

del artículo 24 del Código Tributario. Así parece desprenderse tanto de primer apartado del citado artículo 64, que habla de "retener", como del inciso 3) del mismo artículo, que habla de la obligación de retener y pagar, y califica al pagador como un "agente de retención".

b) Diversidad de tratamiento tributario.

El vigente artículo 64 establece también tres tarifas distintas, según sea la causa que motiva el pago de la suma gravada: a) una tarifa del 20% con carácter general; b) una tarifa específica del 15% para los pagos o créditos por concepto de dividendos o participaciones sociales; y c) una tarifa del 10% para pagos o créditos por intereses y comisiones de préstamos, y para pagos hechos para retribuir a las empresas no domiciliadas por la concesión del derecho de exhibir películas de cine y televisión, videotapes, radionovelas, etc.

Desconozco las razones que militaron en pro de esta diversidad de tratamiento, pero supongo que la misma se debió fundamentalmente al temor de encontrar graves oposiciones si se pretendía unar el 20% como tarifa única, dado que los pagos por dividendos y por intereses no habían sido nunca gravados por razón del impuesto sobre la renta. Porque lo cierto es que si había alguna discriminación, ésta debió hacerse a favor y no en contra del grupo del 20%, que es en mi criterio el que se refiere de más cerca al desarrollo industrial y agrícola del país.

c) Mecanismo de exoneración.

Los incisos 2) y 3) del texto legal de comentario establecen ciertas dispensas de pago del tributo que en ciertos casos habría que calificar como exenciones, pero en otros se configuran como verdaderas exoneraciones. Y me interesa particularmente una de éstas: la facultad de exonerar del impuesto a las empresas no domiciliadas que perciban dividendos de sociedades domiciliadas en Costa Rica y que no podrían hacer valer como crédito tributario ante el Fisco del país de su domicilio el impuesto aquí establecido.

Esta exoneración vendría a establecer entre nosotros —aunque sólo parcialmente: para los dividendos y participaciones sociales— la regla consagrada en el Derecho Tributario interno e internacional, que proscribe la doble tributación por el mismo hecho generador.

“LA COSTUMBRE Y EL CONTRATO DE TRABAJO”

Lic. MANUEL FRANCISCO UMAÑA SOTO

PREAMBULO

El Derecho del Trabajo es el derecho de hoy y del futuro; carece del venerable pretérito y de la gloriosa tradición del Derecho Civil, ya que nace al final del siglo XIX; pero, en cambio, ha venido conquistando el apoyo de los estudiosos, de los grupos de avanzada, que no ven en esta disciplina nada de revolucionario, sino, por el contrario, el medio más efectivo hacia la consecución de la Justicia y la Paz Social. Estamos frente al conjunto de normas que ha transformado los principios que se creían inmutables de las ramas tradicionales del Derecho, y que se han constituido en un Derecho sui generis, de especialísima naturaleza, que se ocupa de problemas jurídico-sociales no resueltos por los poco elásticos moldes del Derecho Civil. Estamos frente a una ciencia moderna, ya que aún a principios del siglo XX muy pocos tratadistas se atrevían a pronunciar el nombre de Derecho del Trabajo. Hasta entonces había estado de moda el Derecho Civil, con toda su amplia gama de instituciones nacidas y desarrolladas desde el tiempo de los romanos, y que había deslumbrado el universo jurídico durante siglos. Pero con el nacimiento del Derecho del Trabajo nos asomamos al progreso; divisamos uno de sus frutos más perfectos, con una organización plena y auténtica, con toda la riqueza de la misma vida diaria, con su sencillez en el método para la creación de instituciones, derechos y obligaciones, todo lo cual incide en la producción de alimentos, de vestidos, de herramientas, de maquinarias y equipos, en el comercio y en la circulación de los bienes de intercambio.

Como una de las fuentes del Derecho del Trabajo encontramos “La Costumbre”, que no es ni más ni menos que la expresión espontánea y natural de la voluntad del grupo social, institucio-

nalizada en estructuras de comportamiento bien definidas, cuyo contenido se estima jurídicamente obligatorio.

Hemos decidido realizar este trabajo sobre "La Costumbre y El Contrato de Trabajo", porque encontramos del mayor interés señalar y determinar cómo la primera puede, dentro de ciertas circunstancias, modificar en forma sustancial lo que originalmente pactaron por escrito patrono y trabajador.

Estas breves sugerencias quizás tengan la virtud de dar idea de las riquezas que entraña el estudio del Derecho del Trabajo y de sus instituciones. Creemos que no encontramos en otra rama del Derecho un campo más vasto y más fecundo abierto a nuestras investigaciones, porque en él tenemos todavía mucho que aprender y descubrir.

I.—LA LEY Y LA COSTUMBRE COMO FUENTES DEL DERECHO.

La expresión "fuente" que ahora utilizamos, constituye una imagen exacta, toda vez que nos pone de inmediato en contacto con la idea cabal que deseamos exponer. En idéntica forma como remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar donde las aguas brotan de la entraña de la tierra para determinar el nacimiento de éste, indagar la "fuente" de una disposición jurídica equivale a averiguar el sitio en que emerge de la vida social a la superficie del Derecho. Asimismo, la palabra "fuente" puede utilizarse en el sentido de instrumentos o procedimientos que se usan para adquirir el conocimiento deseado sobre una rama del Derecho, o bien del Derecho en general.

Sobre el particular expone Recasens Siches:

"... El Derecho ha ido brotando concretamente en la historia merced a procesos sociales diversos: decisiones judiciales no basadas ni en norma legal ni en precedentes; costumbres; convicciones doctrinales (que obtienen aplicación por los tribunales); leyes; Derecho extranjero que es incorporado a la práctica judicial, etc.

Mas entre estas fuentes y todas las demás posibles, se destacan dos, por su constancia y permanencia y por su

poder de absorción con respecto a las otras. Son la ley y la costumbre..."⁽¹⁾

Mientras que en la ley encontramos una determinación lógica y un acto de imperio, en el que se refleja la voluntad del pueblo políticamente organizado, en la costumbre localizamos ciertas reglas que no son impuestas mediante ese acto de imperio determinado por el poder del Estado, sino que se trata de normas que a base de repetición constante reflejan las ideas que sobre la vida en común sostiene la mayoría de los sujetos que integra el grupo social.

De otra parte, se acepta sin mayores reparos que históricamente la costumbre es anterior a la ley, pues se establece que primitivamente la costumbre comprendía reglas éticas, religiosas y jurídicas. En cambio, es en época más o menos cercana cuando aparecen los primeros códigos; a partir de entonces se inicia el proceso legislativo.

Explican los hermanos Mazeaud:

"La ley es, en derecho francés contemporáneo, una fuente de importancia mucho más considerable que la costumbre.

Se define aquélla por sus caracteres esenciales: es obligatoria, emana de la autoridad pública, es general en su aplicación; en fin, es permanente ... de la conciencia popular es de donde brota lentamente el uso que, considerado poco a poco como obligatorio, se convertirá en regla de derecho: la costumbre.

La costumbre tiene la ventaja de ser flexible, maleable, de corresponder en todo instante a la voluntad popular, a las ideas, a los usos. Pero es imprecisa y no garantiza suficientemente la seguridad..."⁽²⁾

A todo lo antes expuesto agregamos que la costumbre jurídica es aquella que aparece reglamentada por el conjunto de normas que proceden de las formas en que actúa un pueblo, o por lo

(1) Vid. Luis Recasens Siches. "Filosofía del Derecho". Tomo 1, Pág. 275. Tercera Edición. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1946.

(2) Vid. Henri, León y Jean Mazeaud. "Lecciones de Derecho Civil". Parte Primera. Volumen I, Págs. 115 y 117. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1939.

menos la mayor parte de él, de manera constante y convencido de su absoluta necesidad jurídica.

II.—LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO.

Deseamos precisar la idea del "Derecho del Trabajo" como un brazo de un caudaloso río que momentáneamente se separa del cauce madre para luego regresar al mismo, en vez de utilizar la metáfora que lo identifica como una de las "ramas" del Derecho, por cuanto ésta presupone que la "rama" se separa definitivamente del tronco y no regresa más a él.

Aceptada la autonomía del Derecho del Trabajo, debemos examinar cómo opera en él la costumbre. Para empezar, procede indicar que cuando se produjo el nacimiento del "Derecho Laboral" la costumbre y los usos desempeñaron papel destacado en el siglo XIX, porque entre la carencia de una legislación precisa y una reglamentación exhaustiva de las relaciones de trabajo, las prácticas seguidas corrientemente por los contratantes debían satisfacer las lagunas de la precaria legislación de entonces. En esa forma, los patronos y los trabajadores buscaron las posibles soluciones a sus conflictos, no en las reglas del Derecho Clásico, sino en las prácticas tradicionalmente observadas, que se apoyaban en los estatutos de las corporaciones y en los reglamentos de las manufacturas.

Hoy día, a pesar de la riqueza de la producción legislativa en materia de trabajo, la costumbre se afina propiamente en la forma como se desarrolla la relación laboral —no el contrato de trabajo—, de cada una de las profesiones y oficios, campo en el que se erige casi en estatuto particular de unas y otros. De esa manera opera en las labores agrícolas, en el trabajo de la gente de mar, en el del viajante de comercio, en el del servicio doméstico, en el contrato de trabajo a domicilio, etc. Puede afirmarse entonces, con toda propiedad, que la costumbre es nuevo Derecho que interpreta y deroga el ya establecido, con la inmensa ventaja de que no perturba el orden existente entre patronos y trabajadores, ni cercena o suprime derechos adquiridos.

Se discute, eso sí, como principio general, que la costumbre no priva frente a la ley, sino que se le acepta como subsidiaria de ésta, es decir "segundum legem" y "extra legem". Sin embargo,

se ha defendido la posibilidad de vigencia de la costumbre "contra legem" si ella es más favorable al trabajador, en aplicación de algunos de los principios básicos de nuestra disciplina, por ejemplo el principio "pro-operario", el de "la norma más favorable y el de "condición más beneficiosa".

Sobre el particular hay que determinar los casos en que la legislación de trabajo constituye derecho inderogable, y aquellos en que es tan sólo derecho dispositivo, porque es en este evento cuando la costumbre contra legem es admisible, ya que, propiamente, no va contra la ley, sino que se establecen reglas diferentes de las legales, porque ella así lo permite.

En relación con este tema, Juan D. Pozzo señala:

"... en derecho del trabajo no puede negarse el papel de la costumbre, sobre todo la costumbre profesional, es decir, la reiteración de procederes en determinados oficios o profesiones en la formación de normas laborales, que son aceptados, por cuanto existe entre los sectores interesados la convicción de su necesidad... Por último, cabe observar que si la costumbre constituye una fuente jurídica surgida de la convicción común acerca de su necesidad y aplicación, el derecho del trabajo que tiende a una normación de la comprensión y acuerdo de las partes interesadas, bien puede considerarla como fuente ampliatoria de las normas legales.

Dos problemas crea la aceptación de la costumbre como fuente normal del derecho del trabajo.

1) El problema de la prueba de los presupuestos de la existencia de la costumbre, especialmente la convicción de su necesidad jurídica entre dos grupos a quienes se aplica la norma: empleadores y empleados. Los medios de prueba son los comunes del derecho.

2) El problema de si la costumbre "contra legem" debe prevalecer sobre la misma ley, asunto que en general es preferible decidirlo negativamente, aun cuando en determinado momento la sanción legislativa sea opuesta al sector popular."⁽³⁾

(3) Vid. Juan D. Pozzo, "Manual Teórico Práctico de Derecho del Trabajo". Parte General. Derecho Privado del Trabajo. EDIAR, Sociedad Anónima, Editora Comercial, Industrial y Financiera. Segunda Edición, Págs. 124 y 125.

Mario L. Deveali afirma:

“Admitido el carácter de fuente del derecho, corresponde determinar su gravitación jerárquica en el ordenamiento positivo y su gravitación en el vínculo que emana de las relaciones laborales, frente a la ley.

En este sentido se plantean los tres aspectos siguientes:

- a) Cuando el uso o la costumbre actúa en modo concurrente con la ley... (secundum legem).
- b) Cuando el uso o la costumbre supera las disposiciones legales...
- c) Cuando el uso o la costumbre actúa contra las disposiciones de la ley, o sea modifica sus normas... (contra legem).

En general, las leyes del trabajo son de orden público y no admiten la renuncia ni la transacción en relación con sus disposiciones, por cuya circunstancia no podría admitirse la posibilidad de que el uso o la costumbre pretenda afirmar una norma que contravenga a la ley.

Pero frente a este planteo general, el mismo autor —refiriéndose a Barassi—, hace una distinción entre lo que denomina leyes imperativas y leyes dispositivas. Las primeras, por su naturaleza, no admiten ninguna posibilidad de derogación o modificación.

En cambio, en relación con las segundas, se ha pretendido admitir la posibilidad de una modificación... ”⁽⁴⁾

La Legislación Laboral costarricense expresamente establece que la costumbre es una de las fuentes del Derecho del Trabajo; el artículo 15 del Código de la materia señala: “Los casos no previstos en este Código, en sus Reglamentos o en sus leyes supletorias o conexas, se resolverán de acuerdo con los principios generales del Derecho del Trabajo, la equidad, la costumbre o el uso locales; en defecto de éstos se aplicarán, por su orden, las disposiciones

(4) Vid. Mario L. Deveali. “Tratado de Derecho del Trabajo”. Dirigido por Mario L. Deveali. Tomo I, Págs. 381, 382 y 383. La Ley, S. A., Editora e Impresora, Buenos Aires, 1964.

contenidas en los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización Internacional del Trabajo en cuanto no se opongan a las leyes del país, y los principios y leyes del derecho común”.

En igual forma, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Trabajo ha seguido un lineamiento coincidente en sus sentencias sobre esta materia, estableciendo en ellas aspectos que se reiteran frecuentemente. Se ha indicado, por ejemplo, que en virtud de la costumbre pueden llegar a crearse derechos a favor del trabajador superiores a los que consagra el Código de la Materia, aunque no haya convenio expreso sobre el particular.⁽⁵⁾

En otras de las sentencias de ese especializado Tribunal se sustenta el criterio de que la costumbre no puede estar reñida con las disposiciones legales respectivas, todo en resguardo de los derechos del trabajador.⁽⁶⁾

Pero, no obstante lo anterior, debemos señalar que no siempre la costumbre es fuente de obligaciones, toda vez que para ello es necesario que reúna determinados caracteres, los que de faltar le restarían el carácter de fuente productora de derechos. Estos caracteres han sido concretamente puntualizados por el Tribunal Superior de Trabajo, siguiendo al maestro mexicano J. Castorena.

Veamos:

“1. Un largo y constante uso. Claro que nadie podría decir qué término se necesita para que una costumbre pueda ser obligatoria; basta con que el término sea suficientemente largo para que se considere admitida o aceptada por los interesados. El que sea constante quiere decir que haya sido aplicada la costumbre sin interrupción. Tampoco se podría exigir que se dijera qué número de actos ha regido la costumbre, para que se pueda considerar obligatoria; basta con que su empleo haya sido constante, es decir, que no haya sido contrariado por otro uso o por otras costumbres, para que el intérprete tenga obligación de tomarla en cuenta para decidir la controversia que se le ofrece.

2. La costumbre necesita, además, ser notoria, es decir, que sea conocida por los interesados a quienes se apli-

(5) y (6) Sentencias del Tribunal Superior de Trabajo de 16:10 horas del 23 de enero de 1946 y 15:15 horas del 21 de julio de 1959, respectivamente.

ca. El conocimiento, sin embargo, no es una cosa subjetiva que tenga que comprobarse respecto de cada interesado en particular; el conocimiento es, o expresa, por mejor decir, el hecho de que la costumbre se haya aplicado en forma ostensible, públicamente.

3. La costumbre debe tener el carácter de ejercicio de un derecho subjetivo, que contiene la expresión de un derecho objetivo".⁽⁷⁾

Todo este conjunto de ideas viene a reiterar el principio no cuestionado de que la legislación laboral constituye un acervo de garantías mínimas en favor de la clase trabajadora, y de que sobre ese mínimo el patrono puede otorgar mayores beneficios por medio de convenios explícitos, o en virtud del ajuste de voluntades tácito que se objetiviza por intermedio de la costumbre.

Para concluir este acápite recordamos las palabras de Saavedra Fajardo:

"Las costumbres son leyes no escritas en el papel, sino en el ánimo y memoria de todos y tanto más amadas cuanto no son mandadas. La fuerza de obligar de la costumbre radica en la convicción de que su observancia corresponde a una necesidad jurídica".

Finalmente, procede anotar que la costumbre debe ser objeto de prueba en toda controversia o litigio, no significando ello que se trate de un hecho, sino simplemente de un derecho que hay que probar, en la misma forma como debe probarse una ley extranjera en los tribunales, cuando ésta es invocada por alguna de las partes. Lo anterior en razón de que por la cantidad y variedad de costumbres, resulta casi imposible para el juez conocerlas; y aún en el evento de que las conozca, no debe aplicarlas si no han sido objeto de prueba, ya que por el no uso pueden ser derogadas.

III.—EL CONTRATO CIVIL Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

Para los efectos que se persiguen con este estudio, indicaremos sucintamente, que la denominación "contrato" presupone y equivale a un acuerdo de voluntades, libremente expresadas, entre

(7) Sentencia N° 780 del Tribunal Superior de Trabajo de 16:30 horas del 15 de octubre de 1953.

dos o más partes —(los contratantes)—, manifestado en forma legal para su eficacia, y que tiene por objeto la creación, modificación o extinción de una relación jurídica. En términos más breves aún: "Contrato es el convenio de dos o más personas para constituir una obligación entre ellas", tal y como lo describe Brenes Córdoba.⁽⁸⁾ O bien, como lo define Heinrich Lehmann: "Contrato es la declaración de voluntad coincidente de dos (o más) partes que se enfrentan, para producir una consecuencia jurídica unitaria. Está integrado por declaraciones intrínsecamente diferentes, pero que se corresponden entre sí y han de coincidir en la obtención de una consecuencia unitaria."⁽⁹⁾

La existencia legal de los contratos requiere la concurrencia de diversos elementos, los cuales se han agrupado en "esenciales" y "formales". Los elementos que se denominan esenciales comprenden la capacidad, consentimiento, objeto y causa; y los segundos se refieren a las formalidades que exige la ley para su validez.

Realizado el preámbulo anterior, señalamos a continuación que la expresión "contrato de trabajo" no figura en los códigos civiles del siglo pasado, que legislaron sobre las relaciones de trabajo denominándola "arrendamiento" o "locación de servicios".

La designación "contrato de trabajo" proviene, caso curioso, de los economistas belgas, y fue adoptada por la legislación de marzo de 1900. Posteriormente, Francia y Suiza la incorporan a su Código de Trabajo, y a su Código Federal de las Obligaciones, respectivamente.

Es claro que la expresión "arrendamiento de servicios" remonta a las vetustas concepciones que no comprendían las modernas ideas de libertad humana, de independencia de los trabajadores, y de que la esencia misma del contrato de trabajo está revestida de la dignidad humana ínsita en la fuerza de trabajo del hombre.

El contrato antes llamado "arrendamiento de servicios" conquistó su autonomía, se desligó de las ataduras del Derecho Civil, y se convirtió en el "contrato de trabajo" propiamente dicho, desig-

(8) Vid. Alberto Brenes Córdoba. "Tratado de las Obligaciones y Contratos". Pág. 303. Imprenta Trejos Hermanos, San José, 1923.

(9) Ver Heinrich Lehmann. "Tratado de Derecho Civil". Vol. I., Parte General, Pág. 337. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

nación que ya no rememora el arrendamiento de cosas. Los servicios que ofrece y suministra una persona no pueden reglarse con la misma medida que se utiliza para determinar los servicios que prestan las cosas.

Podemos anotar que el contrato de trabajo es el instituto jurídico en virtud del cual una persona física —denominada trabajador—, presta a otra —llamada patrono—, sus servicios materiales o intelectuales, en forma subordinada, a cambio de una remuneración económica y bajo su dirección y dependencia. Esta definición, acorde con la tendencia de nuestro Código de Trabajo, incluye los elementos primarios o esenciales del contrato de trabajo, a saber: prestación personal de servicios, subordinación jurídica, remuneración y dirección.

El artículo 18 del Código de la Materia lo define así: “Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma...”.

La autonomía del contrato de trabajo, tema tan discutido y origen de las más variadas polémicas y tesis, ha sido exhaustivamente estudiado en el Instituto del Trabajo de la Universidad del Litoral de la Argentina, entidad que ha resumido así las circunstancias en que se fundamenta la autonomía de dicho contrato:

a) Por las especiales características jurídico-sociales que informan el contrato de trabajo;

b) Por las características de los factores que intervienen en el mismo y el predominante carácter humano con que debe conceptuarse el trabajo;

c) Por los principios de orden público que predominan en su estructura legal;

d) Por la finalidad que debe orientar el proceso de la actividad profesional;

e) Por la valoración conceptual del trabajo como actividad de carácter social, ajena en su contenido al de una mercancía;

g) Porque sus principios jurídicos no constituyen excepciones del Derecho Privado, desde que integran una rama autónoma del Derecho;

g) Porque no habría correlación entre los principios básicos del Derecho Común y los del Derecho del Trabajo dentro del mismo cuerpo de leyes, lo que afectaría a su interpretación jurisprudencial y desnaturalizaría la institución jurídica;

h) Por el grado de vinculación y de subordinación del contrato de trabajo con respecto al convenio colectivo, circunstancia que supone un desplazamiento de la voluntad individual y privada por la de carácter social”.⁽¹⁰⁾

Una nota característica del contrato de trabajo deriva de su frecuencia, toda vez que es el contrato que más a menudo se celebra, y el que le permite vivir a la mayoría del género humano. Esta nota obliga e impone rodearlo de especial dignidad, radicalmente distinta de la categoría en que se sitúan los restantes contratos.

De otra parte, mientras que en el contrato civil no todas las mutaciones de los hechos y las circunstancias autorizan los cambios en las responsabilidades de las partes, ni permiten pedir la disolución del contrato, en el de trabajo la flexibilidad y elasticidad propias de él sí facilitan cambios en algunos aspectos básicos del mismo, tales como funciones que ejerce el trabajador, salario que recibe, jornada de labores, beneficios extra-salario derivados de la relación obrero-patronal, indemnizaciones, etc.

Indicado lo anterior, creemos de la mayor utilidad y de gran importancia ubicar y determinar las notas que caracterizan la “relación de trabajo”, instituto que puede, o no, ser coincidente con los términos pactados en el “contrato de trabajo”.

Ocurre con harta frecuencia que el trabajador inicia la prestación de sus servicios y la desarrolla efectivamente sin haber expresado su voluntad, mediante acuerdo con la del patrono, en un contrato; y se agrega que a veces el obrero trabaja sin saber quién es su verdadero patrono, pues ni siquiera ha conversado con él. Este

(10) Vid. Guillermo Cabanellas, “Compendio de Derecho Laboral”. Tomo I. Pág. 319. Bibliografía Omeba. Buenos Aires, 1968.

es un fenómeno que aparece definido con sigular claridad en una institución que es propia del Derecho Laboral, cual es "el enganche". Este consiste en la posibilidad que tiene el obrero de ingresar al servicio de la Empresa y desarrollar sus labores sin haber discutido previamente las condiciones básicas en que ha de prestar su fuerza de trabajo. En síntesis, se trata de un acto de adhesión a un reglamento pre-establecido, que excluye la expresión del "contentimiento", a pesar de que las concepciones tradicionales del "contrato", especialmente las civilistas, incluyen a éste dentro de los elementos esenciales.

Se sostiene entonces que la "relación de trabajo" se determina por una situación de hecho, y dura mientras subsista la misma. Dentro de este cuadro, el empresario, limitado por el Derecho Positivo, fija las condiciones en que deberá cumplirse la prestación laboral, y el trabajador se limita a asentir, incluso a veces sin palabras, a la regulación existente.

En un substancioso e importante estudio, Mario de la Cueva, citado por Alfredo J. Ruprechet, expone:

"... al celebrarse el acuerdo de voluntades entre el patrono y el obrero, es decir, el contrato de trabajo, no nace ni el deber de obediencia ni la facultad de mandar. En cambio en el momento en que el trabajador da cumplimiento a la obligación que contrae, surge la subordinación, con las consecuencias mencionadas, es decir, las obligaciones para ambas partes."⁽¹¹⁾

Lo anterior nos lleva necesariamente a distinguir entre el contrato y la relación de trabajo.

Todo lo antes expuesto se vitaliza con el hecho de que a veces, salvo el caso de los altos empleados de la compañía, el empresario casi nunca interviene en la contratación de los trabajadores, a quienes, en muchas ocasiones, ni llega a conocer, toda vez que son sus empleados los que se encargan del "enganche" o "enrolamiento" de los obreros.

Se nota fácilmente que lo importante no es propiamente "el contrato", sino "la relación" de trabajo, concebida ésta como **EL**

(11) Alfredo J. Ruprechet. "Contrato de Trabajo". Principios Generales y Legislación Comentada. Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1960.

CONJUNTO DE CONDICIONES EN QUE EFECTIVAMENTE SE PRESTA EL SERVICIO, para cuya existencia sólo es indispensable la voluntad del trabajador; consiguientemente, la concurrencia de la voluntad del patrono no es necesaria para la formación de la relación, siendo ésta la que determina la aplicación del Derecho del Trabajo. Se advierte así una clara declinación del "contrato de trabajo".

En el mismo sentido apuntado Rafael Caldera expone:

"La idea que se ve dominar en la doctrina es la de atribuir mayor importancia, dentro de la vida jurídica laboral, a la "relación de trabajo" que al contrato de trabajo.

En los primeros tiempos parecía desprenderse de los textos doctrinarios y legales la idea de que la relación jurídica establecida entre patronos y trabajadores era siempre una relación contractual. Pero, en los mismos esfuerzos hechos para diferenciar el contrato de trabajo de otros contratos vecinos suyos dentro del Código Civil, como la venta y el arrendamiento, se hacía énfasis en dos circunstancias que le daban fisonomía especial frente a las demás figuras contractuales: en el carácter "personal" del trabajo, que no permite considerarlo como una mercancía, y en su trascendencia "social", que no admite su abandono a la voluntad de particulares.

Por otra parte, había una circunstancia fácil de señalar, la de que en el hecho de la prestación del trabajo, y no en el simple acuerdo de voluntades (que en sí basta para perfeccionar el contrato) reside el supuesto de aplicación de una serie de normas protectoras de la Ley; pago de salarios mínimos, descansos, vacaciones, participación en los beneficios, reparación de infortunios y otros aspectos de la Seguridad Social. Más aún, ese "hecho" alcanza a producir efectos jurídicos, lo mismo cuando deriva de un contrato, que en los casos, mencionados atrás, en que la prestación de servicios no proviene de una negociación contractual... La solución se encontró en la distinción entre la "relación de trabajo" y el "contrato de trabajo". Autores alemanes, especialmente Potthoff, Siebert y Nikisch, dieron forma a esta distinción, según la cual la "relación de trabajo", que co-

múnmente se origina en un contrato de trabajo, puede no tener fuente contractual: es ella, vale decir, la relación jurídica surgida entre el trabajador y el patrono por el hecho de la incorporación o "instalación" en la empresa, la que pone en funcionamiento el mecanismo protector consignado en la legislación de trabajo".⁽¹²⁾

En el mismo orden de ideas, Ernesto Krotoschin apunta lo siguiente:

"La relación individual que se establece entre un patrono y un trabajador dependiente es, por regla general, un contrato de trabajo. La teoría sobre el contrato de trabajo ha planteado una serie de problemas; a algunos de ellos se ha hecho referencia ya en los párrafos anteriores, pero es preciso profundizar su estudio. Debe aclararse en primer término cierta distinción que en doctrina se hace entre el contrato y la relación de trabajo (en sentido específico) ... Pero esta última surte también efectos que no derivan del contrato sino que, con independencia de éste son consecuencia de ciertas normas legales cuyo objeto es, principalmente, la protección del trabajo en sí, y la del trabajador que lo ejecuta. Esta circunstancia ha contribuido a que se conciba de modo distinto la llamada relación de trabajo. Este nuevo concepto de la relación de trabajo se refiere únicamente a la relación que nace de la ejecución del trabajo, de su prestación, y prescinde de su origen que tanto puede ser contractual como no contractual."⁽¹³⁾

Para concluir este apartado, traemos a este trabajo la opinión sobre el particular de Juan D. Pozzo, quien advierte:

"En los países que respondieron a las teorías totalitarias, especialmente en Alemania antes de la Segunda Guerra Mundial, ciertos autores llegan a negar el carácter contractual de la relación de trabajo.

Para estos autores la simple circunstancia de hecho de hallarse una persona trabajando bajo la dependencia de

otra, crea independientemente del vínculo contractual, una relación laboral que es regulada por el derecho del trabajo ...".⁽¹⁴⁾

IV.—LA COSTUMBRE LABORAL.

Siguiendo el lineamiento pre-establecido para el desarrollo de este estudio, debemos referirnos a continuación a "la costumbre laboral", con la doble finalidad de precisar este concepto, y de segregarse esta modalidad de la institución de la costumbre como fuente del Derecho, que es el género de aquélla.

La costumbre puede ser, desde el punto de vista "territorial", general o local, predominando la última sobre la primera. Por "las personas" se clasifica la costumbre en la de aplicación general, y la particular, con primacía de ésta sobre aquélla.

Según lo señalado, en el Derecho del Trabajo, la costumbre de una profesión determinada rige sobre la que es general de los trabajadores de una localidad, región o país, por cuanto la que hemos citado en primer término incluye una serie de elementos no contenidos en la costumbre general, la que en esta forma queda derogada.

Manuel Alonso García propone varias clasificaciones de "la costumbre laboral"; de ellas escogemos las siguientes:

"A) DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU FUNCION:

a. **Interpretativa**, que no cumple misión de norma aplicable, sino que actúa como elemento o instrumento auxiliar para mejor entender el sentido de la norma existente; y

b. **Normativa**, que actúa ya como auténtica regla del Derecho objetivo, y que supone, o bien ausencia de norma legal, o bien norma legal que remite expresamente a la costumbre.

B) POR SU AMBITO O EXTENSION:

- a. **Local o territorial;** y
- b. **Profesional o industrial.**

⁽¹⁴⁾ Op. Cit., Pág. 172.

⁽¹²⁾ Vid. Rafael Caldera. "Derecho del Trabajo", 2ª Edición. Tomo I, Págs. 262 y 263. Librería El Ateneo, 1960.

⁽¹³⁾ Ver Ernesto Krotoschin. "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo". Vol. I, Págs. 161 y 162. 2ª Edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1968.

C) POR SU EFICACIA FRENTE A LA LEY:

a. *Extra legem*, reguladora de situaciones sobre las que la ley no ha dictado precepto ninguno, y cuya admisión, en derecho, no ofrece duda, como podemos advertir en todos aquellos supuestos en los que la regulación se refiere, en defecto de la ley, a los usos y costumbres, o en aquéllos otros en los que expresamente la remisión se hace ya al uso o costumbre de la localidad.

b. *Secundum legem*, que se da cuando ya existe norma legal aplicable al punto de que se trate, y en el mismo sentido que aquélla, con lo cual queda bien claro que la costumbre según la ley tiene un valor meramente interpretativo para facilitar el conocimiento del verdadero significado de la norma legal; y

c. *Contra legem*, que regula una determinada situación jurídica, no sólo de manera distinta, sino en contradicción con lo que, respecto de esa situación, la norma legal impera".⁽¹⁵⁾

En todo caso, la costumbre laboral ha tenido una fuerza inicial radicada en su mismo valor de precedente; su importancia dentro del Derecho de Trabajo estriba en que éste, legislativamente concebido, es bastante joven aún, y para llegar al momento actual de desarrollo legislativo ha sido necesario superar la etapa en que las relaciones laborales se regulaban por normas civiles, o se guiaban, en su vigencia y efectos, por los usos y costumbres comúnmente admitidos que era la expresión de la práctica cotidiana de la relación de trabajo.

V.—LA COSTUMBRE EN EL DERECHO LABORAL COSTARRICENSE.

El Código de Trabajo de Costa Rica emplea indistintamente los términos "uso" y "costumbre", lo que, en nuestro criterio, es correcto, toda vez que una eventual e hipotética diferenciación, de conformidad con dicha legislación, no tendría repercusiones de especial resonancia y eficaz aplicación en nuestro Derecho.

(15) Cfr. Manuel Alonso García. "Curso de Derecho del Trabajo". Segunda Edición, Págs. 136 y 137. Ediciones Ariel, Barcelona.

En el precitado cuerpo de leyes la costumbre observa las siguientes direcciones:

- A) La costumbre es fuente del Derecho del Trabajo. (Ver artículo 15).
- B) El uso o la costumbre opera como fuente reguladora del contrato de trabajo, en defecto de la ley. (Ver artículo 19).
- C) Nuestro Código utiliza, indistintamente, los términos "uso" y "costumbre".
- D) La costumbre rige tanto en el ámbito nacional, como en el local, y, además, en el profesional para referirse a determinadas obras y servicios.
- E) En nuestro criterio la costumbre "contra legem" tiene plena vigencia en virtud de la aplicación de los principios que operan en el Derecho del Trabajo denominados "de norma más favorable", "de condición más beneficiosa" y "pro-operario", en concordancia con las disposiciones del Artículo 21 del Código de la Materia que señala que las garantías y derechos que otorgan a los trabajadores dicho Código y sus leyes conexas o supletorias representan un mínimo, lo que significa que cuando la costumbre comporte condiciones más beneficiosas para el trabajador que las fijadas por la ley o por el contrato de trabajo deberán prevalecer sobre las estipulaciones contenidas en el respectivo contrato o en la ley.

VI.—CONCLUSIONES.

De nuestro estudio derivamos la conclusión de que en virtud de la costumbre, reiterada en el tiempo, conocida y aceptada por las partes interesadas en el juego de intereses obrero-patronales, es perfectamente factible que se produzca una radical transformación de lo que, originalmente, pactaron empresario y trabajador. Así por ejemplo, si al iniciarse dicha relación convinieron en que éste laboraría como guarda de la empresa, y con el transcurrir del tiempo resulta que, poco a poco, la prestación de servicios deviene hacia otras funciones, supongamos las de chofer-repartidor, es cla-

ro e innegable que de hecho y de derecho se producen sustanciales variantes en relevantes aspectos tanto dentro de la vigencia misma de la relación laboral, como posteriores a su eventual terminación. Creemos que se alteran renglones como: salario, que podría ser mayor; jornada de trabajo, que resultaría inferior en número de horas laborables; beneficios fundamentados y calculados en el salario base; clasificación de puestos dentro de la empresa; también se vería afectado un posible pago de prestaciones legales; y, finalmente, una hipotética remuneración por concepto de indemnizaciones con motivo de impedimentos para el trabajo.

Como corolario de este ensayo, reflexionamos sobre el problema de la aplicabilidad o inaplicabilidad de la costumbre en el Derecho del Trabajo, y al llegar a la ineludible conclusión de que, en última instancia es al Juez de Trabajo a quien compete resolver ese problema, rememoramos las palabras de Wilhelm Herschel, citado por quien en vida nos distinguió con su amistad: Héctor Genoud:

“El Derecho del Trabajo tiene un color especial por la fuerte acentuación de lo humano, en estrecho contacto con lo técnico y económico... Unicamente los que penetran en el espíritu del Derecho del Trabajo, y no solamente con la cabeza sino también con el corazón, pueden comprender su esencia, y la del trabajo personalmente dependiente”.⁽¹⁶⁾

Y nuestra fe está totalmente puesta en el intelecto y en la sensibilidad de los jueces del trabajo de Costa Rica.

ESTRUCTURALISMO Y DERECHO

Dr. FERNANDO MORA

I.—CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Hay términos —afirma Vittorio Frosini—⁽¹⁾ cuyo uso sirve para caracterizar todo el modo de pensar de una generación desde que consiente en poner en crisis los problemas tradicionales y presentar una serie de nuevas soluciones —o al menos, reconquistar el sentido íntimo de esos problemas, y renovar el sentido de la vida. Tales términos, en efecto, pertenecen no sólo al lenguaje de los doctos, sino que se convierten también en posesión de la conciencia del hombre común: cuando terminan por ser empleados corrientemente, establecen más bien el puente de unión entre la alta y la media cultura.

Para Frosini un ejemplo de tal fenómeno es el término “naturalaleza”, en la segunda mitad del siglo XVIII que “gracias, sobre todo, a la obra de Juan Jacobo Rousseau” llegó a ser “una especie de moneda ideal, de larga circulación intelectual” con la que se entró a revalorar concepciones y convenciones “hasta entonces aceptadas”.

Un fenómeno similar encontramos hoy en día, especialmente a partir de la post guerra, con el término “estructura”. “He aquí, —repite Frosini— a propósito de la formación de un nuevo gobierno, un articulista político de un gran diario hablar desde el titular, de la estructura del gobierno; y he aquí a otro invocar... reformas de estructura; y a un crítico teatral presentar observaciones con respecto a objetos, de estructura en la composición de un espectáculo”.

Evidentemente **estructura** ha entrado de lleno en nuestro vocabulario y particularmente en aquel relacionado con una problemática social así como se ha introducido recientemente en las ciencias del hombre.

(16) Vid. Héctor Genoud. “EL JUEZ DEL TRABAJO”. Págs. 89 y 90. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968.

(1) *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, II - III, 1959, pág. 167.