

¿PUEDE EL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS PROFESIONALES SER UN CONTRATO DE TRABAJO?

Por CASTOR JARAMILLO ARRUBLA

La pregunta que sirve de título nos la hemos formulado hace algún tiempo y a contestarla enderezamos estos apuntes.

¿Puede, en verdad, dentro de la legislación colombiana, darse el caso de que un contrato de prestación de servicios profesionales —de un médico, un ingeniero, un abogado, etc.—, sea un contrato de trabajo y no otro? ¿Cuándo puede ocurrir esto?

En primer lugar, es bueno observar la trayectoria que ha recorrido en nuestra legislación y nuestra jurisprudencia la noción de contrato de trabajo.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho muy bien que “con anterioridad a la Ley 10 de 1934 solamente existía, en materia de contratación de trabajo, la imperfecta y anticuada reglamentación contenida en el Código Civil sobre arrendamiento de servicios.” (C. J. Tomo XLIII, p. 622).

Sólo en 1936 el Departamento Nacional del Trabajo, oficina dependiente del Ministerio del ramo, ensayó dar una definición, noción o concepto de ese contrato al expresar lo que sigue: “El Contrato de arrendamiento de servicios —contrato de trabajo— puede definirse con los tratadistas de la materia —pues no está definido aunque sí reconocido por nuestra legislación— diciendo —que es la convención por la cual una persona se compromete a trabajar por cuenta y bajo la dirección de otra persona, mediante una remuneración, cualquiera que sea su forma de pago.” (Concepto de septiembre 19 de 1936). En concepto de 28 de marzo de 1938, citando a Capitant y Cuche, precisaba la idea característica distintiva del contrato de trabajo expresando que era “el vínculo de subordinación

El principal elemento que integra la noción del contrato de trabajo es la “subordinación” o “dependencia” del asalariado al patrón, que en la definición de la Ley 6ª debe ser “continuada”, es decir, no ocasional, ni transitoria, ni instantánea, sino prolongada o de cierta estabilidad.

Todos los comentaristas de derecho del trabajo, nacionales y extranjeros, señalan como esencial en dicho contrato la “subordinación”. Así, entre los primeros, dice el doctor Jaime Rodríguez Fongre, catedrático de derecho civil en el Colegio del Rosario: “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 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”. (“Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario”, N° 393 a 395, p. 328).

Según los expositores, esta dependencia puede ser de tres clases: económica, técnica y personal. Así lo dijo también el Departamento Nacional del Trabajo en concepto de fecha 28 de marzo de 1938.

Los tratadistas convienen en expresar que siempre hay dependencia económica en el contrato de trabajo, aun cuando el asalariado tenga otras entradas o derive de otra manera su subsistencia.

De la subordinación técnica no nos ocuparemos en el presente estudio, porque deseamos analizar únicamente el contrato de servicios profesionales desde los otros puntos de vista, de ocurrencia más frecuente entre nosotros.

Y la personal ha sido definida como “la facultad que tiene la empresa o el patrono de dar órdenes al asalariado en todo momento y lugar; y en la obligación para éste de someterse a obedecer los reglamentos de la empresa, lo cual implica sujeción a horarios de labor, normas de conducta especiales, etc.” (Dr. Adán Arriaga Andrade, en el Prólogo al libro del Dr. Ricardo Silva “Comentarios al nuevo Estatuto del Trabajo”).

No obstante tan autorizado concepto, nos parece más precisa esta noción que da un conocido tratadista argentino de estas materias: “Subordinación no significa en nuestra ciencia *sometimiento*

o dependencia del asalariado para con el patrón'. (Legislación del Trabajo, C. E. Barón Serrano, 1944, p. 97.)

La Ley 10 de 1934 no definió el contrato de trabajo, pero sí dio una definición de empleado particular en su artículo 12 al decir que lo era toda persona que, no siendo obrero, realizase un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquier otra forma de retribución.

No es esta una definición precisa. No se consignaron allí las verdaderas y fundamentales características que integran la noción de empleado particular. Se dijo que lo era el que no fuese obrero, pero no se definió a éste. Tal vacío lo vino a llenar el Decreto reglamentario, N° 652 de 1935, en sus artículos 1° y 2°. Por el primero se esbozó el concepto de "subordinación" o "dependencia" que caracteriza el contrato de trabajo, cuando dijo que empleado es el que se halla obligado a prestar sus servicios a otra persona que adquiere *facultad para darle órdenes*; y por el segundo se definió el concepto de obrero como "todo el que ejecuta una *labor material* para otro".

Estas definiciones ya no son aceptables totalmente hoy. En su tiempo produjeron confusiones y dificultades innumerables, por algunos de sus aspectos, que la jurisprudencia quiso solucionar pero sin un criterio científico, mediante un procedimiento difícil y curioso. Por ejemplo, había que investigar cuáles eran las labores del asalariado, pues si en ellas predominaba el trabajo o esfuerzo de orden intelectual era empleado y si la labor material, era obrero. En muchos casos el Juez se veía en apuros evidentes para decidir si en un trabajo determinado tenía predominio el un esfuerzo o el otro.

Vino entonces la Ley 6ª de 1945 que tuvo el afán de dar fin a esta situación. Por medio de su artículo 1° dio una noción del contrato de trabajo. Dice que existe "entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio". Con el fin de aclarar, allí mismo dio una explicación para advertir qué contratos no caen bajo esa denominación.

Esta definición ha sido objeto de diversos comentarios. En general, ha sufrido críticas. Pero no es el caso de entrar aquí en ese debate. Lo que sí es bueno resaltar es que ella consagró los elementos característicos del contrato de trabajo, que habían venido señalando la jurisprudencia y los tratadistas.

ni la renuncia a la porción más mínima de la dignidad humana. Subordinación equivale a dirección, y la dirección es necesaria para regular, distribuir y orientar el trabajo dentro del taller, cualquiera sea el régimen que adopte". ("Derecho del Trabajo". Ramírez Gronda).

Estas mismas nociones quedaron incorporadas en el Decreto reglamentario de la Ley 6ª de 1945, o sea en el N° 2127 de 28 de agosto de 1945, sobre contrato de trabajo, pues en su artículo 1° expresa: "Se entiende por contrato de trabajo la relación jurídica entre el trabajador y el patrón, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, a ejecutar un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continua dependencia, y este último a pagar a aquél cierta remuneración".

De acuerdo con esta definición —de la Ley 6ª y su Decreto— las características del contrato de trabajo, son las siguientes.

1°—La ejecución por el trabajador de una obra o labor o la prestación personal de un servicio intelectual o material.

2ª—Que esta labor se preste en beneficio del patrón.

3ª—Que la prestación se efectúe bajo la continuada dependencia del patrón.

4ª—Que el patrón pague el trabajador por su labor un salario.

Noción de empleado particular.

Es conveniente estudiar también esta noción, antes de hablar del contrato de servicios profesionales.

Aunque ha perdido su interés, de acuerdo con la definición de contrato de trabajo de la Ley 6ª, es bueno, para el presente estudio, hablar de este concepto de empleado particular, por haber fijado la jurisprudencia de la época anterior a dicha ley unos requisitos determinados para que él existiese, que, aunque criticables hoy por algunos aspectos, en ese momento sirvieron para señalar su existencia.

La Ley 10 de 1934 en su artículo 12 —según dijimos— definió la calidad de empleado particular, diciendo que se entiende por tal "toda persona que no siendo obrero, realice un trabajo por cuenta de otra persona o entidad, fuera del servicio oficial, en virtud de sueldo o remuneración periódica o fija, participación de beneficios o cualquiera otra forma de retribución.

Esta definición fue complementada por el Decreto 652 de 1935, reglamentario de dicha ley, por medio de su artículo 1° que expresa: "Se entiende por empleado particular, para los efectos de la Ley

10 de 1934, todo aquél que, fuera del servicio público u oficial, sin ser obrero, se halle obligado, mediante un contrato, a prestar sus servicios a otra persona natural o jurídica, que adquiere facultad para darle órdenes, siempre que dicha prestación de servicios no sea con carácter ocasional, bien sea en establecimientos o empresas industriales o comerciales o en oficinas de otra naturaleza, sea cual fuere la remuneración de que disfrute y la forma en que le sea pagada”.

Basado en tales textos legales, el Departamento Nacional del Trabajo en concepto de 2 de julio de 1935, señaló como elementos esenciales que constituyen la calidad de empleado particular, los siguientes: “a) La dependencia o subordinación del trabajador en relación con otra persona, natural o jurídica particular, por razón de un contrato de prestación de servicios celebrado con esa persona, siendo entendido que éste existe desde el momento en que el trabajador consiente en prestarlos esperando una remuneración y el patrón consiente en ello; b) Que el establecimiento, empresa y obra, en donde se presente el servicio tenga el carácter de permanencia y no el de transitorio y ocasional; c) Que en el desempeño de las funciones asignadas al trabajador predomine el esfuerzo intelectual sobre el esfuerzo simplemente físico, bien sea dicho esfuerzo anterior o coetáneo en relación con tal desempeño, entendiéndose que cuando el esfuerzo intelectual es anterior, éste ha de consistir en estudios teóricos especiales que se consideran necesarios para la prestación eficiente del servicio”.

Para nuestro estudio, sólo es necesario analizar la primera de esas circunstancias, pues las otras dos no presentan mayor dificultad. Es decir, hay que ver si existe la *subordinación* o *dependencia*, por razón de un contrato de prestación de servicios profesionales.

El mismo Departamento Nacional del Trabajo, hablando en providencia de 10 de abril de 1939 de este vínculo de subordinación o dependencia, dice que es aquel “mediante el cual un patrono puede dar órdenes permanentes al trabajador respectivo. En otros términos: si un patrono puede dar *habitual, continua y permanentemente órdenes* a un trabajador, y éste tiene que *obedecerlas y cumplirlas*, para los efectos de la Ley 10 de 1934, el trabajador respectivo es empleado particular de la persona o entidad que da las órdenes”. (Boletín de ese Departamento N^o 78, p. 237).

La dependencia.

Confluyen aquí la noción anterior de *empleado particular* con la actual definición de contrato de trabajo. Aparece en ambos conceptos una misma característica, que es la subordinación o dependencia del asalariado a su patrón, que la Ley 6^a de 1945 exige que sea “continuada”.

Ya atrás vimos que la subordinación implica, con respecto al patrono, la facultad de dirección o de dar órdenes, y, con relación al asalariado, la obligación de cumplirlas.

El Diccionario de la Academia Española define la *subordinación* como la “sujeción a la orden, mando o dominio de uno”, de modo que está bien expresada esta noción en los términos anteriores.

Y también vimos ya que es *continuada* la dependencia o subordinación cuando es prolongada y no instantánea, ni ocasional, ni transitoria, sino permanente o de alguna estabilidad.

Establecidos estos conceptos, es del caso analizar si en el contrato en estudio pueden estar cumplidos totalmente. Es decir, si el contrato de prestación de servicios profesionales puede ser contrato de trabajo y cuándo.

El Contrato de Servicios Profesionales

Veamos algo acerca de este contrato.

De todos los tratadistas de derecho del trabajo que hemos consultado al respecto, el único que dedica mayor atención a este asunto es Mario de la Cueva en su libro “Derecho Mexicano del Trabajo”. Todo un capítulo, del mayor interés, dedica a estudiar este importante convenio.

Sostiene dicho expositor, con innegable lógica, que cuando la prestación de servicios profesionales reúne los requisitos del contrato de trabajo, es un verdadero contrato de esta naturaleza y no otro.

“Las empresas, como organizaciones económicas —dice—, se han vuelto cada vez más vastas, de manera que sus necesidades han ido en aumento y, consecuentemente, la necesidad de los servicios de los profesionistas ha llegado a ser, también permanente. Por otra parte, la técnica más perfecta de día en día, requiere, asimismo, la utilización constante de técnicos”.

“Los contratos de estos profesionistas no traducen ya los caracteres de la antigua prestación de servicios profesionales, sino que, en términos generales, se han asimilado al contrato de trabajo”.

“Se ha perdido la independencia económica, que si bien como dijimos no es suficiente para caracterizar la relación de trabajo, sí constituye un indicio de transformación de la relación civil. El profesionalista, como los demás trabajadores, queda subordinado, en cuanto a la ejecución del trabajo, a los fines de la empresa, lo que quiere decir que concurren en ese servicio los elementos fundamentales que consignamos en la definición de la relación de trabajo. La dirección del patrono, en el aspecto que llamamos real, puede casi faltar, pero también, según indicamos, la esencia de la relación del trabajo está, no en la dirección real, sino en la posibilidad jurídica de mando, independiente de que el patrono haga ejercicio de esa facultad”.

Más adelante continúa explicando el mismo autor la transformación que, en su concepto, ha sufrido la relación jurídica que origina la prestación de servicios profesionales y agrega: “El trabajo del profesionalista se ha proletarizado en gran parte, tanto porque en él concurren nuevos caracteres, cuanto porque ha perdido su individualidad, esto es, se ha transformado en un engrane de la empresa”.

“El producto obtenido por el empresario es resultado de la colaboración de numerosos factores; los servicios del profesionalista son, indudablemente, de extraordinaria importancia, pero tan necesario es el trabajo del técnico como el de los obreros no calificados, como el del profesionalista. Esa mayor importancia fundará un mejor salario, pero de ello no es posible desprender la existencia de una distinta relación jurídica”.

En nuestra legislación, la situación de los profesionales quedó definida en el Decreto N° 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, pues en su artículo 1º transcrito atrás define el contrato de trabajo como “la relación entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquél cierta remuneración”. (Subrayo).

Es decir, siguió el Decreto 2127, que hoy rige, las líneas directrices del Código Federal de las Obligaciones de Suiza y de la Ley Española sobre Contrato de Trabajo, que reconocen la calidad de contrato de tal clase al que supone en quien lo presta una cultura científica especial, o el de los trabajadores intelectuales, cuando reúnen los demás requisitos de tal contrato.

Es de anotar que dicho artículo 1º del Decreto 2127 no exige una dependencia económica del asalariado al patrono, únicamente, sino una continuada dependencia, que, como vimos atrás, puede ser económica, técnica o personal, y que para los profesionales basta con la posibilidad jurídica de mando, con la facultad de dar órdenes, aunque el patrono —por tratarse de servicios que exigen conocimientos especiales— no haga uso constante de esa atribución. Distinto de la legislación francesa, que sí exige esa dependencia económica, de carácter absoluto, para considerar la prestación de servicios profesionales como relación de trabajo.

Es importante conocer también la opinión del destacado jurista Dr. Rodríguez Fonnegra, atrás citado, quien en un artículo titulado “Diferencias entre el contrato de trabajo, el de empresa y el de mandato”, se expresa en la forma siguiente:

“Otra conclusión a que se llega 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 cuanto el contrato sea el de mandato, ni siquiera en los casos de prestarse los servicios del ordinal II (servicios de las profesiones o carreras que suponen largos estudios, a que el artículo 2144 del C. C. se refiere), 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), consideramos que no teníamos derecho a cesantía; ningún vínculo de subordinación había existido y, en consecuencia, no habíamos estado ligados por contrato de trabajo”.

“Sin embargo —continúa el Profesor Rodríguez Fonnegra—, 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 du-

ración 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 a 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". ("Revista del Colegio Mayor de N. S. del Rosario". Nos. 393 a 395, septiembre a noviembre de 1945, pp. 339 y 344).

No obstante el lastre tremendo que grava al Profesor citado, cual es el de su larga trayectoria civilista que le impide apreciar, desprovisto de ese criterio, la nueva rama de la ciencia del derecho, independiente y robusta como es la que ha venido a formar el derecho del trabajo, no obstante, decimos, ese pesado criterio civilista que no debe aplicarse a estas relaciones más humanas (como que regulan el trabajo humano), el distinguido catedrático no tiene más recurso que llegar a la conclusión de que, reunidos los requisitos que constituyen la noción de contrato de trabajo en el que celebran los profesionales, no viene a ser de mandato, ni de arrendamiento de servicios inmateriales, como dice nuestro Código Civil, sino que es lisa y llanamente contrato de trabajo.

El profesor Rodríguez Fonnegra incurre en evidentes errores por dejarse guiar por su noción civilista del derecho. Por ejemplo, los de considerar que son características esenciales del contrato de trabajo la obligación del trabajador de asistir periódicamente, por tiempo fijo, a una oficina que se le suministra por el patrón para hacer determinados trabajos en el sentido que se le mande y la de estar sujeto a un horario. Se ve muy bien que el Profesor no conocía el artículo 1º del Decreto 2127 de 1945, ya citado (posiblemente por haberse proferido después de su estudio), que complementa la definición de Contrato de Trabajo dada por la Ley 6ª que reglamenta, ni analiza la definición que dicha ley da, toda vez que con ese concepto circunscribe la dependencia continuada del asalariado al patrón a la subordinación personal únicamente, dejando de lado la subordinación técnica y la económica y todas las actividades de orden intelectual como las de los profesionales, que no exigen, en muchos casos, una dependencia tan exagerada, de horarios, lugares de trabajo, etc., como la que tan distinguido jurista exige.

Con relación a los profesionales, el Departamento Nacional del trabajo dio el concepto siguiente con fecha 10 de julio de 1939: "El profesional que ejerce para el público en general su respectiva profesión, con oficina propia e independiente, con autonomía, *sin horas de trabajo fijas y periódicas ni vínculo continuo y permanente de dependencia*, no es empleado de las diferentes personas o entidades que utilizan sus servicios, y por tanto, no puede reclamar de ellas la concesión de los derechos que amparan a los empleados particulares, en su calidad de tales". ("Legislación del trabajo", C. E. Barón Serrano, 1944, p. 39). (Subrayo).

Este concepto, dado antes de la nueva legislación, se reciente de los mismos errores anotados al Profesor Rodríguez Fonnegra, pues exige a los profesionales, para que sus servicios sean los del contrato de trabajo, que, además del vínculo de subordinación, se hayan obligado a trabajar en horas fijas o períodos determinados y en oficinas del patrón.

Antes, en concepto de 19 de junio de 1936, el mismo Departamento, al resolver la consulta de si un abogado de un Almacén era empleado particular del mismo, hizo la transcripción de la conocida exposición de Jossierand sobre la distinción entre contrato de trabajo y contrato de empresa, que también nos cita y transcribe el Dr. Luis Felipe Latorre en su artículo "Características de la calidad de empleado" (Revista "Cuadernos Jurídicos", Nos. 5º y 6º, p. 12), para concluir que ese abogado no era empleado particular porque no estaba ligado a su Almacén por el vínculo de subordinación o dependencia. ("Legislación del trabajo" citada, p. 70).

Pero en otro caso, el mismo Departamento, según concepto de 2 de abril de 1936, consideró que dos médicos al servicio del Consorcio de Cervecerías Bavaria, de esta ciudad, eran empleados particulares, "por estar obligados a prestar sus servicios profesionales *de manera regular y no ocasional y en horas determinadas*, a dicha entidad industrial, mediante una remuneración convenida" ("Legislación del trabajo" citada, p. 71).

Esto, en cuanto a la jurisprudencia del Departamento Nacional del Trabajo, adoptada antes de la actual legislación que, según vimos, sí dio una clara definición del contrato de trabajo, fijando mejor sus características.

En cuanto a la doctrina de los tribunales y juzgados, vamos a referirnos a algunas.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de noviembre 17 de 1943, recaída en el juicio de un médico contra la empresa a la que había prestado sus servicios, acogió la doctrina del Departamento Nacional del Trabajo, de 2 de abril de 1936, sobre los médicos de Bavaria, que acabamos de mencionar, transcribió el mismo estudio de Josserand, también citado atrás, acerca de la diferencia entre contrato de empresa y contrato de trabajo, y, además dijo lo siguiente:

“En cuanto a la subordinación, ella puede ser contractual o reglamentaria y económica; por la primera, en virtud de las estipulaciones del contrato, o en atención a los reglamentos de la empresa o de la convención colectiva de trabajo, el empleador adquiere la facultad para impartir órdenes o ejercita la facultad de dirección, la cual asume respecto del trabajador”.

“En cuanto a la subordinación económica, ella no debe ser considerada de manera absoluta, de tal forma que el empleado dependa de su patrono de tal suerte (sic) que al ser privado de su empleo carezca en absoluto de medios de subsistencia, que en tales condiciones la persona que disfrute de una renta capitalista considerable no podría ser tenido (sic) como empleado particular de la persona a cuyo servicio trabaja, lo que repugna; ella hace relación a que derive de su trabajo un sueldo, que tenga influencia en la capacidad económica del trabajador” (“Legislación del Trabajo” citada, página 113).

En fallo de 18 de mayo de 1943 el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá expresó lo que sigue:

“El ingeniero que se compromete a levantar una planta eléctrica realiza un contrato de obra y no puede considerarse como empleado de la persona o entidad para quien ejecuta el trabajo; el médico de cabecera de un enfermo efectúa un contrato de la misma naturaleza, y lo mismo puede decirse del abogado, respecto de los contratos que celebra con sus clientes. No sucede lo mismo en el caso de que el médico, el ingeniero o el abogado se comprometan a prestar sus servicios profesionales de una manera regular y permanente a una persona o entidad, obedeciendo a sus órdenes o instrucciones, caso en el cual efectuaría un verdadero contrato de trabajo, debiendo ser tenidos como empleados particulares de la persona a quien presten sus servicios” (“Legislación del Trabajo” citada, p. 127). (Subrayo).

En ese mismo fallo se agrega: “Pero se ha dicho que Cuenca no fue empleado particular de la entidad demandada, sino un profesional que prestaba sus servicios a la misma. Más, es obvio que un profesional cualquiera puede prestar sus servicios profesionales a otra persona mediante un contrato de trabajo y entonces pasa a ser empleado de dicha persona”.

También en esa misma sentencia se conceptúa que la dependencia económica no significa que el contratante asalariado dependa únicamente de la remuneración que le pague su patrón, pues puede tener otras entradas que ayuden a su subsistencia.

Es importante resaltar aquí, asimismo, el fallo arbitral proferido por los doctores Emilio Ferrero, Félix García Ramírez y Gerardo Molina para decidir una diferencia suscitada entre el Banco Agrícola Hipotecario y el doctor Marco Botero de la Calle, acerca de la calidad de los servicios profesionales de abogado prestados por el último a la entidad bancaria mencionada, y, en consecuencia, cuáles prestaciones sociales le correspondían. Este laudo, de fecha 23 de mayo de 1944, dictado antes de la nueva legislación sobre contrato de trabajo, contempla, no obstante, con claridad y precisión, la calidad de la prestación de servicios profesionales de un abogado a una empresa, en forma permanente.

Las condiciones en que entró el Dr. Botero a prestar sus servicios al Banco fueron a simple vista precarias, puesto que en la cláusula h) de sus obligaciones se estipuló: “Los abogados auxiliares no se consideran como empleados permanentes al servicio del Banco, para los efectos legales, y pueden ser sustituidos o reemplazados por la Gerencia cuando lo estime conveniente, sin lugar a indemnizaciones de ninguna clase”.

Pero los distinguidos árbitros, con elevado espíritu de verdaderos juristas, no se atuvieron a esa cláusula sino que analizaron otros documentos y pruebas, acerca de la clase de funciones y servicios prestados por el profesional, pues la calidad de tal contrato no se determina por su tenor literal sino por la naturaleza de sus servicios. Y de esas pruebas resultó que el Dr. Botero de la Calle sí reunía las condiciones fijadas por la ley como requisitos indispensables para conformar la noción de contrato de trabajo y de empleado particular y que atrás dejamos expuestas.

El Tribunal encontró acreditados los vínculos de subordinación, el carácter permanente de los servicios y el predominio del esfuerzo intelectual. Por lo que concluyó de la siguiente manera:

“De lo cual fluye como corolario que el contrato que el dicho Banco celebró con aquél (el abogado) debe reputarse a los ojos de la ley como un contrato de trabajo. No importa para tal efecto el hecho de que las partes que lo celebraron hubieran creído ser un contrato de otra especie, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “la calificación de un contrato no corresponde a los contratantes sino a la ley...”

“A la luz de esta doctrina y de los hechos anteriormente relacionados es preciso concluir, como se ha dicho, que el contrato mediante el cual el doctor Botero de la Calle se obligó a prestar sus servicios al Banco Agrícola Hipotecario, es un contrato de trabajo, aun cuando no le dieran tal denominación los contratantes; y que tal contrato reviste aquella calidad, bien sea porque *ab-initio* fue un contrato de trabajo, o bien porque habiendo tenido primitivamente otras características, vino luego a transformarse, a virtud de la ejecución que las mismas partes le dieron, en un contrato de trabajo. Nada se opone, jurídicamente, a que dicha transformación se haya efectuado por consentimiento tácito de las partes, manifestando por los hechos positivos a que en otro lugar se hizo referencia”. (Folleto “Derechos Sociales de los Empleados”, Bogotá, p. 15).

No puede ser más jurídica la anterior decisión del Tribunal de Arbitramento, que compartimos plenamente, de acuerdo con las tesis que venimos sustentando.

No está por demás agregar que el profesor argentino Juan D. Ramírez Gronda, atrás citado, en su obra “El Contrato de Trabajo”, dice que el asunto que estamos analizando ha sido objeto en su país de controversia y de duda. Pero sí agrega que “reunidas las tres notas fundamentales que tipifican el contrato de trabajo (subordinación, continuidad, profesionalidad)” no es otra la relación jurídica formada entre el profesional que así esté vinculado con su patrono. (Obra citada, 1945, p. 158).

Tampoco es necesario que el profesional preste sus servicios de modo exclusivo a la empresa o patrón. También puede prestarlos a otros, mientras no se haya estipulado lo contrario y tenga tiempo disponible, aunque, claro está, sin perjudicar la labor convenida.

No es indispensable asimismo que el profesional concorra a una oficina del patrón a prestar los servicios contratados, según se expresó atrás. Esto no es de la esencia del Contrato. Ramírez Gronda lo expresa claramente: “El lugar donde se preste la actividad puede

ser indiferente para el caso, si aparecen los otros elementos que caracterizan la relación de trabajo” (Obra citada, p. 158).

Por lo demás, la Corte de Casación de Italia, en sentencia de 7 de abril de 1938, reconoció la juricidad de las anteriores tesis al decir lo siguiente:

“Debe admitirse la existencia de una relación de empleo privado entre una empresa y el profesional libre si antes que una pluralidad de prestaciones esporádicas existe una actividad sistemática con carácter de continuidad, disciplinada por normas convencionales reguladoras de derechos y obligaciones respecto de las partes, con relación de sujeción frente a la empresa, aunque el profesional dedica a la libre actividad el mayor tiempo de horas laborativas”. (Obra citada, p. 158).

Conclusión:

La conclusión es obvia:

Cuando el contrato de prestaciones de servicios profesionales reúne los requisitos esenciales que configuran el contrato de trabajo, es un convenio de esta naturaleza y no otro.

Es claro que no debe exagerarse el cumplimiento del requisito de la “continuada dependencia” o “subordinación”, que es el más delicado en tal ocurrencia, por la misma índole y la calidad del trabajo, pues se da el caso de que un profesional preste en su propia oficina, sin sujeción a horarios o reglamentos, mediante contrato celebrado por tiempo determinado y bajo remuneración periódica, fija, sus servicios, siguiendo las instrucciones, indicaciones, exigencias o solicitudes de la empresa o patrón. Y nadie podría negar que en tal evento ese profesional tiene celebrado un verdadero contrato de trabajo, aunque no deba concurrir a oficina de su patrón, ni esté sujeto a horarios determinados en su labor, ni le sean aplicables los reglamentos de trabajo de la empresa. Allí la continuada dependencia está claramente determinada en la facultad del patrón de impartirle órdenes e instrucciones al profesional, y el carácter de permanente y no transitorio del servicio está fijado en el plazo mismo o término de duración del contrato, o en la clase o naturaleza de la labor y en la permanencia misma de la empresa.

Cástor Jaramillo Arrubla.