

notablemente mediante un regalo, en que el oro se purgaba de la escoria del dinero, bajo la forma de una bella caja para rapé, que creo reposa hoy en poder del doctor Luis Augusto Cuervo.

También la exagerada severidad con que la opinión pública, ya sea en los estrados sociales, ya sea en los órganos de la prensa, se pronuncia contra cualquier intento de los funcionarios públicos, en mezclar sus intereses privados con el servicio de la nación, es una muestra clara e inequívoca de las enseñanzas de Quevedo inspiradas en las viejas ideas romanas y estoicas.

Gloria para nuestro país que, siendo un campo de grandes oportunidades para enriquecerse, conserva viva la lección de la austeridad y condena el ansia de lucro en el desempeño de los cargos de confianza del Estado.

Este espíritu es heredero legítimo de aquel noble orgullo con que Pérez de Aldana le contestó al rey de Francia:

*“Guardad, Rey, tanta riqueza  
para algún aventurero;  
no se gana con dinero  
a la española nobleza.”*

*Luis Enrique Cuervo*

### DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO, EL DE EMPRESA Y EL DE MANDATO.

Por JAIME RODRIGUEZ FONNEGRA

#### § I. EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL DE EMPRESA *Definición del contrato de trabajo (locatio operarum).*

##### 1. Anotan Capitant & Cuche:

“Contrato de trabajo es el contrato por el cual una persona se obliga a trabajar para otra durante época determinada o, más frecuentemente, sin fijación de término, y mediante remuneración en dinero a tanto por día, semana o mes, o según el trabajo realizado.” (1).

Pero aquí se encuentran varias deficiencias y aun varios errores, a saber:

a) No pertenece a la esencia del contrato de trabajo el que la remuneración tenga que ser en dinero: cabe estipular que la remuneración se pague total o parcialmente en acciones, bonos, etc.

b) La base para liquidar la remuneración puede no ser la de jornal, semana, mesada o tarea: aun cuando no ordinariamente, suele pactarse que el empleado reciba participación en las utilidades líquidas de la empresa, a más de suma periódica, y en ocasiones como única remuneración.

c) Cállase con respecto a que los servicios a cargo del trabajador son precisamente los profesionales de éste: circunstancia tan importante, que sin ella trabajador determinado podría ser obligado a desempeñar cualquier oficio de que el empresario hubiera menester.

d) Déjase de indicar algo esencial del contrato de trabajo: la creación de vínculo de subordinación entre el que encarga el servicio o sus agentes y el que se obliga a desempeñar el oficio o empleo; vínculo cuya existencia determina que el contrato sea el de trabajo, y no el de empresa ni el de mandato.

(1) *Précis de législation industrielle*, N° 134. Colin & Capitant lo repiten aclarando que el asalariado es empleado, criado u obrero (*Cours élémentaire de droit civil*, t. II pág. 587.)

2 A semejantes reparos no se presta la definición del contrato de trabajo que dan Planiol & Ripert, a saber:

“Contrato de trabajo es la convención por que una persona pone su actividad profesional a disposición de otra de modo tal, que haya de trabajar bajo la dirección y en provecho de ésta mediante remuneración, que se llama salario.” (1).

Sólo que ahí se omite la indicación de que tal contrato es de duración temporal o indefinida.

3 Ocurre esto mismo con la definición de Josserand:

“Convención a virtud de la cual una persona se obliga a trabajar por cuenta y bajo la dirección de otra mediante remuneración, que puede tener formas diversas.” (2).

En lo cual hay otro defecto: el de no manifestarse que los servicios que debe desempeñar el asalariado son los profesionales de éste.

4 Defino pues el contrato de trabajo expresando que es aquel por que un sujeto se obliga a poner su actividad profesional a disposición de otra persona por tiempo fijo o indeterminado y de modo tal, que haya de trabajar en provecho y bajo la dirección de ésta o de sus agentes; la que a su vez se obliga a pagar al primero remuneración, llamada salario.

5 Según esto, el contrato de trabajo es oneroso por esencia, conmutativo por naturaleza (3), *intuitu personae* con relación al asalariado (4) y bilateral de ejecución continuativa.

(1) *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, N° 767.

(2) *Cours de droit civil*, t. II, N° 1.263.

(3) El concepto de contrato oneroso no lleva en si el de contrato conmutativo, y el salario puede no ser fijo sino eventual, y según lo pactado, quedar sujeto a aumentar o disminuir en proporción a las utilidades que obtenga el patrón, y aun a desaparecer en caso de pérdida. Con todo, entre nosotros las disposiciones legales sobre las prestaciones que se deben al asalariado en el evento de enfermedad y a la mujer encinta o que ha dado a luz han subvertido el concepto de que el contrato de trabajo es conmutativo.

(4) Para el asalariado, lo importante es el haber de trabajar a cambio de la remuneración pactada; y para el patrón, la habilidad profesional del otro contratante.

### *Definición del contrato de empresa (locatio operis).*

6 Denominase contrato de empresa la convención por la cual una de las partes se obliga para con la otra, que debe pagarle remuneración, a prestar los servicios conducentes a la ejecución de obra o fenómeno determinado.

Contratos de empresa vienen a ser los en que el empresario se obliga solamente a efectuar, por ejemplo, la construcción de casa o casas, la colocación de la puerta, la postura de la cerradura, el empapelado del cuarto, la enjalbegadura de la pared, el lavado del coche, el planchado de la ropa, el enjaezamiento del caballo, la composición de la máquina de escribir, la refección del reloj, la mensura del terreno, la copia de planos arquitectónicos, la instalación de la maquinaria, de la tubería o de los enseres conductores de la electricidad, la transcripción del manuscrito, la representación de compañía dramática, la presentación para que se imprima la película, se pinte el cuadro o se esculpa la estatua, la composición del libro o poema.

7 Pero debo advertir antes de pasar adelante el ser necesario, para que se mire como de empresa el contrato sobre ejecución de obra, que el que se obliga a efectuarla no contraiga obligación de dar con relación a los materiales; o en otras palabras, que no pueda considerarse el contrato como relativo a la enajenación de cosa de género: asunto a que se refiere el inciso primero del artículo 2.053 del Código Civil (1).

*En qué se distingue el contrato de trabajo del contrato de empresa.*

8 Hasta hace poco tiempo, la doctrina, siguiendo a Toullier y a Durantón, distinguía el contrato de empresa del de trabajo estimando que en el primero la remuneración correspondía a la importancia de la obra, mientras que en el segundo el salario estaba en proporción con el tiempo que el trabajador emplease. Tal criterio, que llevaba a mirar como contrato de empresa el con arreglo al cual la

(1) Sobre esto véanse en mi estudio sobre la Compraventa los puntos siguientes: “El artículo 2.053” (nn. 142 a 144); “Diferencia entre cosa de género y cosa futura” (n. 194); “Qué se entiende por ‘cosa futura’ para los efectos legales” (nn. 176 a 279).

remuneración se fijaba por piezas o tarea, está abandonado, y con razón: a los de establecer desigualdades irritantes entre obreros cuya condición económica o de trabajo es una misma, se añade la ausencia de motivos jurídicos para ello; ausencia reconocida en la legislación que protege igualmente a los asalariados, ya sea que la remuneración se mida por tarea o por piezas, ya sea que ellos ganen sueldo o jornal. De que la calidad de empresario sea independiente de la condición social del trabajador no se sigue que la forma de la remuneración determine distinción alguna, como tampoco ella se infiere de que todo obrero pueda contratarse como empresario. ¿Y por qué proteger más a unos que a otros, según la remuneración? ¿Y el salario por tarea tiene algo común con la utilidad que obtiene quien es empresario? En cambio, el haber igualdad en las condiciones del trabajo mismo, aun cuando sean diferentes las formas de remuneración, es realidad fecunda en consecuencias y que suministra base para construir con solidez: el obrero que acepta el ponerse a órdenes del patrón no está en la misma situación que el artesano que conserva su independencia en cuanto a la forma de trabajar, y a diferencia del último, no se hace responsable de los riesgos de accidente o pérdida. Como dicen Planiol & Ripert, la forma de remuneración es hecho accesorio que no alcanza a modificar su naturaleza propia: lo que hay en el fondo, cuando se trata de remuneración por piezas o tarea, no es sino procedimiento concebido por el patrón para asegurarse contra la pereza en la mano de obra (1).

Mejor inspirada, como que lo ha hecho con alto criterio jurídico, la jurisprudencia francesa, desde principios del siglo en que estamos, ha fijado rasgo característico del contrato de trabajo, que sirve para distinguirlo, no sólo del de mandato, sino también del de empresa: el vínculo de subordinación del asalariado al patrón o a sus agentes, el lazo de dependencia o dirección respecto del trabajo. De ahí que ya no se usen las expresiones de "arrendamiento de servicios" y "arrendamiento de obra", y que se empleen las de "contrato de empresa" y "contrato de trabajo".

9 Sin embargo, Capitant & Cuche sostienen que el vínculo de subordinación es, no el jurídico, sino el económico. "Hay dependencia económica, explican estos autores, si el que ejecuta el trabajo saca

del mismo el medio único o a lo menos principal de subsistencia y si el que paga la remuneración utiliza entera y regularmente las actividades del primero (1). Este modo de ver no es de recibo. El capitalista que vive de su renta y que trabaja como ingeniero en casa constructora de ferrocarriles, ¿deja de ser asalariado por el hecho de no derivar de su trabajo el modo único de subsistencia? Y el contabilista contratado para trabajar cuatro horas al día en un establecimiento y cuatro en otro, ¿no es asalariado con respecto a sus dos patrones? ¿O lo será sólo del que más le pague? Y si este mismo contabilista recibe sueldos iguales de ellos, ¿cuál es el patrón? El pintor que se obliga a pintar cuadro famoso y que durante seis meses dedica a ese trabajo diez horas de cada día no es, entretanto, asalariado, sino empresario, aun cuando tal pintor esté en la miseria y necesite del producto de su trabajo para subvenir a sus necesidades de alimentación, vestuario y vivienda; y en estas mismas circunstancias, el escultor que se obliga a hacer estatua de bronce con materiales propios a cambio de dinero, vende cosa de género. Lo dicho del pintor y del escultor sucede con la muchacha que se obliga a fabricar mantel de encaje de Venecia. Ni el que se encarga de la gerencia de banco se hace asalariado si está pobre a la sazón. Ni éste celebra contrato de otro tipo si está millonario al contratar la prestación de sus servicios. Ni parece explicable que la naturaleza del contrato varíe con la fortuna de quien lo ha celebrado. A la verdad, el incierto criterio de la subordinación o de la independencia económica del que presta el servicio no conduce a diferenciar el contrato de trabajo de los contratos de otros tipos.

10 En mi concepto, y como se ve por la definición del contrato de trabajo, las diferencias entre este contrato y el de empresa atañen a tres circunstancias, que están ligadas entre sí:

a) La de ser el contrato de trabajo o temporal o de duración indefinida: las obligaciones procedentes del contrato de empresa pueden ser tales, que hayan de pagarse en determinado tiempo, y la del empresario consistir en la ejecución de una serie de actos en el tiempo que se emplee o se fije convencionalmente para la realización de la obra o fenómeno, sin que eso lleve consigo que el contrato sea el de trabajo.

(1) Planiol & Ripert, *Ob. y t. cit.*, Nº 770.

(1) Capitant & Cuche, *ob. cit.*, Nº 140.

b) La de tener el contrato de trabajo por objeto el trabajo considerado en sí mismo: en el contrato de empresa, por el contrario, se atiende al resultado del trabajo por efectuar, sea obra o fenómeno. Esto, que no es nuevo, sino tradicional, viene del Derecho Romano: Paulus, Dig. Lib. L, Tít. XVI, De verborum significatione, L. 5, 1: “*‘Opere locato conducto’ : his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ‘apotélesma’ vocant, non ‘ergon’, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*” (1).

c) La de crear el contrato de trabajo vínculo de subordinación del asalariado para con el patrón o con sus agentes, en lo relativo a la prestación del servicio.

11 Veamos, por ejemplo, el caso de quien sirva a domicilio: si éste se ha obligado a desempeñar determinada tarea (el abrillantar los pisos, el lavado de la ropa), el contrato es el de empresa, y el trabajador queda libre una vez que lo ha hecho; pero si él ha sido contratado para que lave y planche ropa ciertos días de la semana, el contrato es el de trabajo, y cada uno de estos días el trabajador ha de permanecer en la casa durante las horas en que debe desempeñar su oficio, aunque no tenga qué hacer. En el primer caso, el trabajador es libre en principio en cuanto a la forma de efectuar la obra; y en el segundo, está bajo las órdenes que le dé el amo o el ama de llaves al respecto.

De la propia manera, el empapelador resulta empresario si ha contratado el arreglo de una habitación; y si se ha obligado para con la casa de construcciones a empapelar en general, asalariado.

12 Basta con lo anterior para dejar declarado por qué en el inciso primero del artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 se dice lo siguiente:

“Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono.”

(1) Traduzco: “según Labeón, las palabras ‘opere locato conducto’ se refieren a la obra de cuya realización se trata: a lo que llaman los griegos ‘apotélesma’ (obra), y no a lo que ellos denominan ‘ergon’ (actividad, trabajo)”.

En ese texto se fija la diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de empresa (1).

13 La distinción entre el contrato de trabajo y el de empresa tiene gran importancia, puesto que los efectos de uno y otro difieren entre sí por lo atañerо a varios puntos, principalmente los siguientes:

a) La responsabilidad para con terceros: en principio, el patrón es responsable de los hechos ejecutados por el asalariado con ocasión del trabajo, por lo ya expresado acerca de que entre ellos hay vínculo de subordinación o dependencia, que pone al primero en condición de evitar el daño (C. C., Arts. 2.357, 5º y 6º; 2.349);

(1) Por lo anterior se ve cuán ligeros son los conceptos que transcribo de libro reciente:

“No excluye la definición que sean contratos de trabajo los de ejecución de obra que hayan de celebrarse en otras circunstancias distintas de las previstas por el legislador que hacen relación al estudio del elemento dependencia, pero sí limita mucho su alcance en tal forma que es muy difícil definir en cada caso concreto que exista contrato especial de trabajo cuando el objeto es la ejecución de una obra.

“Por técnica empleada por el legislador al definir en forma negativa que no es contrato de trabajo la ejecución de una labor determinada... y por cuanto en la definición no quedó incluida la ejecución de una obra como parte integrante del contrato de trabajo, se llega a la conclusión de que sólo excepcionalmente puede existir el contrato de trabajo sobre ejecución de una obra; es decir, que sienta la presunción legal de no existir contratos de trabajo sobre labor determinada, o lo que es lo mismo ejecución de una obra lo que perjudica notoriamente a los trabajadores, aun desde el punto de vista procesal, como puede pensarse a primera vista.” (Ricardo Silva, “Comentarios al nuevo estatuto del trabajo”, págs. 17 y 18.)

Criticando lo cual, escribe el prologuista del libro citado:

“Emplea el autor por someter a la criba de una crítica vivaz, severa y erudita, la definición misma del ‘contrato de trabajo’ incorporada en la Ley 6ª de 1945. Y encuentra que el concepto allí expresado se circunscribe al contrato ‘de servicios’, con exclusión del ‘de obra’. Tengo para mí que la conclusión es inexacta, y atribuyo el error al inevitable sedimento civilista que va dejando la formación universitaria contemporánea en todos nosotros. Si se aprecia el contrato de trabajo como una prolongación o modificación de los contratos regidos por el Código Civil, la observación sería irrefutable. Pero si es una entidad jurídica distinta, sin parentesco inmediato con la *locatio conductio operis* o la *locatio conductio operarum* de los romanos; si es una ca-

mientras que siendo el contrato de empresa, el que encarga la obra o fenómeno está libre de responsabilidad en lo tocante con los actos del empresario, quien procede a su riesgo y ventura (1).

b) El asalariado no es responsable de la pérdida de la cosa hecha mediante su trabajo, a menos de haber cometido culpa; y el empresario pierde la remuneración cuando la materia perece por hecho no culposo de él o de las personas que le sirven, fuera de los casos de los ordinales 1º a 3º del artículo 2.057. Si la materia perece por hecho culposo del empresario o de alguna de estas personas, se siguen las reglas generales.

c) El contrato de trabajo termina por la muerte del asalariado; el de empresa puede subsistir a la del empresario a virtud de convenio en el particular.

tegoría nueva, coetánea de la revolución industrial, de lineamientos propios y características peculiares; si nos olvidamos, para aprehenderla, de lo que nos enseñaron en la clase de derecho civil, el resultado es bien distinto. Y si hasta para los mismos civilistas era en ocasiones imposible distinguir un contrato de arrendamiento de servicios de un contrato de obra, ¿cómo podría un magistrado del trabajo sostener ahora que quien ejecuta una o varias obras en beneficio de otro y bajo su continuada dependencia, no le presta con ello un servicio personal? Realmente, yo no he logrado concebir un servicio personal que, en último análisis, no lleve implícita una obligación 'de hacer', es decir, de ejecutar una obra cualquiera. La zanja que se abre, la cerca que se hace, los adobes que se pegan, la tela que se fabrica, el arrojar la semilla al surco, el apacentar los ganados, el vigilar las revoluciones de la máquina, obras son, tan obras como el cuadro que se pinta, la estatua que se esculpe, la joya que sale de manos del artífice o el mobiliario espléndido que talla el ebanista. El concepto de servicio personal en la Ley 6ª de 1945 engloba, a mi juicio, tanto el 'arrendamiento de servicios' de tradición romanista, como el 'contrato de obra'. Lo que ocurre es que uno y otro requieren condiciones especiales para que conformen un verdadero 'contrato de trabajo', la principal de las cuales es la 'continuada dependencia'".

Mas duelo da no poder uno determinar, como en efecto sucede, si el prologuista incurre en más dislates que el autor, a quien pretende corregir, o al contrario. Perdóneme el lector si con los traslados que dejo hechos he puesto en peligro la seriedad del tema.

(1) Según esto, el vocablo "sirvientes", empleado en el artículo 2.349, no comprende al deshollinador ni a la planchadora que hayan celebrado contrato de empresa.

d) El contrato de trabajo es susceptible de terminar por renuncia del asalariado o porque éste sea despedido, y aquellas normas por que se regulan los efectos de la terminación del contrato son especiales para esos dos casos. Al contrato de empresa, por el contrario, no puede poner fin el empresario; quien está irremisiblemente obligado a ejecutar lo convenido, y quien dejando de hacerlo cae en responsabilidad de perjuicios para con el otro contratante. Lo último se rige por los principios generales de los contratos; mas hay regla especial para el contrato de empresa, cual es la del segundo inciso del artículo 2.056 del Código Civil, con arreglo al cual texto quien ha encargado la obra al empresario, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, puede hacerla cesar, reembolsando el artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra, a menos de haberse estipulado otra cosa.

e) El asalariado puede estar sujeto a las sanciones disciplinarias que señale el reglamento hecho por el patrón; y con el empresario, que no es dependiente de nadie, y que no está sujeto a horario ni a reglamento, el asunto es al contrario.

f) El asalariado goza de las "prestaciones patronales" señaladas en los artículos 12, 13 y 14 de la Ley 6ª de 1936; y el empresario, que ha tenido independencia para emprender en otros negocios, que no se ha obligado a trabajar tantas horas al día y que no ha tenido patrón, no tiene derecho, en caso determinado, sino a que se le pague el precio prefijado. Quien goza de prestaciones patronales ha perdido libertad.

g) El asalariado es dependiente, y el empresario, que de nadie lo es, ocupa el cargo de patrón con respecto a sus propios asalariados.

h) El asalariado no es dueño de empresa alguna; pero el que está ejecutando contrato de empresa es dueño de su propia empresa o negocio. De tal manera, el monto de las "prestaciones patronales" a que se refiere el ordinal 3º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945 depende exclusivamente del capital que en el negocio tenga invertido el patrón. Así, por ejemplo, si la casa que explota lavandería funciona con más de \$ 125.000,00 de capital, se halla sujeta a la totalidad de las "prestaciones patronales" indicadas en el artículo 12 de dicha ley; pero si el capital de esta casa es de \$ 5.000,00, y

si ella no tiene otros negocios, las "prestaciones patronales" a su cargo son las correspondientes a las empresas de capital inferior a \$ 10.000,00. Lo mismo es en lo relativo a la casa constructora; sólo que respecto a ésta no se considera el capital para el efecto de fijar el monto de las "prestaciones patronales", debiendo ser clasificada en cada evento "por el presupuesto, el valor del contrato o el costo total de la respectiva obra", según el parágrafo 2º del artículo 13 de la Ley 6ª de 1945.

## § II. EL INTERMEDIARIO Y EL EMPRESARIO

### *Qué se entiende por intermediario*

14 Quien sirve de intermediario a empresa determinada no es a su vez empresario: ése obra por cuenta ajena, y tiene la calidad de asalariado o la de mandatario, según las circunstancias.

Pero el que se ha obligado como empresario no es intermediario: le corresponde efectuar cuantos gastos demande la obra que se haya obligado a ejecutar, y así como puede perder en el negocio porque se le encarezca la mano de obra o porque los obreros le hayan hecho mal las cosas o porque se haya equivocado al calcular el costo de la obra, puede ganar lo que de antemano tiene calculado, y ganará más de esto si encuentra obreros que trabajen por menos de lo presupuesto. Ni la utilidad o pérdida que el empresario tenga ni los gastos que éste haga importan al otro contratante, obligado a pagar el precio prefijado, y nada más que el precio. De ahí que en el artículo 2.060 del Código Civil se establezca, en relación con el contrato de empresa, que el empresario no puede pedir aumento de precio a pretexto de haber encarecido los jornales.

### *Consecuencia*

15 Quien ha celebrado contrato de empresa con el empresario nada tiene que ver con los dependientes de que éste se valga para ejecutar el contrato. Así, el que ha dado vestido a lavar en seco no tiene que pagar nada a los operarios de que el lavadero se valga, y queda libre pagando al lavadero el precio acordado. Por lo tanto, no hay "prestaciones patronales" a cargo del primero, que no ha tomado la calidad de patrón.

### *La única excepción*

16 Sin embargo, hay una acción oblicua contra quien ha encargado la obra; tal es únicamente en el contrato sobre construcción de edificio, para las pagas debidas por el empresario a los asalariados del mismo; de que trata la parte final del ordinal 5º del artículo 2.060 del Código Civil. Conforme a ese texto, los obreros empleados en la construcción del edificio que han contratado con el empresario tienen acción contra el dueño, "por sus respectivas pagas" (en que se comprenden los salarios, las reparaciones por accidentes del trabajo y las obvenciones legales, salvo la del seguro), "subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste (el dueño) deba al empresario". De suerte que a pesar de esta acción oblicua, la obra no tiene por qué salir al dueño en mayor suma de la estipulada en el contrato de empresa.

Fuera de esta excepción, cuyos efectos son limitados, no existe otra: "el dueño de la empresa es quien debe cumplir con todas las obligaciones establecidas en las leyes de trabajo", reza el primer inciso del artículo 7º de la Ley 133 de 1931; y tratándose de la ejecución de contrato de empresa, no es el que encarga la obra, sino el empresario, quien resulta dueño de la empresa de que se trata.

Otra cosa es, repito, en lo tocante con la intervención de intermediarios: en el segundo inciso de ese mismo artículo se establece que las acciones del asalariado son para con el intermediario, y no solamente para con el patrón o mandante de éste, y se dispone que si el intermediario ha contratado sobre la base de que él asume los riesgos tocantes con el seguro y demás obvenciones legales, o alguno de ellos, la persona o entidad a quien aprovechan los servicios del intermediario tiene acción contra ella y que la última puede "repetir contra el intermediario en los términos que se estipulen en el respectivo contrato". Ese caso no es el del contrato de empresa.

17 Lo discutible es si dicho texto se refiere o no al caso de que el contrato entre el dueño o empresario y el intermediario sea el de mandato, y la solución depende de si entre ellos existe o no el "vínculo de continuada dependencia" de que allí se habla, y el cual se crea siempre por el contrato de trabajo, y jamás por el contrato de empresa ni por el contrato de mandato.

18 Queda por anotar que el Decreto 800 de 1932 —por el cual no sólo se reglamentaron las leyes vigentes sobre seguro colectivo sino que se legisló en el particular—, habla en su artículo 18 de “intermediarios o contratistas” y que, no refiriéndose el texto legal sino a “intermediarios” y no pareciendo que en ese particular tuviera el Gobierno la intención de quebrantar la ley que se reglamentaba cual en otros puntos, la palabra “contratistas”, allí empleada, significa “intermediarios”, y no “empresarios”: cada empresario tiene obligaciones de tal, y ninguna de tales obligaciones viene a ser de quien celebra con él contrato de empresa determinado; salvo en el caso de que el contrato de empresa tenga por objeto la construcción de edificio, evento en el cual los obreros del empresario tienen acción contra el dueño por sus respectivas pagas, pero no ilimitadamente, sino en subsidio (o sea en el caso de que el empresario no les haya pagado), y hasta concurrencia de lo que el dueño esté debiendo al último en razón del contrato de empresa.

19 Claro está, por otra parte, que esta excepción no es con respecto al seguro: la obligación de asegurar a los asalariados no es de las “pagas” a que el ordinal 5º del artículo 2.060 del Código Civil se refiere.

### § III. DIFERENCIAS CON EL MANDATO

#### *Distinción entre el mandato y el contrato de trabajo.*

20 Estiman algunos que el mandato es en el derecho moderno, contrato de representación, y de ahí deducen la diferencia. Mas ocurre que el contrato de trabajo es en veces tal, que al desempeñar su oficio el asalariado ha de representar al patrón, cual sucede con los factores; y a esto se añade que no siempre hay representación en el mandato: Planiol & Ripert, quienes afirman que “el mandato es esencialmente contrato de representación” (1), admiten al tratar de la venta que el tercero encargado de fijar el precio es mandatario de los contratantes (2); y, acogiéndose a la tradición, nuestra le-

(1) Ob. y t. cit., Nº 774.

(2) “La jurisprudence la plus moderne tend a considérer ces tiers chargés de fixer le prix comme des mandataires des parties: le vendeur et l'acheteur, ayant subsisté la volonté des tiers a leur volonté propre, seront tenus de respecter leurs décisions.” (Ob. cit., t. X, Nº 37.)

gislación estatuye que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios se sujetan a las reglas del mandato (C. C., Art. 2.144). Luego la distinción entre el contrato de trabajo y el de mandato no puede fundarse en ese concepto.

En cambio, sobre la base de que el contrato de trabajo se caracteriza por las circunstancias indicadas en los puntos a), b) y c) del número 10 —de las cuales se refieren las dos primeras a la existencia de algún vínculo de subordinación, dependencia o dirección respecto a la ejecución del trabajo— se declara el asunto, y ningún problema queda en esa materia. Precisamente en ello está lo maravilloso de la solución, concebida por la Jurisprudencia Francesa, de que se atienda a si hay o no el vínculo en referencia.

Y si se objeta que en el mandato puede existir este mismo vínculo, basta con la respuesta que dan los hechos: el mandatario que se obliga a seguir las instrucciones que le comunique el mandante con posterioridad a la celebración del contrato no hace otra cosa que dejar al segundo facultad de dirección, y no llega a subordinarse a él. En otras palabras: el mandatario tiene libertad para obrar, salvo en cuanto a los puntos acerca de los cuales haya convenido en ajustarse a instrucciones del mandante, y al quedar ligado por éstas no se pone bajo la dirección o dependencia del mismo: el haber de cumplir instrucciones y el tener que obedecer no son una misma cosa. No ocurre pues que haya la diferencia de grado en la subordinación de que hablan Planiol & Ripert (1), sino que tal subordinación no existe (2).

21 Por otra parte: fijándose la diferencia que hay entre el contrato de mandato y el de empresa, el asunto se declara mejor.

#### *Distinción entre el contrato de mandato y el de empresa.*

22 Conviene, pues, determinar las circunstancias características del mandato, cuanto más que no acepto ideas corrientes en el particular porque no encuentro que ellas correspondan a sistema verdadero.

Sintetizo mis conclusiones en el particular expresando que para el mandato viene a ser esencial:

(1) Planiol & Ripert, t. XI, Loc. Cit.

(2) Cf. Jossierand, Ob. y t. cit., Nº 1.429.

I.—O el tratarse de la ejecución de uno o más actos jurídicos, sea con representación o sin ella: en la incompleta definición de su artículo 2.142, el Código habla de “la gestión de uno o más negocios”; o sea de la ejecución de acto jurídico en general. Casos de mandato sin representación: el de tercero encargado de fijar el precio, el de los arbitradores, el de haber de contratarse a nombre del mandatario conforme al artículo 2.177. La facultad de representar lleva consigo la de efectuar actos jurídicos a nombre del mandante.

II.—O el tratarse de los servicios de las profesiones o carreras que suponen largos estudios, a que el artículo 2.144 se refiere. Esta disposición, que se explica por la Historia, exige interpretación restricta, dados los móviles mercantilistas a que obedecen ordinariamente los hombres de las sociedades modernas, y principalmente, en fuerza de los cambios que desde la aparición de la grande industria se han venido operando en la vida económica y del fenómeno de la especialización indefinida; y así, no ha de tener aplicación sino a abogados y a jurisconsultos, de un lado, y a médicos generales y a cirujanos, de otro: a todos ellos, porque no podría desconocerse que el legislador los tuvo en mira al expedir el texto, donde pluralizó para referirse no solamente a los servicios que suele prestar quien ha seguido la carrera del Derecho, sino también a otros servicios profesionales. Sólo que en el artículo 2.069 se exige el criterio de la interpretación restricta. De tal manera, están excluidos de la regla los ingenieros y los consultores en arquitectura u otro arte, los químicos, los bacteriólogos, etc.

Con relación al abogado, que representa a su cliente en juicio, la institución se justifica hasta cierto punto, y casi podría decirse lo mismo del que escribe memoriales para que el interesado los firme. Sin embargo, no se halla motivo de orden doctrinal para extender las reglas del mandato a fenómenos que no atañen a la ejecución de algún acto jurídico, tales como éstos. La conclusión es más clara en lo referente a la consulta que se hace al jurista profesional o al cirujano que ejerce. En cambio, la gratuidad se presume cuando resuelve la consulta quien no está ejerciendo (1).

(1) Que el artículo 2.144 no sea concerniente a los ingenieros resulta discutible, pues don Andrés Bello escribió en artículo llamado “La locación de servicios y el mandato” lo que transcribo a continuación:

“Los romanos no admitían otra diferencia entre la locación de

23 Entendiendo así lo del mandato, y considerándose lo expresado en los números precedentes sobre el contrato de empresa, queda fijada con claridad la distinción entre uno y otro, y se concluye que alguna vez pueden coexistir los dos contratos; que es lo que sucede, por ejemplo, con el constructor que lleva las cuentas de la obra que se está levantando con materiales suministrados por quien la ha encargado, con el arquitecto que debe comprar estos materiales, etc.

24 Otra conclusión a que se llega por ese medio es, según tengo anunciado, la de que el contrato de trabajo se diferencia del de mandato por circunstancia propia del primero: la de establecer el vínculo de subordinación o dependencia; el cual no puede existir en

---

obra y el mandato, que la circunstancia de pagarse un precio o salario por la primera, siendo siempre gratuito el segundo. El tener o no un carácter representativo respecto de terceros, era una circunstancia indiferente.

“.....  
“Yo niego que en nuestro siglo esta disposición a la beneficencia sea el móvil que influye ordinariamente en el ejercicio de las profesiones liberales. Quitese a la jurisprudencia y a la medicina el lucro que reportan; y se verán desiertas las aulas de jurisprudencia y de medicina. Lo que solicitan el abogado y el médico no es una simple indemnización. Hállanse en el mismo caso que el artesano que se afana por aprender un oficio para vender un artefacto. En el albañil, como en el jurisconsulto, el valor de la obra se regula por lo que cuesta el aprendizaje, por la relación entre la oferta de la obra y su demanda en el mercado, y por la habilidad del operario. Uno y otro hacen un verdadero beneficio a la humanidad en el servicio que le prestan. Pero no es la idea de consagrarse al interés ajeno, sino es acaso con algunas raras excepciones, lo que lleva los aprendices al taller, o los alumnos a las clases profesionales. ¿Y cómo puede llamarse simple indemnización u honorario el que conduce al bienestar, a la riqueza, a la opulencia? La profesión del médico, del abogado, del ingeniero, es un capital productivo.”

Estimo, con todo, que los ingenieros no están comprendidos en la regla del artículo 2.144, cuyo alcance debe limitarse lo más posible: la ingeniería está dividida en multitud de ramas, y la mecánica, subdividida. En escuelas europeas, el estudio de la arquitectura dura siete años. La física y la química, las cuales han llegado a extremos que no se sospechaban hace un siglo, demandan estudio permanente. Y un contador se cree pozo de ciencia.

cuanto el contrato sea el de mandato, ni siquiera en los casos de prestarse los servicios del ordinal II, porque ni al médico ni al abogado que trabaja libremente se dan órdenes sobre la manera de obrar, oportunidad de hacerlo, etc. En esta materia, la diferencia es la misma que hay entre el contrato de empresa y el de trabajo; sólo que tales profesionales no son jamás empresarios, a virtud de texto legal más o menos inconsulto. Así, cuando los miembros de la sociedad de que formo parte dejamos de prestar servicios de consultores al Banco Anglosudamericano por efecto de la fusión de éste con el Banco de Londres y América del Sur (no Sud, bárbaramente escrito en los membretes), considerámos que no teníamos derecho a cesantía: ningún vínculo de subordinación había existido y, en consecuencia, no habíamos estado ligados por contrato de trabajo.

25 Sin embargo, reuniéndose las condiciones propias del contrato de trabajo, lo hay con el abogado y con el médico: el abogado que debe asistir periódicamente por tiempo fijo a la oficina que se le suministra para que despache peticiones en el sentido que se le mande, ya sea para atender a los cobros o ya para suspender alguna ejecución en curso, tiene la calidad de asalariado; como que está ligado por contrato de duración indefinida o temporal que, teniendo por objeto el trabajo considerado en sí mismo, produce vínculo de subordinación a virtud del cual han de hacerse las cosas en el orden que el patrón o administrador quiera, si no igualmente en la forma que a éste satisfaga. Lo propio sucede con relación al médico en circunstancias semejantes: el de empresa ferroviaria que ha de ir a las estaciones ciertos días de la semana o del mes, no por ello es dependiente: si está sujeto a reglamento, es empleado; y si no está obligado a seguir órdenes de nadie, mandatario.

Sólo queda por apuntar, para completar el asunto, que en razón del contrato de trabajo el asalariado puede tener a su cargo funciones representativas sin que por ello exista contrato de mandato, sino mera procuración o encargo: tal es en el caso del factor, en el del agente de la compañía de seguros facultado para otorgar pólizas, en el del agente viajero encargado de colocar pedidos y en otros.

#### *Importancia de las distinciones.*

26 La distinción entre el contrato de mandato y el de trabajo tiene importancia, no sólo en lo relativo a la formación del contrato, re-

paraciones por accidentes, seguro obligatorio, etc., sino también y principalmente, por lo que hace a la remuneración y a la responsabilidad para con terceros. Con relación a ésta, cabe observación análoga a la del número 13, punto a); pues el principio es el mismo: habiendo contrato de trabajo, el patrón es responsable, por lo general, de los hechos ejecutados por el asalariado en desempeño de sus funciones, puesto que habiendo subordinación o dependencia del empleado, el patrón está en capacidad de evitar el daño.

Respecto a la remuneración, las consecuencias varían, según el fenómeno: a tiempo que tanto el contrato de empresa como el de trabajo son onerosos por esencia, el de mandato es gratuito por naturaleza, ya que el mandatario no tiene derecho sino a la remuneración estipulada o usual (Art. 2.084, ord. 3º). No habiendo pues convenio en el particular, y no acostumbrándose remunerar al mandatario que presta servicios de la misma índole del que se ha prestado, no ha lugar a remuneración alguna.

Pero las mayores diferencias atañen a la terminación del contrato y a las consecuencias de ella: el de mandato finaliza por cualquiera de las causas detalladas en el artículo 2.189 del Código Civil, y la finalización del mismo produce determinados efectos; mientras que el contrato de empresa y el de trabajo se rigen a ese respecto por reglas particulares (n. 13).

*Jaime Rodríguez Fonnegra*

Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia del Rosario.