

# “Aplicabilidad del Derecho Laboral al Contrato de Trabajo desde su celebración”.

**Fernando García**

Alumno del 5to. Ciclo del Programa de Derecho PUCP

I

La búsqueda de un fundamento para la relación individual de trabajo, es decir, del vínculo existente entre quien presta un servicio y el que se beneficia del mismo, enfrentó a los juslaboralistas suscitando una polémica para determinar si el contrato de trabajo bastaba para constituir, por sí solo, la relación de trabajo o si requería de un elemento objetivo (prestación de servicios). Dicho debate doctrinario contrapuso dos teorías: la de los contractualistas o adeptos a la teoría del contrato y la de los relacionistas o adeptos a la teoría de la incorporación.

Según la teoría del contrato “la relación de trabajo se constituye como relación jurídica por la celebración del contrato de trabajo. Por ello, el contrato de trabajo se puede entender también como el acuerdo de voluntad que crea y configura la relación de trabajo” (1).

Para los relacionistas o adeptos a la teoría de la incorporación, en la versión representada por NIKISCH se reconoce “como acto decisivo el empleo del trabajador en la Empresa o en el hogar, lo que representa también, ciertamente, un acuerdo de voluntad entre el empleador y el trabajador, acuerdo que, sin embargo, no es un contrato o negocio jurídico, ya que no implica la aparición de consecuencias jurídicas determinadas, sino que lleva a una situación de hecho” (2). KROTOSCHIN, comentando la teoría de la relación de trabajo, dice: “Teniendo en cuenta que el contenido del contrato se determina principalmente por normas objetivas, parte de la doctrina (alemana, italiana, española) se inclinaba a ver en el hecho también objetivo, de la incorporación a la empresa el fundamento de la relación entre empleador y trabajador. No interesaría el contrato como fuente de derechos y obligaciones mutuos, sino que éstos se consideraban derivados de la situación de hecho, producto de la incorporación, . . .” (3).

Este debate parece hoy en día superado y las posiciones han llegado a cierta compatibilidad entre los puntos controvertidos, como bien señalan HUECK Y NIPPERDEY, agregando que, al examinar “cuidadosa y agudamente numerosas cuestiones prácticas” se ha llegado a “una solución adecuadamente eficaz de la justicia social” (4). En otros términos, en ciertas ocasiones se respeta el contrato de trabajo como generador de la relación de trabajo y en otras se considera suficiente el hecho objetivo de la prestación de servicios para la creación de una relación jurídica.

Mayoritariamente en la doctrina se entiende que el contrato de trabajo (acuerdo contractual) es el origen normal de la relación de trabajo. Es decir, del contrato devienen normalmente la prestación de servicios y la relación jurídica que vincula al trabajador y al empleador, claro está, sin dejar de reconocer que en ciertas oportunidades basta el trabajo efectivo para crear derechos y obligaciones.

DEVEALI considera que “la relación de trabajo surge normalmente por efecto del contrato de trabajo” (5). CABANELLAS es de la misma opinión: “la realidad es que el acuerdo subsiste y así conviene que siga ocurriendo. La relación laboral se integra precisamente por el acuerdo contractual que la precede” (6). De manera que, sin dejar de reconocer la importancia del trabajo efectivo como creador de la relación de trabajo, es el contrato de trabajo la fuente normal de la relación laboral.

Esta concepción se integra con la consideración de que el contrato laboral se rige por el derecho civil mientras no se inicia la prestación de servicios (incorporación del trabajador a las labores efectivas en su centro de trabajo) y es recién cuando hay trabajo efectivo que el contrato se rige por el derecho del trabajo. Es lo que se denomina un contrato-realidad, idea acuñada por DE LA CUEVA y que ha tenido notable influencia en la doctrina.

---

(1) HUECK Y NIPPERDEY. Compendio de Derecho del Trabajo. Madrid, 1963. pág. 84.

(2) Ibid., pág. 84.

(3) KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1968, pág. 375.

(4) HUECK Y NIPPERDEY. Obra citada, pág. 86.

(5) DEVEALI, Mario. Lineamientos de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1956, pág. 235.

(6) CABANELLAS, Guillermo. Contrato de Trabajo. Vol. I. Buenos Aires, 1963, pág. 127.

Basándose en la existencia real de la subordinación en el trabajo efectivo, dicho autor llega a la conclusión de que: "... es la prestación de servicios y no el acuerdo de voluntades lo que determina que el trabajador quede amparado por el derecho del trabajo, o expresado en otras palabras, la prestación de servicios es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del derecho del trabajo" (7).

KROTOSCHIN estima que "cuando excepcionalmente un contrato de trabajo no llegue a ejecutarse, es cierto que no se producen los efectos típicos de semejante contrato, sino que las consecuencias de la falta de ejecución se reducen a las comunes en caso de incumplimiento" (8).

Para NIKISCH el contrato de trabajo es "un simple contrato jurídico obligacional que fuerza al empleador a emplear y al trabajador a la entrada al servicio del empleador; pero de él no se derivan, sin embargo, acciones para exigir la prestación de trabajo, el pago del salario, . . . etc, sino que su incumplimiento da lugar a la acción de indemnización por daños" (9).

Es decir que mientras no se inicie la prestación de servicios, el contrato de trabajo no es un contrato de índole laboral, sino un contrato "pertinente al derecho común de las obligaciones" (10). Es recién cuando el trabajador empieza sus labores que el contrato entra al mundo del derecho del trabajo.

El determinar desde cuándo empieza a regir el derecho del trabajo, es sólo un punto tangencial de la polémica entre contrato de trabajo y relación de trabajo, sin embargo, adquiere importancia en el tratamiento jurídico del contrato laboral, ya que, entendiéndolo como un contrato - realidad es regido por el derecho civil y por el derecho del trabajo, lo cual, en nuestra modesta opinión, no constituye una concepción adecuada. Cuestionar este doble régimen jurídico es el objetivo del presente artículo.

En esta perspectiva surgen ciertas interrogantes, por ejemplo; ¿es que sólo puede aplicarse el derecho laboral al hecho del trabajo?, ¿se aplica realmente el derecho del trabajo desde la incorporación o desde la celebración del contrato?, ¿cómo debe entenderse la consensualidad en el contrato de trabajo, siendo éste un contrato - realidad, es decir, que necesita de un hecho externo además del simple consentimiento para perfeccionarse?. Esbozemos algunas ideas tratando de resolver estos cuestionamientos y, sobre todo, de llegar a nuestras propias conclusiones que, probablemente, sean diferentes a las aceptadas por la doctrina.

## II

El derecho del trabajo establece normas de orden público, de carácter imperativo, que no pueden admi-

tir pacto en contrario ni ser rebajadas, ya que constituyen "garantías mínimas". Todo contrato que vaya en contra o por debajo de las condiciones mínimas es nulo, lo mismo que la nulidad de una cláusula no afecta la validez de las otras y si en una cláusula se rebajan derechos irrenunciables, dicha cláusula se entiende pactada al mínimo, verbi gracia: salario mínimo.

CABANELLAS, considera que "la nulidad se produce de pleno derecho, de manera que no puede ser salvada por las partes" (11). Asimismo, la Constitución Política vigente en el Perú desde 1979 en su artículo 57 señala: "Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo".

Pues bien, ¿qué norma se está aplicando al cuestionar la validez de una cláusula de un contrato de trabajo, en que se ha estipulado un sueldo por debajo del mínimo vital?, ¿es una norma civil o una laboral?. Es evidente que es una norma laboral la que se está aplicando y no se tiene que esperar a que se inicie la prestación de servicios para que sea nula la cláusula, ya que eso permitiría un lapso en que tal estipulación tendría validez, lo cual no puede aceptarse. La nulidad se impone ipso iure desde la celebración y no desde que se inicia la actividad del trabajador.

DEVEALI, argumentando la necesidad de definir la relación de trabajo en sentido propio dice: "La mayoría de normas que constituyen el derecho del trabajo se refieren más que al contrato de trabajo considerado como negocio jurídico y a su estipulación, a la ejecución que se da al mismo por medio de la prestación y la aplicabilidad y los efectos de aquellas dependen más que del tenor de las cláusulas contractuales de las modalidades concretas de dicha prestación" (12). Como bien dice Deveali, "la mayoría de normas", es decir, casi todas las normas laborales legislan el hecho del trabajo; sin embargo, subyace la idea de que no son todas las normas y que queda un grupo de ellas que puede aplicarse al contrato de trabajo, aún sin inicio de la prestación, v. gr. normas de orden público. Parece, entonces, ilógico someter a un régimen civil un contrato al que se le aplican normas laborales.

El reconocer que el hecho del trabajo merezca protección del derecho laboral, no puede llevarnos a concluir que es sólo el hecho del trabajo el que deba ser protegido. La aplicación del derecho laboral al contrato aún sin trabajo efectivo, no va en contra de la protección al hecho del trabajo; es más, el derecho del trabajo cumple mejor con su carácter protector extendiendo su brazo normativo sobre el contrato desde su celebración, previendo posibles situaciones de abuso.

(7) DE LA CUEVA, Mario. Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I. México, 1970, págs. 456-457.

(8) KROTOSCHIN, Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1977, pág. 163-164.

(9) HUECK Y NIPPERDEY. Obra citada, págs. 84-85.

(10) KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo, pág. 377.

(11) CABANELLAS, Guillermo. Obra citada, págs. 384 y ss.

(12) DEVEALI, Mario. Obra citada, págs. 234 y ss.

KROTOSCHIN, corroborando la aplicación protectorista del derecho del trabajo, manifiesta que los deberes de lealtad y de previsión pueden muy bien producir efecto aún antes de la incorporación y hasta pueden nacer derechos a la remuneración si la incorporación se demora por un hecho por el cual responde el empleador. Agrega lo siguiente: "... es posible, también por excepción, que haya contrato sin relación alguna de trabajo, cuando el trabajador por algún motivo no se incorpora efectivamente. Los adeptos de la teoría de la incorporación, negaron en esta hipótesis, carácter de contrato de trabajo, considerándolo como pertinente al derecho común de las obligaciones. La diferencia se reduce a una cuestión terminológica. Es claro que el contrato no produce todos sus efectos, si no se inicia también la relación efectiva (lo mismo ocurre análogamente en los contratos de locación, sociedad, etc). Pero ello no impide considerar contrato de trabajo también la fase por así decir preparatoria de la relación, incluso se defiende mejor el principio protectorio del derecho del trabajo, sometiendo el contrato a las reglas y principios del derecho laboral, aún cuando la relación no se realiza" (13).

Nuevamente la aplicación del derecho laboral parece necesaria y evidente. Consideramos, al igual que Krotoschin, que se cumple mejor con el carácter protector del derecho del trabajo, "sometiendo el contrato a las reglas y principios laborales", claro está, sin dejar de reconocer que la mayoría de normas laborales se aplican cuando comienza la prestación del servicio, pero esta aplicación mayoritaria de normas no es obstáculo para aplicar el derecho del trabajo desde la celebración del contrato, aplicación que evidentemente no será total por cuanto aún no hay trabajo efectivo.

Sin embargo, no parece coherente que un contrato de trabajo sea regido por principios civiles cuando se aplican normas laborales. DE LA CUEVA, considera que la protección laboral empieza recién desde la prestación de servicios y que el acuerdo contractual no está desprovisto de efectos, pues, de ser así, resultaría un acto inútil. Estos efectos son el de crear obligaciones para cada parte y es sabido que el incumplimiento de éstas produce consecuencias jurídicas generando acciones legales. "Pero éstas acciones no constituyen la aplicación propia del derecho del trabajo, pues o son acciones de responsabilidad civil que, si bien encuentran su fundamento en la legislación del trabajo, en nada se distinguen de la responsabilidad reglamentada por el derecho común, o, como la acción del trabajador para que se le admita al trabajo prometido, no constituye sino el preliminar para que posteriormente, se aplique la legislación del trabajo a la relación que se hubiere establecido" (14). Con éste razonamiento el contrato de trabajo sería un acto inútil, laboralmente hablando, lo cual no es del todo exacto, ya que desde la celebración del contrato na-

cen algunos derechos de índole laboral. Por otro lado, si la acción de responsabilidad encuentra su fundamento en el derecho del trabajo, no hay razón para que sea ventilado en el fuero común, aún cuando la acción no se distinga en gran medida. Finalmente, si se admite una acción para que se le permita al trabajador iniciar su trabajo, no hay duda que su fundamento estará en el derecho laboral, sin emportar que sea un acto preliminar para la aplicación de principios y normas laborales.

Es necesaria una coherencia legal. No podemos considerar como civil y laboral a un solo contrato. MARANHAO, comentando la idea de De la Cueva, considera que el derecho laboral se aplica al contrato de trabajo: "... el no cumplimiento de las obligaciones contractuales produce consecuencias jurídicas aún cuando no haya llegado a haber prestación efectiva del trabajo. No podemos acoger la opinión de De la Cueva de que la acción del empleado para la cobranza de salarios después de la celebración del contrato, sin que haya prestación real no constituye "aplicación del derecho del trabajo". Tal acción en el Derecho Brasileño tendría disposición expresa en la Consolidación, que considera como de servicio efectivo el período en que el empleado queda a disposición del empleador, por fuerza del contrato. Supongamos, todavía, la hipótesis de un contrato por plazo cierto al que el empleador se hubiese negado a dar cumplimiento. No habría habido prestación efectiva ni inserción del trabajador en la empresa. Pero, porque el contrato produce efectos jurídicos, porque de él resulta una "relación de derecho", que no es otra que la relación jurídica de trabajo, sería innegable en ese caso el derecho del empleado a la indemnización prevista en el art. 479 de la Constitución. Y la acción constituiría así, fuera de cualquier duda, aplicación del derecho del trabajo" (15).

La afirmación de Maranhao, respecto a la aplicación del derecho del trabajo al contrato aún sin incorporación, es categórica y, sobre todo, innegable. ¿Qué otra relación jurídica podría crear un contrato de trabajo que no fuera una relación jurídica laboral? Si se acepta que el contrato de trabajo está sometido a dos regímenes, entonces desde la celebración se crearía una relación jurídica civil y sólo desde la prestación de servicios se establecería una relación jurídica de orden laboral. Consideramos con Maranhao, que se crea una relación jurídica de trabajo, más aún, si se tiene en cuenta, que con el carácter de orden público de las normas laborales, deben de aplicarse algunas normas y principios del trabajo.

DE FERRARI, respetando la supervivencia de la idea del contrato como fundamento de la relación individual de trabajo, considera: "no es cierto, a nuestro

(13) KROTOSCHIN, Ernesto. Instituciones de Derecho del Trabajo, págs. 375 y ss.

(14) DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, pág. 457.

(15) MARANHAO. Institucões de direito de trabalho. Vol. I. Pág. 264. Río de Janeiro, 1957.

**Operaciones Oceanicas S.A.**

AV. ARGENTINA 368  
CALLAO  
TELEFOS. 294010 - 294814  
TELEX 25465 PE - OPOCEAN

CENTRO COMERCIAL

**Vallehermoso**

DE MONTERRICO

Los Miembros del Comité Directivo de la Revista Themis agradecen a todas aquellas personas que de una manera u otra han hecho posible la publicación de éste primer número, en especial a:

Alfredo Ostoja L.A.  
Miguel de la Lama E.  
Domingo García Belaunde  
Roberto Palacios S.  
Vittorio Pinasco L.  
Alberto Varillas C.  
Carlos Deustua L.  
Milagros Villacorta M.  
Martín Tayro C.  
Juan Giacopelei

Andrés Osterling L.  
Armando Lazarte  
Milton Von Hesse  
Miguel Castillejo  
Ricardo Castillo P.  
José Amado Galván  
Javier Arias Stella  
Timmy Cardich de Chappuis  
Gustavo López Ameri  
Ursula Bassalick T.  
Juan Carlos López Ameri

modo de ver, que sea la relación de trabajo y no el contrato lo que atrae la legislación laboral, ni es verdad que ésta encuentra recién un modo de aplicarse y de entrar en vigor, cuando se presta efectivamente el servicio. En efecto, antes de iniciarse la ejecución de un contrato de trabajo y, por consiguiente, antes de la prestación real del servicio, los jueces pueden anular o rescindir el contrato por aplicación, precisamente, de la legislación del trabajo. Del mismo modo, cuando el trabajador está simplemente a la orden y, por eso mismo, no presta tampoco el servicio, se aplican igualmente las disposiciones sobre horario, descanso, . . ." (16). La presencia del derecho del trabajo en el contrato laboral aún sin trabajo efectivo es entonces incuestionable, por esta razón, no hay necesidad de recurrir a argumentos forzados, sometiendo el contrato a dos regímenes distintos.

La realidad parece imponer un solo régimen aplicable: el derecho del trabajo (normas y principios en cuanto se puedan aplicar), teniendo al derecho común como derecho supletorio al que se recurrirá en caso de no existir norma laboral.

En nuestro ordenamiento jurídico si una de las partes incumple sus obligaciones antes del inicio de la prestación de servicios, el caso es de competencia del fuero civil, aplicando normas y principios laborales.

Es una inconsecuencia someter un sólo contrato a dos regímenes distintos. Sin embargo, es una inconsecuencia que se manifiesta también en legislaciones extranjeras. Así, el Código de Trabajo de Guatemala preceptúa lo siguiente en su artículo 19°: ". . . siempre que se celebre un contrato individual de trabajo y alguna de las partes incumpla sus términos antes que se inicie la relación de trabajo, el caso debe resolverse de acuerdo con los principios civiles que obligan al que ha incumplido a pagar los daños y perjuicios que haya causado a la otra parte, pero el juicio respectivo es de competencia de los tribunales de Trabajo y Previsión Social los que deben aplicar sus propios procedimientos. . . Es entendido que el patrono puede consentir que las leyes y principios de trabajo se apliquen desde la celebración del contrato individual de trabajo, aunque no se haya iniciado la relación de trabajo" (17).

Caben algunas reflexiones luego de la lectura del artículo transcrito. En primer lugar, no puede entenderse cómo un contrato que en su incumplimiento antes del inicio de la relación de trabajo se rige por el derecho común, sea de competencia de los tribunales de trabajo. Es necesario evitar esta no correspondencia entre un contrato que parece civil y una competencia laboral con procedimientos propios. Si se quiso

extender la protección laboral al tribunal competente, ¿por qué no se extendió al régimen de derecho aplicable, es decir, a las normas y principios del derecho del trabajo?. Creemos que debe extenderse, con mayor razón si hay normas y principios laborales que se aplican desde la celebración del contrato. De esta manera, el derecho del trabajo regiría al contrato aún sin relación de trabajo, con las normas y principios que sean aplicables (no todos ya que la mayoría de normas se aplican cuando se inicia la prestación de servicios) y sus problemas se ventilarían en el fuero laboral, consiguiéndose una coherencia en el tratamiento legal del contrato de trabajo. En segundo lugar, no puede dejarse al arbitrio del empleador la facultad de permitir que se apliquen normas de derecho del trabajo, podrá dejar a su arbitrio la aplicación de normas que tengan su fundamento en el hecho real del trabajo —que todavía no se inicia—, pero jamás la aplicación de normas imperativas, con carácter de orden público y que por ese mismo carácter tienen efecto automático, aún desde la celebración del contrato.

### III

Uno de los caracteres del contrato de trabajo es su consensualidad, es decir que dicho contrato se perfecciona por el simple consentimiento.

Examinemos dicha característica en relación con la idea de contrato - realidad. El Código de Trabajo de Guatemala, uno de los que acepta el contrato - realidad, en la primera parte del artículo 19° considera: "Para que el contrato de trabajo exista y se perfeccione basta con que se inicie la relación de trabajo; que es el hecho mismo de la prestación de servicios. " DE LA CUEVA considera que el contrato de trabajo es un contrato - realidad "pues existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y porque es el hecho mismo del trabajo y no el acuerdo de voluntades, lo que determina su existencia" (18).

Surge necesariamente una pregunta: ¿cómo puede hablarse de un contrato - realidad que se perfecciona y existe cuando se inicia la prestación de servicios siendo un contrato consensual?. Si es un contrato que se perfecciona con el hecho de la prestación, entonces no es un contrato consensual sino un contrato asimilable a los contratos reales, en los que no basta el simple consentimiento para existir como contrato, sino que es necesario efectuar la tradición o entrega de la cosa. El aceptar que el contrato de trabajo se perfecciona por la prestación de servicios, conlleva a admitir, que no existe contrato antes del hecho del trabajo y, por lo tanto, ni siquiera cabe hablar de incumplimiento contractual de obligaciones.

---

(16) DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1969. Vol. II. pág. 121.

(17) La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina preceptúa que en caso de incumplimiento rige el derecho común.

(18) DE LA CUEVA, Mario. Obra citada, pág. 459.

CALDERA, manifiesta que "el contrato es perfecto al existir el concierto de voluntades y algunos efectos jurídicos se siguen de inmediato, como el de reclamar que se preste el trabajo o se paguen gastos de viaje." (19).

Es evidente que existe el contrato, de lo contrario no tendría ningún efecto jurídico, de modo que no puede aceptarse una perfección posterior al acuerdo. Un contrato es consensual o no lo es y, en este sentido, mejor conviene remitirse a la opinión de CABANELLAS (20) quien distingue el momento de celebración (y por consiguiente de perfección y existencia) del momento de ejecución del contrato. Con esta idea puede entenderse que el momento desde el cual comienzan a aplicarse la mayoría de normas laborales, es el momento de ejecución del contrato.

Sin embargo, no puede desconocerse que desde la celebración y perfección del contrato sin inicio de la prestación de servicios, ya se aplican algunas normas y principios de carácter laboral, al margen, claro está, de la aplicación del derecho común, aplicación que no enerva el valor de las normas laborales antes del inicio del trabajo.

El aceptar esta posición, es decir, la presencia del derecho laboral aún antes de la prestación de servicios, puede hacernos concluir que se crea una relación jurídica laboral y no una relación jurídica civil, sin dejar de reconocer que también el derecho común se aplica.

La creación de una relación jurídica laboral no va en contra del principio de la primacía de la realidad a que se refiere PLA RODRIGUEZ y que es aceptado mayoritariamente por la doctrina. Es decir, que "en

caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (21). Sin desconocer este principio, puede aceptarse que de un contrato de trabajo se origina una relación jurídica laboral desde la celebración, sin tener que esperar a que se inicie el servicio.

#### IV

Podrían objetarse las consecuencias prácticas que puede tener la aceptación de la aplicación del derecho del trabajo desde la celebración del contrato, cuando en realidad da lo mismo que se rija un contrato por el derecho común si se obtiene la reparación del perjuicio. En el Perú, antes del inicio del trabajo efectivo, los problemas se resuelven en el fuero civil recurriendo a normas laborales y a normas civiles, por lo tanto,

poco o nada importa que sea el fuero común el que ventile el caso, ya que el perjudicado siempre obtendrá el resarcimiento correspondiente, con una acción de daños y perjuicios o, también puede obtener la nulidad de su contrato, etc.

Sin embargo, el problema no es tan sencillo, puesto que, en primer lugar, es una inconsecuencia someter un solo contrato a dos regímenes diversos y, en segundo lugar, no hay una adecuada aplicación de normas y principios de carácter laboral. Tratemos estos dos puntos.

Respecto al primer punto, si aceptamos que un tribunal civil recurre al derecho del trabajo, no hay razón para que un solo contrato tenga dos regímenes diversos. Podría muy bien someterse al régimen y fuero laborales desde la celebración, aunque también se tenga que recurrir al derecho común (hasta en forma mayoritaria a veces). Es necesaria una coherencia por cuestiones de orden práctico, porque serán jueces laborales quienes se ocupen solamente del contrato de trabajo aplicando el derecho laboral en cuanto sea indispensable; de orden jurídico, porque habrá un solo tratamiento legal al contrato laboral desde su celebración; y, de orden lógico, ya que no hay mejor juez para aplicar al derecho laboral que un juez laboral en un tribunal laboral. Finalmente, se tiene en cuenta que el contrato de trabajo desde su celebración está sometido al orden público laboral, el contrato no puede ser considerado un acto laboralmente inútil.

Respecto al segundo punto, si dividimos los regímenes aplicables, el derecho del trabajo no cumplirá adecuadamente su función protectora. Un ejemplo práctico puede servir de aclaración.

En nuestra legislación el cómputo de los servicios para el goce de vacaciones de acuerdo al Decreto Supremo del 9 de Mayo de 1939, supone 260 días de trabajo efectivo en un año de labor y se considera "como un año de labor los períodos anuales de servicios efectivos computados desde la fecha en que el servidor ingresó al servicio del principal. . .". Como se puede notar, los 260 días de trabajo deben ser de trabajo efectivo, pero qué sucedería si la prestación de servicios se demorara por causa atribuible al empleador, o sea, el trabajador ingresa a laborar días después de la fecha prevista, pero porque el empleador le cerró las puertas de su establecimiento. Puesto que el contrato de trabajo está sujeto a dos regímenes distintos, esos días serían abonables por daños y perjuicios ante el fuero común y sólo a partir del inicio de la prestación del trabajo se consideraría afecto a la legislación del trabajo, en este caso a la de vacaciones.

(19) CALDERA, Rafael. Derecho del Trabajo. Tomo I. Buenos Aires, 1960, pág. 274.

(20) CABANELLAS, Guillermo. Obra citada. Volumen I, pág. 130.

(21) PLA, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires, 1978, pág. 243 y ss.

Vale decir, que los días no trabajados no entran al cómputo del record vacacional a pesar de que no trabajó por culpa del patrono. ¿Se está protegiendo realmente al trabajador?. Creemos que no se le protege en la forma debida, ya que esos días deben entrar al cómputo del record vacacional; el trabajador no debe perjudicarse por una arbitrariedad del patrono. Por otro lado, el carácter protector del derecho del trabajo impone considerar esos días.

Esta visión unitaria del contrato de trabajo permite la aplicación cabal de las normas y principios laborales. De manera que el problema no es de fácil solución. Se impone un sólo tratamiento legal, un solo régimen jurídico para el contrato laboral, ya que así se tendría una visión total y no fraccionada como sucede actualmente.

## V

El derecho laboral protege el hecho real del trabajo. Sin embargo, cumple mejor su función protectora rigiendo con algunas de sus normas y principios al contrato de trabajo, aún sin prestación efectiva de servicios. Es evidente que las normas laborales se dirigen, en su mayoría, a reglamentar el trabajo efectivo y esto es innegable, pero queda un margen de normas que se aplican y tienen plena vigencia desde la celebración del contrato, normas que se imponen debido a su carácter imperativo (algunas de ellas se aplican por cautelar condiciones mínimas), otras se imponen por el carácter protector del derecho del trabajo y hasta hay acciones legales (por ejemplo el pago de salarios caídos por demora en la incorporación por culpa del empleador) que tienen su fundamento en el derecho del trabajo.

La consideración de que se aplican ciertas normas y principios laborales al contrato, aún sin inicio de la prestación, —aplicación laboral que puede ser conjunta con las normas y principios del derecho común— debe llevarnos al rechazo de un contrato regido por dos "derechos" diferentes y establecer un sistema coherente que entienda que el contrato de trabajo crea una relación jurídica laboral desde su celebración, relación jurídica que se completará en la ejecución del contrato.

Esta relación jurídica laboral implica la perfección del contrato de trabajo desde el simple acuerdo, sin necesidad de que exista trabajo efectivo para que se aplique el derecho del trabajo, pero esta aplicación de normas no es total, ya que no se aplicará una norma cuyo presupuesto es el trabajo efectivo, puesto que éste todavía no se inicia y, por lo tanto, no se adquirirá el derecho que esa norma otorgue, salvo que de cada contrato se imponga la necesidad de aplicarla, en orden a respetar el carácter protector del derecho del trabajo y el principio de la equidad, que adapta las circunstancias al derecho del trabajo, interpretando el caso singular a favor del trabajador; v. gr. computar los días no trabajados para el record vacacional cuando hubo culpa del patrono y aún considerar antigüedad, compensaciones, etc. desde esa fecha.

Respecto al contrato — realidad en su relación con el carácter consensual del contrato de trabajo, aceptar que el contrato se perfecciona por la prestación efectiva de servicios, es negar su propia consensualidad e implícitamente la existencia de un contra-

to. Mejor es entender que el contrato tiene dos momentos, el primero es el de la celebración y el segundo es el de su ejecución, momento en el cual se aplican la mayoría de normas y principios laborales, pero es en el momento del acuerdo en que nace la relación jurídica laboral. De otro lado, el énfasis que se pone a partir de la incorporación al servicio, no debe hacerlos descartar la realidad: la presencia del derecho del trabajo desde la celebración del contrato. Generalmente la celebración coincide con la prestación, pero, en ciertas ocasiones, hay un tiempo de separación y es en esta situación donde se presentan los problemas.

Es menester que exista una lógica aplicación de normas y principios laborales y una lógica competencia de fueros. En otras palabras, desde el acuerdo contractual se tendrá que someter el contrato al derecho del trabajo, recurriendo al derecho común en forma supletoria y ventilando los problemas relativos al contrato de trabajo en los tribunales laborales. De esta manera, se evita caer en la inconsecuencia de considerar como civil y laboral al contrato laboral, como sucede actualmente en el Perú: se ventilan los problemas del contrato sin inicio de la prestación, en el fuero civil, recurriendo a normas laborales. El Código de trabajo de Guatemala sigue esta inconsecuencia al ventilar cuestiones que parecen civiles en el fuero laboral. Sin embargo, conviene que sea el fuero laboral el competente, más aún si hay normas laborales que aplicar y obviamente, no las aplicará sobre un contrato de índole civil sino sobre uno de orden laboral. Además, ¿qué mejor tribunal para discutir, por ejemplo, la nulidad de un contrato de trabajo —aún sin prestación de servicios— que un tribunal laboral? o ¿para aplicar los principios laborales?, o ¿para discutir la procedencia de salarios caídos por demora en la incorporación atribuible al patrono?. La respuesta parece imponerse. Debe ser un tribunal de trabajo y no uno civil.

## VI

En síntesis, el derecho del trabajo se aplica desde la celebración del contrato laboral creando una relación jurídica laboral y, en este sentido, es conveniente que no se considere al contrato de trabajo sujeto a principios de derecho común en un primer momento y laboral en otro, sino como laboral desde su celebración y, por consiguiente, sometido al derecho del trabajo en cuanto sea aplicable, sometido al derecho común en forma supletoria a falta de norma o principio laboral y propio de la competencia de los tribunales de trabajo.

La anterior afirmación, sin dejar de reconocer la aplicación mayoritaria de las normas y principios laborales al hecho real del trabajo, fortalece el carácter protector del derecho del trabajo, ampliando su ámbito de aplicación a la celebración del contrato.

Al margen de fundamentos prácticos que nos indican que pueden resolverse los problemas del contrato sin prestación de servicios en el fuero civil, es necesario mantener un sistema coherente en el tratamiento legal del contrato de trabajo desde su perfeccionamiento, es decir desde el acuerdo que lo forma y, abarcando sobre todo, el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones creadas por aquel.