no se niega siquiera por el Derecho público entre entes soberanos y ciudadanos privados y «si se niega generalmente la naturaleza contractual del acto de asunción en la relación de público empleo, es sólo porque en tal caso el legislador explícitamente da relevancia exclusiva al nombramiento del empleado por parte del ente y reconoce a la aceptación por parte del empleado sólo el efecto de hacer o no ejecutivo el nombramiento (98).

3.º *La obligación concreta de asumir determinados trabajadores, impuesta en ciertos casos por la ley.*—Hasta ahora, las razones que según las teorías examinadas impiden considerar la relación de trabajo sólo como producida por un contrato, miran al hecho de la obligatoriedad del trabajo mismo y de su repercusión sobre el contrato, pero no el caso concreto de que también este contrato sea obligatoriamente impuesto por la ley. Es decir, no se trata de una indirecta determinación a contratar, sino de un *obbligo*, propio, dirigido a crear una relación de trabajo entre empresario y trabajador, sin tener en cuenta la voluntad del primero.

Habíamos fijado el principio de que no el *cómo*, sino el *sí*, es lo que es preciso conservar libre para tener contrato. Pero ahora nos encontramos de frente a determinadas hipótesis, en las cuales también el *sí* viene determinado por una voluntad superior. El empresario, en estos casos, no tiene nada que decir, no importa que tenga o no necesidad de contratar: la ley le obliga a admitir en su empresa uno o varios trabajadores, y entonces resulta evi-

(97) En el mismo sentido KELSEN, op. cit., pág. 119. Cfr. art. 1.265 del Código civil español y 1.427 del Código civil italiano. Cfr. también, LUIS RIERA AISA en la voz «Contrato» de la *Nueva Encicl. Jur. "Seix"*, tomo V, Barcelona, 1953, pág. 321.

(98) CORRADO Y COMBA, op. y loc. cits.

dente, se dice, que estas relaciones no son establecidas por un contrato, sino por la voluntad superior e indiscutible de la ley.

Los casos citados generalmente por la doctrina como contratos forzosos o impuestos, responden en realidad a situaciones jurídicas diversas. Así, en la obligación del empresario de contratar a través de las Oficinas de colocación y con petición generalmente numérica, o bien en determinadas preferencias que las leyes establecen en favor de determinadas categorías, la limitación de la libertad no consiste en la obligación de contratar: las leyes establecen solamente que si se quiere concluir un contrato de trabajo, debe ser con una cierta persona, sin posibilidad de escoger (98 bis). En cambio, en el caso de los llamados «imponibles de mano de obra»; cuya ilegitimidad constitucional ha sido declarada por la Corte Constitucional italiana por sentencia del 30 de diciembre de 1958, núm. 78 (99), o en las obligaciones establecidas por algunas leyes que imponen la asunción de inválidos de guerra, de trabajo, etc. (100), en proporción a los trabajadores ocupados en la empresa, existe un verdadero contrato forzado: una de las partes debe contratar, aunque no quiera.

Tampoco estos dos casos son peculiares del contrato de trabajo. Las preferencias concedidas por la ley a determinadas personas para adquirir bienes de otras, en el caso de que éstas quieran vender, sin que desaparezca por ello la condición de contrato de esta venta, serían argumento suficiente para no admitir una situa-

(98 bis) Situación semejante, aunque contraria, es la que contempla el art. 49 de la ley Federal del Trabajo, de Méjico, declarando la licitud de la llamada «cláusula de exclusión de ingreso». Véase sobre el tema DE LA CUEVA, op. cit., págs. 461 y sigs.

(99) Véase *Il Diritto del Lavoro*, enero-febrero 1959, parte 2.^a, página 3.

(100) Se pueden ver detalladas todas las disposiciones del género en las *Nozioni* de SANTORO cit., págs. 109 y sigs., y 149 y sigs. Respecto del empleo de los inválidos recuérdese el principio adoptado en su favor por la O. I. T. en su XXVI reunión, Filadelfia, 1944. En España, la legislación de excombatientes otorgó a los mutilados el derecho de ocupar las porterías.

ción diversa en el contrato de trabajo. Y, en la segunda hipótesis, la obligación de las compañías ferroviarias, telefónicas, de energía eléctrica, de concluir contratos con los usuarios, sin posibilidad de negativa, autoriza a insistir en considerar contrato al de trabajo concluído en esta situación, porque es casi unánime la consideración doctrinal de que también en aquellos casos nos encontramos de frente a verdaderos contratos (101).

Algún autor —nos referimos a Díez Picazo— ha pedido recientemente la construcción, junto a los negocios jurídicos, de una nueva figura que recoja toda esta nueva realidad de los actos de creación estatal de relaciones jurídicas privadas, en vez de continuar por el camino, preferido por la doctrina, de rectificar cada vez más los viejos conceptos de negocio y contrato, admitiendo todas las innovaciones —y también esta del contrato forzoso— y llegando, así a un concepto tan amplio que resulta inútil. Según él, excluído el consentimiento de los requisitos del contrato, cae desde la base toda la teoría de los vicios de la voluntad y, en definitiva, toda la teoría general del contrato (102).

Pero esta afirmación de eliminar el consentimiento de los requisitos del contrato no la ha hecho nadie hasta ahora. La ley no elimina jamás el consentimiento —y esto lo reconoce el mismo autor— porque sería tanto como negar la personalidad humana. Precisamente la ley exige la manifestación del consentimiento y no crea una situación jurídica fuera de él. Obliga, en cambio, a consentir, a manifestar una tolerancia que es, sin duda, la tácita expresión de una adhesión contractual.

El error consiste en pensar que un contrato obligatorio para una de las partes no es sustancialmente diferente de una situación en la cual también la otra parte fuere obligada a consentir. Pién-

(101) Sobre este punto, y en general sobre los contratos impuestos, cfr. RENÉ MOREL: «Le contrat impose», en los «Etudes Offertes a GEORGE RIPER», *Le Droit Privet français au mileu du XX siècle*, tomo II, París, 1950, pág. 116 a 126.

(102) LUIS DíEZ PICAZO: «Los llamados Contratos Forzosos», en el *Anuario de Der. Civ.*, tomo IX, fasc. I, enero-marzo, 1946, págs. 85 y siguientes.

sese a este respecto que también Levi Deveali (103), defensor de la anticontractualidad con base en estos argumentos, ha reconocido cómo el hecho de la asunción es siempre voluntario por parte del trabajador. Y, a nuestro entender, cuando una de las partes se ha decidido libremente a contratar, el contrato existe. Exactamente como existe contrato de compraventa de billetes de ferrocarril, aunque la compañía no sea libre de negárselo a la otra parte (104).

Se puede aducir que estas compañías desarrollan un servicio de utilidad pública y que por ello se encuentran en la necesidad de contratar con cualquiera, pero también en el caso del trabajo la imposición legal no es absoluta, en el sentido de que un sujeto se encuentre frente a la necesidad de celebrar un contrato sin haber puesto por su parte ninguna volición y sólo como consecuencia del hecho de estar sometido al ordenamiento jurídico, sino relativa, en cuanto es condición consiguiente a su actividad profesional, libremente elegida. El ordenamiento no ataca directamente su voluntad: se limita a establecer que quienes desarrollan una actividad productiva, como quienes asumen la misión de explotar un servicio público, deben concluir determinado contrato. La ley, en fin, no sustituye la voluntad de las partes, y es una prueba el hecho de que la relación no surge si este consentimiento no viene prestado, aparte, naturalmente, las sanciones en que pueda incurrir el empresario que lo niega (105). Nuestros sistemas jurídicos,

(103) M. LEVI DEVEALI: *Il Rapporto di Lavoro* cit., pág. 61.

(104) Véase DINO MARCHETTI: *Sulla contrattualità* cit., pág. 260. GIORGIO DE SEMO, en la misma revista, 1937, págs. 222 y sigs, argumenta contra la objeción que supone la obligación de contratar, que siempre se pueden insertar cláusulas más favorables, pero esto no nos parece justo después de haber argumentado contra la determinación heterónoma del contenido afirmando —como hemos hecho nosotros— la importancia del sí y no del cómo, y no nos parece convincente porque admitimos la existencia de contratos en los cuales todo está absolutamente regulado. En cambio, como se deduce del texto, nos adherimos a otras razones expuestas por el autor.

(105) Entre otros, NICOLA JAEGER: «Rapporto di Lavoro», en el *Nuovo Digesto Italiano*, tomo X, 1939.

basados en el principio romanístico de que *nemo ad factum cogi potest*, no pueden obligar el consentimiento, y emplean, en cambio, el principio de la responsabilidad. «La mejor prueba de cuanto afirmamos es que en los ejemplos presentados, una sanción, es decir, siempre un medio de actuación indirecta de la norma, está prevista precisamente para obstaculizar el ilegítimo comportamiento del empresario, que se concreta en la no realizada asunción; sanciones que se resuelven en determinadas responsabilidades civiles o de carácter político sindical vario, o también de carácter penal» (106). En efecto, ¿cuál sería la razón de ser de las sanciones por incumplimiento de este *obbligo* de contratar, si la relación surge *ope legis* y el empresario no tiene, pues, la posibilidad de escapar a la obligación? Y ¿cómo se explicaría un *obbligo* legal que puede ser desobedecido por las partes, que tienen siempre la posibilidad de no celebrar o bien de rescindir el contrato?

III. CONCLUSIÓN

La solución, una vez examinadas todas las teorías que la impedían al principio, es siempre que la relación laboral no tiene jamás otro origen que el contractual, y que, en esta relación, la

(106) GIOGGIO ARDAU: *Lineamenti di Diritto del Lavoro*, Roma, 1942, página 48. Véase también *La Risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Giuffré, Milano, 1954, pág. 144: De la violación de las normas que establecen los varios «imponibles», «puede, en efecto, derivarse la responsabilidad civil o incluso penal del incumplidor sin que surja, sin embargo, *ex lege* por así decir, una relación de trabajo entre el empresario incumplidor y determinados trabajadores, cuyo interés a la asunción no podría transformarse en derecho subjetivo perfecto sino en virtud de la sentencia constitutiva del art. 2.932 del Código civil (dado y no concedido que la norma fuese aplicable, con efecto real y no simplemente obligatorio, en el caso de las obligaciones de hacer infungibles; cfr., en efecto, el inciso del primer apartado *qualora sia possibile*), por efecto de la cual el empresario fuese obligado a corresponder el equivalente —resarcitivo y no retributivo, puesto que no hubo prestación de trabajo— de la retribución.»

regla general sobre las fuentes de las obligaciones (arts. 1.173 del Código civil italiano, y 1.089 del Código civil español) es aplicable solamente en su primera parte porque el contrato no es aquí una especie, sino también el género de las causas constitutivas de la relación laboral (107).

Nosotros, pues, nos situamos en la línea de quienes sin admitir ninguna especie de eclecticismo ven relación de trabajo sólo cuando nace de un contrato (108), excluyendo la posibilidad de configurar como típica relación laboral objeto del Derecho del trabajo, la que nace de la ley o de un hecho ilícito (109).

El hecho de que en nuestra ley se utilice la palabra «relación», no añade ni quita nada a cuanto llevamos escrito. Como señaló ya en 1940 Aran Horts, «si el suprimir en las leyes una palabra equivaliera a matar lo que con esa palabra se significa, la tarea de los caudillos sería muy fácil... El concepto de la relación de trabajo... ha sido objeto de más expansiones retóricas que precisiones jurídicas, por lo menos en España... La realidad nos indica

(107) ARDAU, op. cit., págs. 43 y 48-49.

(108) LUIGI DE LITALA: *Il contratto di lavoro*, 5.^a edic. Torino, 1956, páginas 49-52. LIONELLO R. LEVI SANDRI: *Lezioni di Diritto del Lavoro*, Parte Generale, Milano, 1956, págs. 226-227. PIETRO GASPARRI: *L'Azienda* cit., págs. 3 y sigs. LUDOVICO BARASSI: «Il Rapporto di Lavoro a la sua contrattualità», en la *Rev. Il D. del L.*, 1939, parte I, pág. 69; *Elementi di diritto del Lavoro*, sexta ed., Milano, 1954, Giuffré, pág. 34. SINAGRA: *Istituzioni* cit., págs. 296 y 205. LUISA RIVA SANSEVERINO: «Il Contratto di lavoro nel nuovo codice», en *IUS*, año 2.º, 1941, págs. 20 y siguientes; «Il Contratto individuale di lavoro», en el vol. 2.º del *Trattato de Borsi-Pergolesi*, 3.^a ed., Cedam, Padova, 1958, núms. 81 y sigs., página 84. GIOVANNI ROBERTI: *Il rapporto di lavoro* cit., págs. 33 y sigs.

(109) No entramos en el problema de determinar cuál sea la naturaleza jurídica de este contrato de trabajo que ponemos en la base de toda relación. Se puede, sin embargo, ver la interesante clasificación de las doctrinas sobre este argumento hecho por ALONSO GARCÍA: *La Naturaleza jurídica* cit., págs. 67-69 o bien la más reciente de MARTÍN BLANCO, op cit., capítulo I.

con toda evidencia que en el proceso de la producción se manifiestan dos elementos bien determinados: el que da el salario y el que recibe el salario. Como hecho indudable aparece también que los intereses del primero son opuestos a los del segundo, desde el punto de vista individual, aunque resulten coincidentes desde el punto de vista social» (110).

FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ

(110) JOSÉ ARAN HORTS: «La evolución de la doctrina jurídica de las relaciones de trabajo», en *R. de T.*, núm. 20, Madrid, junio, 1941, página 841.