

REPÚBLICA DE COLOMBIA

UNIVERSIDAD DE NARIÑO - FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
BIBLIOTECA GENERAL

LA CLAUSULA DE RESERVA

TESIS PARA OPTAR AL TITULO
DE DOCTOR EN DERECHO Y -
CIENCIAS SOCIALES.

HUBERTO MARTINEZ ERAZO.

1.961

D 348.6

9/17

3-21

RECTOR

DR. LUIS SANTANDER BENAVIDES.

DECANO

DR/

PRESIDENTE HONORARIO

DR.

ROGERIO BOLAÑOS

PRESIDENTE DE TESIS

DR.

ANTONIO JOSE ORDOÑEZ.

EXAMINADORES

DR/

JOSE ANTONIO LOPEZ TORRES.

DR/

BERNARDO CHAVEZ.

RECEIVED

RECEIVED

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS
PASTO - COLOMBIA

No. 14108 Cl. 1
Valor \$ 300.00 Vol. _____
Fecha 12-12-97 Den. 1
Fact. Pedro Carga _____
Librería autor Cmpo. _____

ARTICULO 103.- " LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO NO
APRUEBA NI DESAPRUEBA LAS OPINIONES EMITIDAS EN LA TESIS;
TALES OPINIONES DEBEN CONSIDERARSE COMO PROPIAS DE SU AU-
TOR".

(Reglamento de la Facultad de Derecho y -
Ciencias Sociales.)

BIBLIOGRAFIA

Carlos Renschel - Ricardo Zorruguiá Reed

Guillermo Pri

Carlos María Landero

Gerardo del Puerto

Francisco Velasco

Ricardo Silva

Roberto de Sautin

Arturo Valencia de

Manuel Antonio Peral

Emmanuel-Lipp-voll

Roberto de Sautin

Julio P. Bongiorno

María Margoli

Ernesto Korte

Carlos Jaramilla Arriola

Alma Arriola Arriola

Alfonso Martínez Medina

Francisco Gómez

Los libros de esta obra, Argentina, México, Suiza, Polonia, Chile, Brasil, España, Alemania.

Tratado de Derecho del Código Sustantivo del Trabajo.

Introducción al -
Derecho.

Historia de Dere-
cho Romano

Derecho Individual
del Trabajo.

El Despido.

Derecho del Traba-
jo

Estadística Laboral.

El Derecho del Tra-
bajo ante la Juris-
prudencia y la Medi-
cina Industrial.

Derecho Civil-Chil-
eno.

Conferencia de Oca-
siones.

Derecho Civil-Argen-
tino.

DEDICATORIA

A MI MADRE:

Historia del en-
foque chileno de la
vida.

La Estabilidad en
el Contrato de Tra-
bajo.

Lineamientos del De-
recho del Trabajo.

Estabilidad en el
Trabajo.

Comentarios sobre la
Cuestión de Reserva

Memorias a la Ley
de Supresión de Justicia.

Comentarios sobre la
Cuestión de Reserva.

Códigos Civil y S. F.

BIBLIOGRAFIA

INDICE

Carlos Mouchet - Ricardo Zorraquín Recá

Georges Bri

Carlos Mario Londono

Carlos Del Forno

Francisco Walker

Ricardo Silva

Roberto De Zubiría

Arturo Valencia Zea

Manuel Antonio Coral

Enneccerus-Kipp-Wolff

Georges Rippét

Falacro B. Bongliano

Nario Devenali

Ernesto Karts

Castor Jaramillo Arrubla

Adán Arriaga Andrade

Alejandro Córdoba Medina

Jorge Uribe Torres

Legislaciones de: Ecuador, Argentina, México, Suiza, Polonia, Cuba, Brasil, España, Alemania.

Proyecto de Reforma del Código Sustantivo del Trabajo.

Introducción al -
Derecho.

nociones de Dere-
cho Romano

Derecho Individual
del Trabajo.

El Despido.

Derecho del Traba-
jo

Estudios Laborales.

El Derecho del Tra-
bajo ante la Juris-
prudencia y la Medi-
cina Industrial.

Derecho Civil-Obli-
gaciones.

Conferencia de Obli-
gaciones.

Derecho Civil-Parte
General.

La Regla Moral en -
las obligaciones ci-
viles.

La Estabilidad en -
el Contrato de Tra-
bajo.

Lineamientos del De-
recho del Trabajo.

Estabilidad en el -
Emprego.

Comentario sobre la
Cláusula de Reserva

Memoriales a la Cor-
te suprema de Justi-
cia.

Opiniones sobre la-
Cláusula de reserva.

Códigos Civil y S. T.

I N D I C E

PAGINA:

CAPITULO I

El derecho del trabajo.

1

CAPITULO II

Historia del Trabajo

6

CAPITULO III

La Cláusula de Reserva

13

CAPITULO IV

Abuso de la Cláusula de Reserva

23

CAPITULO V

La Cláusula de Reserva y la inestabilidad del empleo

52

CAPITULO VI

La Cláusula de Reserva y el Desempleo

74

CAPITULO VII

Derogatoria de la Cláusula de Reserva

78

CAPITULO VIII

Conclusiones

86

INTRODUCCION

El derecho del trabajo llamado también laboral, en su actual estado. En estas páginas, he desarrollado un estudio sobre la CLAUSULA DE RESERVA, tema de mucha actualidad en nuestro país; - por estar seguro que su existencia jurídica tiene mucha importancia en relación con el estado presente de los empleados, quienes constituyen el punto de partida de todo movimiento social.

La CLAUSULA DE RESERVA, es una poderosa arma en manos del Empleador, quien la pone en plena vigencia en momentos que le son propios, para evitar el pago de prestaciones sociales o para ejercer represalias.

En este estado de cosas, los Empleados viven sujetos y atados a una vida de sombras e intranquilidad, sin esperanza de obtener estabilidad en su empleo, mucho menos de poder ganar un auxilio de vejez.

Por haber tenido oportunidad de conocer, muy de cerca las consecuencias que trae el uso ilimitado del pacto objeto de este estudio, por parte del Empleador, me inclino a pensar y sostener que su derogatoria se hace necesaria.

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO DEL TRABAJO

El derecho del trabajo llamado también laboral, en su actual estado de desarrollo constituye una nueva rama del derecho, sus principios e ideas propias originaron el reemplazo de las instituciones del derecho civil y comercial que antiguamente reglamentaban las relaciones laborales entre patronos y obreros considerándolos bajo un aspecto comercial.

La evolución de la sociedad trajo consigo nuevos conceptos sobre la naturaleza del trabajo realizado por el hombre, -- cambió también el estado social al tratar de conseguir para el trabajador una situación de estabilidad en el servicio que se -- prestaba.

El concepto de trabajo teniendo en cuenta la persona humana con el consiguiente respeto físico y moral, transformó la vieja idea de trabajo-mercancía. Tanto los patronos como los obreros iniciaron a darse cuenta de sus relaciones las cuales estaban protegidas por la tutela jurídica que el Estado presta.

El estudio que a esta disciplina le interesa, se relaciona con el trabajo que produce un resultado de riqueza, ya sea material o intelectual, que se realice bajo un plano de subordinación.

Lógicamente se apreciaba que el trabajo realizado por conceción, o a igual voluntario y libre, queda por fuera de la órbita de este derecho.

El trabajador para que sea sujeto de derecho, es necesario que sea una persona física, de lo contrario la actividad personal, uno de los elementos esenciales para que exista el contrato laboral, de acuerdo a lo ordena el artículo 23 que dice: " Para que haya contrato de trabajo, se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo. b)..... y c) " Estaría ausente.

Si no fuera un ser humano, y no prestara personalmente su servicio, la existencia del derecho del trabajo sería ilusoria, porque no hay sujeto activo a quién proteger.

Parece existir alguna duda cuando los sindicatos realizan los llamados actos contractuales colectivos, porque se cree que entonces las personas jurídicas, podrían ser consideradas como trabajadores, este argumento no tiene valor si se toma a los sindicatos como mandatarios de los obreros que los forman.

Prente a los trabajadores nos encontramos, con otro elemento indispensable, para la realización contractual, llamado patrono, últimamente ya es distinguido como empresario.

El proyecto del nuevo Código del Trabajo, en la exposición de motivos, dice que es necesario se cambie la denominación de los sujetos del vínculo jurídico, usando los términos EMPLEADOR y EMPLEADO, en reemplazo de PATRONO y TRABAJADOR.

Haciendo un contraste con el EMPLEADO el EMPLEADOR puede ser una persona jurídica que utilice los servicios de los trabajadores en su empresa.

Es necesario hacer una diferencia, entre los contratos civiles, que se asemejan a los de índole laboral, tal es el mandato, para que el patrono tenga la función de tal, es necesario que la relación jurídica existente, sea de carácter laboral.

Los representantes de los patronos, pueden hacer contratos de trabajo, aunque no tengan el carácter jurídico de Empleadores; sin embargo por ser el término de representante su principalísimo, puede cualquiera de los obreros jefes realizar contratos que ocasionen las correspondientes obligaciones tanto para los empleadores como para los empleados.

Es lógico que en este caso contractual entre el empleador y el empleado, el Estado preste su tutela jurídica. El Estado es un órgano, por medio del cual nos valemos para implantar la verdadera justicia social. No se puede dudar que tiene la obligación de proteger los intereses no únicamente de los empleadores sino también de los empleados.

Sin embargo de lo anterior, entre las muchas misiones que el Estado tiene, sobresalen la protección de los intereses del débil, en este caso el empleado.- Por tal razón el empleado necesita su ayuda, para establecer el verdadero equilibrio entre él y su empleador; afortunadamente en esta época moderna el derecho laboral tiene carácter de derecho público.- Lo anterior no quiere decir, que el Estado llegue hasta el extremo de nacionalizar la producción y se convierta en Estado industrial. La protección debe entenderse en las medidas que se tomen para que el empleado tenga estabilidad, para mejorar su vida, proteger a las asociaciones que para su defensa se organizan. Debe el Estado pensar, en la solución de la vivienda, que cada día es mas aguda y ocasiona múltiples problemas de orden público.- Crear disposiciones conducentes para que los empleados puedan participar de las utilidades en la empresa.- Regular el contrato de trabajo, prohibir en lo máximo cualquier cosa que originen poca estabilidad en el empleo, la jornada de trabajo, el salario justo, teniendo en cuenta que a trabajo igual salario igual; velará el Estado porque no se cause fraude a la ley en las prestaciones a que se tiene derecho, después de un tiempo de servicio.- Se debe pensar por una justicia especial que solucione los conflictos que se originan en forma rápida buscando la mejor manera de hacerlos económicos.

En cuanto al empleado rural, debe el Estado prestarle-

no únicamente su ayuda para que sus vínculos contractuales sean justos, sino también creando un número suficiente de cooperativas en donde el campesino pueda proveerse de los elementos indispensables para la labranza de su campo.

Para resumir la intervención del Estado en favor de las económicamente necesitadas de Francisco Walker Linares tomamos lo siguiente: " La intervención del Estado puede resumirse así: a) Leyes de trabajo y de previsión social; b) reglamentación de estas leyes y confección de reglamentos administrativos; c) creación de organismos técnicos para estudiar los problemas del trabajo, e intentar resolverlos; b) Control de las leyes y reglamentos del trabajo, mediante inspección de los mismos; e) ayuda de los organismos sindicales sin perturbar la libre marcha de los mismos".

servil y ejercido por los esclavos. Era pro-
piedad de los africanos, quienes ejercían oficios de ser-
vicio en su propia tierra, el cual en cierta forma dar-
ría lugar a la esclavitud.

CAPÍTULO SEGUNDO

HISTORIA DEL TRABAJO

En antigua edad era considerado el trabajo como algo -
que era la causa de la deshonra, para quien ejercía determi-
na actividad. Era el trabajo una labor propia para los esclavos,
de ahí que las actuaciones humanas que estaban vincula-
das a la producción, se llevaba a cabo bajo un régimen de es-
clavitud. El cristianismo era un contrato por el
cual una persona se obligaba a trabajar a otra, a un
señor. Unicamente el cristianismo, rechazó la esclavitud, los
patrones cristianos dieron libertad a sus esclavos, esto no
quiere decir, que la llegada del cristianismo haya sido acti-
vo para terminar definitivamente con este sistema repugnante.

El cristianismo les quitó la indignidad al trabajo or-
ganizando gremios, que eran instituciones políticas que sir-
vieron como armas de defensa en contra del capitalismo. Se
había dado a la organización de la obra y de acuerdo a la
edad. Sin embargo con el correr de los tiempos, estas organi-
zaciones cayeron en un olvido casi total, de los motivos que
le dieron vida, la fraternidad que en un principio los inspi-
ró terminó muy pronto, y los miembros componentes de tales
gremios, degeneraron hasta el extremo del egoísmo. Como
resultado de esto, el trabajo volvió a ser esclavitud. En Roma cuando la raza era laboriosa, el trabajo no
fue despreciado, pero con el devenir de los años empezó a ser

servil y ejercido por la mayoría de los esclavos.- Eran propiamente los artesanos, quienes ejercían oficios despreciables en su propio taller, el cual se decía nunca podría dar nobleza.

El derecho romano consideraba al trabajo como un arrendamiento, el cual era un contrato consensual por cuyo medio las partes llevaban a cabo sus pretensiones.

El arrendamiento de servicios era un contrato por medio del cual, una persona se obligaba a trabajar a otra, a cambio de cierto precio que esta se obligaba a pagar.

Los romanos distinguían dos clases de arrendamientos: así: LOCATIO OPERIS o arrendamiento de trabajo determinado, y LOCATIO OPERARUM o arrendamiento de servicios.

El primero de los anteriormente citados, se acostumbraba usarlo en contratos de construcción.- El precio no se debía sino a la terminación de la obra y de acuerdo a la aprobación que de la misma hacía el dueño, en este caso señalado como LOCATOR.

El segundo de los contratos, una persona prestaba sus servicios personales a otra por un tiempo mas o menos cierto y de cuyo trabajo ganaba su estipendio.- Para que dicho arrendamiento tenga su existencia era necesario que se trate de hechos jurídicos y que fácilmente se pueda apreciar en dinero.

En el Siglo XVIII, nacieron nuevas teorías las cuales declararon su enemistad con las corporaciones del trabajo, -- propusieron sus ideas de libre concurrencia, declararon al -- trabajo como monopolio odioso.-- La llegada de la revolución -- francesa originó movimientos de extraordinaria importancia pa -- ra los obreros.

En el Siglo XIX, se llegó a pensar en una ficción con -- sistente en la igualdad de las partes para la libre contrata -- ción, lo cual como es natural no es cierto si se tiene en -- cuenta el estado de necesidad en que vive el empleado.

En este mismo siglo debido a los adelantos científi -- cos aparecen fábricas modernas, y en consecuencia la gran in -- dustria agrava la situación económica de los empleados.

Quienes quedaron sujetos ante la mirada de impasibi -- dad del Estado a la ley "de la oferta y de la demanda".

La crisis industrial trae como resultado la desocupa -- ción. Llegaron a pensar los patronos que los salarios eran el -- motivo del costo de la producción, y resolvieron hacer uso de -- la mano de obra mas barata; como natural consecuencia, los -- trabajadores eran tratados miserablemente, sin tener en cuen -- ta siquiera su edad y su sexo.

que trabajaban hasta catorce horas diarias, en talleres en donde no existía la seguridad, sin ninguna prevención para evitar los accidentes, no les era permitido la huelga.

Se había iniciado la época del industrialismo capitalista, con resultados favorables para la burguesía. En esta situación, comienza a volucionarse a la mitad del siglo, gracias a los diversos movimientos políticos, sociales y católicos. El Estado inicia a actuar por medio de sus leyes, la iglesia por medio de las facultades reprime los abusos, mejorando las relaciones laborales por caminos de justicia y comprensión obrero-patronal. En la columna de los problemas por lo tanto era el sentir de nuestros legisladores quienes se expresan en "EL DERECHO DEL TRABAJO EN COLOMBIA" social de aquella entonces.

Para encontrar un verdadero ambiente a la necesidad de crear el derecho del trabajo en Colombia muchas dificultades se tubo que vencer. El viejo sistema del derecho romano, era ya necesario transformarlo, para cuyo fin muchos obstáculos se presentaron. Ejercicio de la huelga por medio de la ley 78 de 1.912 y el de 1.920.

Fras un duro batallar, contra el sabor civilista que reglamentaba las relaciones obrero-patronales avanza el derecho del trabajo, lento pero seguro de cumplir con su cometido.

Desde 1.810 hasta nuestros días, los distintos gobier-

nos que se han sucedido, emularon unos y otros en dictar reformas sociales, algunas de las cuales han servido de fuente importante para la formación del actual código del trabajo.

Es indudable que el primer paso que en Colombia se dio fue la abolición de la esclavitud.- La Constitución en su artículo 22 dice: "No habrá esclavos en Colombia. El que siendo esclavo, pise el territorio de la República quedará libre".

Continuando el orden de los gobiernos, nos encontramos en el período comprendido entre 1.910 y 1.915.- En esta época se dictaron algunas leyes de carácter social que si bien no tenían un plan determinado, en la solución de los problemas por lo menos era el sentir de nuestros legisladores quienes empezaban a comprender la necesidad de transformar la situación social de aquella entonces.

Leyes que ordenaban el descanso dominical, medidas de higiene, leyes de accidentes de trabajo, viviendas para los trabajadores; en mil novecientos diecinueve se reglamentó por primera vez el ejercicio de la huelga por medio de la ley 78 de 1.919 y 21 de 1.920.

En el año de 1923 se dio creación a la oficina del tra-

El movimiento social realizado por el gobierno del Dr. Ospina, fue tan efectivo, que hasta el mismo partido político - que le tenía obstáculos para impedirle gobernar, reconoció mas tarde, al manifestar que el partido conservador con Ospina de Presidente, realizó una reforma social efectiva, bajo los postulados del cristianismo.

Con el correr de los tiempos, se ha llegado nuevamente a la necesidad de reformar el código actual, debido a la vertiginosa carrera que la época moderna ha emprendido haciéndose necesario tomar ciertas medidas sociales las cuales no fueron previstas anteriormente.

La exposición de motivos de la reforma del código dice entre otras cosas: "Este proyecto contiene las reformas que el gobierno nacional cree que debe introducirse al estatuto laboral vigente, de acuerdo con los problemas que plantean nuestra evolución social y económica, tan acentuada hoy, y el reclamo siempre creciente de los empleados contra disposiciones que ellos consideran inadecuadas o contrarias a su necesidad....."

En el proyecto del nuevo código del trabajo presentado al Congreso por el gobierno se ha tenido en cuenta las cláusulas que origina poca estabilidad a los empleados, con el fin de llegar a una solución en el abuso que cometen los empleadores.

CAPITULO TERCERO

LA CLAUSULA DE RESERVA

Como es de lógica suposición la Clausula de Reserva, - tiene su origen en la remota época del Derecho Romano.- Era - el llamado *deshaucio*, que consistía en un aviso que una de - las partes daba a la otra, con el fin de hacerle saber su ánimo de terminar un contrato realizado.

Muchas legislaciones usaron el "deshaucio": México por ejemplo en una de sus ordenanzas establece: "...cuando se quiera despedir a un obrero, es necesario hacerle saber quince días antes, para que tenga oportunidad de buscar lugar en donde desempeñar un nuevo trabajo, el mismo deber tiene el sir- viente para con el patrono".

El derecho Argentino en el Artículo 157 del Cod. de Com. dice: "no estando determinado el plazo, del empleo que contrajeron los factores, y dependientes con sus principales, puede cualquiera de los contrayentes darle por acabado avisando a la otra parte de su resolución con un mes de anticipación"

Por su parte el Código del Ecuador dice: "el deshaucio es el aviso que una de las partes, hace saber a la otra, que su voluntad es dar por terminado el contrato."

En el lenguaje corriente se habla de indemnización por el despido, y es lógico que así sea, porque un despido inten-

positivo podría ocasionar tanto al empleador como al empleado-
dificiles circunstancias.

Al empleado lo pondría en una situación precaria, sin
recursos que solucionen en forma rápida el impasse.

El empleador se encontraría paralizado en sus activi-
dades hasta tanto encuentre un empleado capaz como el anterior
para continuar el trabajo.- Por las circunstancias anteriores,
la ley debe de establecer un equilibrio de estabilidad tanto-
para el empleado como para el empleador.

Los autores están de acuerdo en sostener, que la ---
Cláusula de Reserva", es una provención con el fin de tomar -
las medidas necesarias, a fin de evitar desastrosas consecuen-
cias.

LA CLÁUSULA DE RESERVA EN EL DERECHO COLOMBIANO

En el año de 1.944 se estableció en Colombia "la Cláu-
sula de Reserva", la cual quedó consagrada definitivamente en
la ley 6a. de 1.945, que en su Art. 89 dice: "el contrato de-
trabajo no podrá pactarse por mas de cinco años.- Cuando no -
se estipule término o este no resulte de la naturaleza misma-
del servicio, contratado como en los casos de rocerías, reco-
lección de cosechas etc. se entenderá celebrado por un térmi-
no de seis meses, a menos que las partes se reserven el dere-
cho de terminarlo unilateralmente dando a uno a la otra con -

... el cual lo van a aplicar dividiéndolo en cuatro par-
- antelación no inferior al período que regule los pagos del sa-
- los que son las siguientes: a- contratos que se puden anticipar
- lario, de acuerdo con la costumbre, y previa cancelación de to-
- la cantidad, en tiempo y dinero, o- para de deudas, prestacio-
- das las prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar.- Pue-
- de indemnizaciones a que haya lugar, y de anticipación por
- de preaviso del aviso pagando igual período.

Esta ley fue reformada por el Decreto 2127 del mismo a-
- no reformando logicamente el Art. 82 de la ley 6a. en la si-
- guiente forma: " tambien pondrán las partes tomarse la facul-
- tad de terminar unilateralmente cualquier contrato de trabajo,
- mediante aviso dado a la otra con antelación no inferior al -
- período de reglamento interno, o costumbre de la región en ha-
- cer los pagos."

Vinieron luego una serie de decretos que en definitiva
- establecieron en el Art. 48 del actual O. S. del T. la cláu-
- la de reserva y que a la letra de acuerdo a la reforma del Dec.
- 616 de 1954 dice: " en los contratos de duración indeterminada
- o sin fijación de término, las partes pueden reservarse la fa-
- cultad de darlos por terminados en cualquier tiempo, mediante-
- preaviso o desahucio notificado por escrito a la otra parte -
- con un término no inferior a cuarenta y cinco (45) días, pre-
- via cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemniza-
- ciones a que haya lugar.- El patrono puede preaviso del prea-
- viso pagando los salarios correspondientes a cuarenta y cinco-
- (45) días.- La reserva de que se trata sólo es válida cuando -
- se consigne por escrito el contrato de trabajo."

Este es el artículo que reglamenta la "cláusula de re-

serva" el cual lo vamos a analizar dividiéndolo en cuatro par -
tes que son las siguientes: a- contratos que se puede estipular
b- ejecución, en tiempo u dinero, c- pago de deudas, prestacio -
nes e indemnizaciones a que haya lugar, y d- estipulación por -
escrito.

CONTRATOS EN QUE SE PUEDE ESTIPULAR

El Art. 40 del Código establece: " En los contratos de -
duración indeterminada o sin fijación de término....).- De a --
cuerdo con lo que resa el Art. 45 del mismo código, no se puede
pactar la cláusula de reserva en los siguientes contratos: 1º.-
Contratos de trabajo por tiempo determinado. 2º.- Contratos por
el tiempo que dure la realización de una obra o labor determina -
da. 3º.- Contratos para realizar un trabajo ocasional.

En el primer contrato, es decir a tiempo determinado, -
es muy fácil saber, cuando llega el fin del contrato, puede ser
remoto o próximo, pero en todo caso se sabe cuando finalizará.-
De tal manera que nada se gana al a un empleado que al firmar -
el contrato sabe cuando finaliza, se le anuncia que dentro de -
cuarenta y cinco días terminará su contrato.

En la segunda especie, o sea por el tiempo que duré la -
realización de la obra, no tiene razón para que se pacte la -
cláusula de reserva.- Si al realizar un contrato de trabajo, pa -
ra que se construya un edificio por ejemplo, se entiende que al
terminarse la obra logicamente se termina el contrato.- Por tal

razón el anticipar el despido está de sobra.

Por último, en el tercer caso el Art. 45 nos habla de trabajos ocasionales, de acuerdo al código por tales trabajos se entiende los de corta duración, no mayores a un mes y que se refieren a labores distintas a las actividades del patrono.- Su pongamos el trabajo que se adelanta en el arreglo del tapiz de una casa.

De lo estudiado anteriormente se deduce con mucha lógica que la cláusula de reserva, únicamente se puede estipular en los contratos de tiempo indeterminado, pactada en otra clase de contratos es un error contractual.

Pero qué se entiende por tiempo indeterminado? Para establecer el verdadero concepto de contrato a tiempo indeterminado es necesario aclarar que por el hecho de ser a tiempo indeterminado no son vitalicios, es decir que duren por toda la vida.

Se entiende que dicha clase de contratos, se realiza cuando las partes tienen interés en no determinar el tiempo, ni mucho menos es fácil hacerlo, si se tiene en cuenta el carácter de permanente que la empresa tiene.

El Art. 260 del C. S. del T. que dice: " todo trabajador que presta sus servicios a una misma Empresa de capital de-

transmite al beneficiario del seguro pagando los salarios por los
Ochocientos mil pesos (\$ 800.000) o superior que llegue o ha-
ya llegado a los cincuenta años (50) si es mujer o (55) si es
hombre, después de veinte años de servicios continuos o discon-
tinuos tiene derecho a una pensión mensual vitalicia de jubila-
ción o pensión de vejez, equivalente al setenta y cinco por cien-
to 75% del promedio mensual de los salarios devengados en el úl-
timo año de servicios".

Lo anterior es un efectivo control para evitar el tra-
bajo en forma vitalicia.

B) EJECUCION.- TIEMPO.- DINERO.

Continuando el estudio del Art. 48 nos encontramos en
el segundo aspecto. (las partes pueden reservarse la facultad
de darlos por terminados, en cualquier tiempo mediante preavi-
so o desahucio notificado por escrito a la otra parte con un
término no inferior a cuarenta y cinco días."

Esta parte es común al empleador y al empleado, cual-
quiera de ellas haciendo uso de una facultad propia puede a-
nunciar a la otra que a partir de determinado día el contrato
firmado terminará.- En esta forma el uso de la cláusula de re-
serva, convierte el contrato de tiempo indeterminado en deter-
minado.

Según el mismo artículo que comentamos dice: "...el pa-

trono puede prescindir del preaviso pagando los salarios correspondientes a cuarenta y cinco días....."

Analizando detenidamente este aspecto, se observa -- que es únicamente el patrono quién puede pagar el tiempo, lo -- cual hace contraste con el anterior aspecto que es común a las partes.-- No hay una explicación razonada sobre el porqué el -- trabajador, no está obligado a pagar los cuarenta y cinco días.

Este aspecto a dado origen a controversias entre eminentes profesores de derecho laboral.-- Unos manifiestan que al no prohibirlo expresamente la ley, puede el trabajador pagar -- el preaviso al patrono.-- Otros opinan que el trabajador reconocerá los perjuicios ocasionados a la Empresa por el repentino-- rompimiento del contrato.

Del preaviso dice Cabanellas " es común a las partes y ambas se benefician, si el patrono despidе al empleado, este puede buscar con ties o otra ocupación.-- Si el empleado renuncia el patrono puede sustituirlo convenientemente, sin daño para sus intereses."

De tal manera que si es común para las partes y ambas se benefician, es lógico que tanto el empleador como el empleado deben tener el derecho de cancelar los cuarenta y cinco días del preaviso.

Si un empleado por mejorar su estado social y económico, en forma imprevista para la Empresa rompe el contrato, ocasionando daños, es lógico que debe tener una sanción, es explicable que siendo la cláusula de reserva, parte integrante del contrato de trabajo, las partes deben tener obligaciones y derechos iguales.

La reforma del Código del Trabajo dice en el artículo 49: Primero.....Segundo el contrato término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo.- Con todo, el empleado podrá darle por terminado mediante preaviso con antelación suficiente no inferior a dos meses para que el empleador lo reemplace (Proyecto Otto Morales Benitez)

Como se puede apreciar los especialistas en derecho laboral se han dado cuenta de una urgente reforma a esta válvula de escape que era ocasión de perjuicios graves a las Empresas.

C- PAGO DE DEUDAS. PRESTACIONES. E INDEMNIZACIONES

A QUE HAYA LUGAR.

Este requisito es de suma importancia y en muchas ocasiones es olvidado por los patronos.- El Art. 48 dice textualmente...."....previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar...." De tal manera que si el empleador al empleado debe una suma de dinero -

por concepto de salarios, o por cualquier otro aspecto prove-
niente del contrato laboral, está en la obligación de cancelar-
los si quiere que la cláusula de reserva tenga validez.

En la misma forma debe cancelar, las prestaciones a
que el empleado tenga derecho, la cesantía por ejemplo debe in-
mediatamente de terminarse el contrato de trabajo hacerse la co-
rrespondiente cancelación.

Cuando el preaviso se da en tiempo, las obligaciones
patronales se hacen exigibles al terminar dicho término.

D.- ESTIPULACION POR ESCRITO

Este último aspecto del Art. 48 es de importancia es-
pecialísima para que tenga valor la cláusula de reserva.

".....la reserva de que se trata sólo es válida quan-
do se consigne por escrito el contrato de trabajo." Art. 48 C.-
S. del T.

El análisis de este aspecto, nos pone de presente, la
importancia que tiene la estipulación por escrito, el pacto de
la cláusula de reserva, no puede tener vida jurídica, en los
contratos celebrados verbalmente.

CAPÍTULO CUARTO

Es un requisito que la ley establece en forma de solemnidad AD SUBSTANTIAN ACTUS.- De tal manera que ni siquiera la confesión es uno de los medios de prueba mas eficaces por el orden jurídico psicológico, social etc. pueden demostrar la existencia de un pacto de reserva.

La cláusula no tiene virtualidad jurídica entre las partes, por su sola enunciación legal, sino que es necesario e imprescindible consagrarla expresamente por escrito." Así se puede leer en una sentencia de la Corte.(C. J.Nº 2217).

De lo anteriormente estudiado, podemos concluir que la "Cláusula de Reserva" tiene ciertos requisitos indispensables para que produzca sus efectos, si uno de ellos faltare, no tiene valor y la parte perjudicada en este caso el empleado, puede atenerse a lo ordenado por el artículo 64 del C. S. del T..

CAPITULO CUARTO

ABUSO DE LA CLÁUSULA DE RESERVA

Del vínculo jurídico contractual celebrado entre el empleador y el empleado, se desprenden ciertas obligaciones patro-
nales, de mucha importancia para el obrero como el pago de pres-
taciones sociales, que son adquiridas por la antigüedad por pres-
tar sus servicios a la Empresa.

La jubilación es una prestación social, de carácter es-
pecial, y que se encuentra reglamentada en el C. S. del P. O.

Todo trabajador que preste sus servicios, a una Empresa
de capital inferior a \$ 600.000.00, en forma continua o dis-
continua tiene derecho a esa prestación, cuando haya llenado --
ciertos requisitos indispensables en edad y tiempo. --
La prestación consisten en el pago del setenta y cinco
por ciento de los salarios devengados en promedio durante el úl-
timo año de servicio.

La legislación laboral defiende hasta donde sus capaci-
dades le permitan, el derecho a esta prestación, El empleador --
que despide al empleado dentro de los quince años de servicio, --
el Código lo sanciona obligándolo a pagar el setenta y cinco --
por ciento de la jubilación que le hubiere correspondido.

Para el caso anterior cometido por el empleador no --
Pero en realidad las Empresas, fácilmente conceden --
el pago de estas prestaciones a quienes la hayan ganado? -- No --
obstaculizan los empleadores a los empleados para que la obten-
ga? -- de las obligaciones, como 3º, artículo de 1.960, dice al-
respecto:

Desgraciadamente es así; existen muchos casos en que --
la Empresa, haciendo uso de la cláusula de reserva, dan por ter-
minado en forma maliciosa el contrato de trabajo. -- La cláusula --
de reserva se ha constituido en un requisito legal, para que --
los empleadores puedan en esta oportunidad evadirse del pago, --
de las prestaciones sociales que un emplee o aspira a ganar.

BIBLIOTECA GENERAL

No es posible entonces que por un medio legal, se tra-
te de cometer un fraude a la ley y abusar del derecho. -- Las nor-
mas legales establecidas precisamente, para satisfacer un inte-
rés, no pueden ser utilizadas únicamente con un ánimo de evitar
el pago de ciertas prestaciones ordenadas por la ley.

Los trabajadores, pueden con más o menos tranquilidad
trabajar para una Empresa hasta los catorce años, porque a par-
tir de este período su patrono haciendo uso de la cláusula anti-
riormente nombrada termina el contrato, o aplica también el pe-
ríodo presuntivo al que en el caso, ordenado por el artículo 47 del
C. B. del T.; en esta forma la ley le ha servido de escudo, para
que el patrono escape a sus obligaciones de pagar a sus emplea-
dos las prestaciones sociales adquiridas por la antigüedad en
su servicio.

Pero el acto anterior cometido por el empleador no constituye un fraude a la ley? El profesor Arturo Valencia Zen, en su obra Derecho Civil, de las obligaciones, tomo 3º, edición de 1.960, dice al respecto:

" DEL FRAUDE A LA LEY.....Todo fraude implica mala fé, que consiste en la intención de perjudicar a otro o en la de eludir la aplicación de una ley imperativa."... Mas adelante agrega.

" En efecto, al tenor del Art. 16 del Código Civil -- que dice: "no podrá derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia, están interesados el orden y las buenas costumbres." -- No se pueda aceptar por tal razón la derogatoria de convenio con el fin de causar daños a interesados." En consecuencia toda violación indirecta del Art. 16 del Código Civil, es fraude a la ley y puede decirse que este se caracteriza por las circunstancias especial de no poderse descubrir la violación de la ley al analizar el negocio o negociaciones en forma exterior, toda vez que aparentemente se ajustan a la ley; sólo al examinar el conjunto, es decir el fin último de los negocios es posible aprisionar el fraude."

Si un contrato se termina, cuando los contratantes lo renuncian, caso este que se lleva a cabo por resolución convencional; o también cuando surgen causas superiores a su estimación;

lación, es decir resolución legal del contrato.- Porqué la ley entonces concede al empleador poderes legales para ocasionar - daño a su empleado?.- Acaso al principio de esta monografía no vimos que el Estado presta su tutela a favor de los débiles -- que en este caso es el empleado, para que sus intereses no sean burlados?.

Es necesaria entonces que se estudie en forma personalizada, los móviles que ocasionaron la ruptura y el existió - la intención de causar daños a otra persona.

El Art. 63 del Código Civil dice: ".....El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a una persona o propiedad de otros.

Certmann hablando del dolo manifiesto: " Por dolo no se ha de entender solamente el engaño malicioso en el sentido penal, pues no exige ni la intención de obtener una ventaja patrimonial, ni que como resultado, se produzca un perjuicio económico a la parte contraria.- Unicamente se requiere por un lado, la producción intencional de un error o de un estado de ignorancia, y por otra parte el propósito "malicia" de determinar al contrario, por virtud de tal error, a permitir una declaración de voluntad que, de otro modo no habría sido elegida en tal sentido."

Si el patrono al firmar un contrato de trabajo, pacta

la cláusula de reserva, con el ánimo de ponerla en práctica, -- tan pronto sea necesario hacerlo con el fin de no pagar las -- prestaciones sociales, está procediendo con dolo, y este acto es necesario encontrarlo para deducir si fue legal o no, el uso de la cláusula de reserva.

El Art. 66 del C. S. del T. expresa: " La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo, debe manifestar a la otra en el momento de la extinción, la causal o motivo que la mueven a tomar esa determinación, salvo en el caso -- de que exista la cláusula de reserva conforme al Art. 48.

Segundo:.- Posteriormente no puede alegarse válidamente causas o motivos distintos.

El proyecto del Código del Trabajo agrega: " Tercero no obstante lo dispuesto en los incisos anteriores, la parte -- que dé por terminado unilateralmente el contrato no podrá abstenerse de expresar por escrito la causa o motivo de su determinación, cuando se trate de actos vergonzosos o que lesionen la reputación o buena fama de la otra parte, o que afecte su -- prestigio social o comercial; pero en todo caso, podrá expresar estos motivos dentro de la oportunidad procesal en el evento de que la ruptura del contrato de trabajo se controvierta -- en juicio."

Estoy de acuerdo con lo reglamentado por el proyecto del Código ya que se trata de un aspecto bastante delicado, --

que puede ocasionar consecuencias funestas para las partes.

En cuanto al Art. 66 en nada soluciona el uso indebido de la cláusula de reserva, ya que expresamente manifiesta - que no se tomará en cuenta en los contratos en donde se la pague expresamente.

Pero puede ser útil para investigar, si el despido originado por el uso de la cláusula de reserva, es justo. No se puede pensar que el sistema de la cláusula de reserva sea un - medio por el cual las partes, den por terminado un contrato de trabajo por motivos injustos, fraudulentos, e incluso ilícitos

González Charry dice: " Cuando las partes convienen - en el ejercicio de la mentada cláusula de reserva, hay que entender que lo hacen para que tenga operancia recíprocas que tipifican el contrato, y es por eso por lo que se acepta que quien la utiliza, no está obligado a expresar la causa que la mueve. - De ahí que la parte en cuya contra se invoca en un momento dado, pueda, si lo considera necesario, promover el examen - del acto por la justicia del trabajo corriendo desde luego con la obligación de demostrar la injusticia o ilicitud de las causas que originaron el despido, para derivar de este las consecuencias legales del caso. - Y mientras no se demuestre esto, - la presunción de legalidad de que antes habló continúa favoreciendo a quien utilizó para terminar el contrato la mencionada cláusula de reserva."

Quiere decir lo anterior, que todo empleado que encuentre en forma injusta su despido por la cláusula de reserva puede ante la justicia laboral, solicitarle su fallo sobre la legalidad de dicho acto unilateral.

Todo contrato está formado, por un conjunto de obligaciones de necesario cumplimiento si no se quiere causar daño a una de las partes contratantes.- El Código Civil dice: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público".

CASOS CONCRETOS

Para tener una idea mas precisa del fraude a la ley y el abuso al derecho, que se comete con la cláusula de reserva encuentro en el libro (El derecho del Trabajo ante la jurisprudencia y la "medicina Industrial") página 109 y siguientes una sentencia que tiene mucha importancia por este caso.

Un empleado de determinado banco, demandó a esta institución, para que previos los trámites del juicio se fallaran los siguientes aspectos. Primero.- Pagar al empleado la indemnización de perjuicios sufridos, por el despido haciendo uso fraudulento de la cláusula de reserva. Segundo.- Pagar los sueldos completos y primas a que tiene derecho y que no han sido percibidos. Tercero.- Obligar al pago de la jubilación, aduciendo como hechos de la demandante otros, los siguientes: El empleado permaneció en la empresa prestando sus servicios,-

durante un tiempo interrumpido de cerca a los veinte años, en cuyo tiempo muy cercano fue despedido, originado por la falta de recursos económicos para poder pagar la jubilación.

El juez a quién le tocó el conocimiento de este asunto se expresó en su fallo de la siguiente manera: "A pesar de que el ejercicio de la cláusula de reserva para poner fin al vínculo contractual se sujetó al tenor de la ley, el móvil o motivo que indujo a la Empresa a aplicar esa cláusula para disolver el contrato de trabajo, fue el de burlar lo ordenado por la ley 95 ya que el actor se encontraba a punto de hacerse acreedor a la pensión."

En el recurso de casación el Tribunal Supremo del Trabajo dice "Vale decir que el Tribunal Supremo del Trabajo ha de excusar el motivo, invocado por el banco para despedir a su trabajador, reconociendo que la facultad que se desprende de la cláusula de reserva es una prerrogativa sin limitaciones y omnímoda, o ha de ratificar la tesis judicial sobre el uso fraudulento y abusivo de dicha facultad, porque su ejercicio, con invocación de un motivo tal, configura evidentemente desvío de los fines perseguidos por el legislador al consagrar la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato por una de las partes, cuando esta se hubiesen reservado dicha facultad contractualmente." Generalmente se admite la necesario existencia de -

talos como el derecho del desheredamiento al hijo no adulto — una institución jurídica que permite a las partes comprometidas en una determinada relación contractual poner fin a su contrato cuando las condiciones de buena fé creencia, y buena fé-lealtad indispensables a su desenvolvimiento armónico y acorde con los propósitos buscados a favor del concierto obrero-patronal se relajan, o cuando por otro motivo aquella comprensión de intereses se muestran defraudadas sin alcanzar, no obstante, las graves proporciones que harían justificable por parte del patrono o del trabajador poner fin al contrato, invocando una de las causales que el legislador ha previsto como causas para su terminación unilateral, previendo o nó a la otra parte según el caso."

"Sino que así también, quienes se ocupan de esta materia y de su crítica, concuerdan en aseveración de la cláusula ha sido y sigue siendo fuente generosa de arbitrariedades y venero inagotable de fraudulento abuso, sin embargo de lo cual los expositores se dividen entre quienes reconocen que la dicha cláusula no constituye excepción de privilegio a la regla general del derecho representada en la teoría del abuso y del fraude a la ley, y entre quienes piensan, en cambio, que dichos principios fundamentales, se cuegan de buena fé en sus varias excepciones jurídicas, carecen de aplicación frente a ciertas facultades como la que se examina otorgadas con exceso de libertad por el legislador, para usar de ellas arbitrariamente, y citan casos en sus conceptos análogos como en ciertos arbitrios dispensados a la patria potestad, tales como el derecho

tales como el derecho del desheredamiento al hijo no adulto --
que no tuvo el asentimiento paterno para contraer nupcias y --
así otros. -- Fue legal por convenida entre las partes y homologa
por ausencia del Jefe."

" No obstante a la hora de los tiempos actuales, y --
al sabor de las mas varias teorías que vienen desde la emula--
ción pasando por la responsabilidad contractual y extracontrag--
tual, hasta la finalista o desvío de los fines políticos, so--
ciales, económicos y morales de la institución jurídica. -- Ya --
que nadie discute que la teoría del abuso del derecho configu--
ra regla en principio fundamental implícito en todo ordenamien--
to normativo, en toda organización social, cuyo valor condicio--
nalmente es el derecho como instrumento de armonía entre las --
relaciones intersubjetivas, como fuerza específica de la socie--
dad." --
" Se dice que el señor apoderado de la parte demanda--
da recurrente, que no estaba en la intención del banco perjudi--
car al trabajador no sólo porque le pagó el provento doblemen--
te y gratificó con exceso, sino especialmente porque en las mi--
ras de la Institución que representa, estaba únicamente ejer--
cer el derecho de la legítima defensa contra una legislación --
que hacía particularmente gravosa la carga de la jubilación a
los bancos, particularísimo que el propio apoderado de la per--
te demandante se anticipa a reconocer de injusto y antitético.
Injusto por el Banco, pero contra el cual no podía el
Banco oponer acciones distintas a las que el derecho otorgaba --
por el Banco."

y de aquí concluye que la actividad del Banco no fué dolosa por lo contrario fue legal por convenida entre las partes y honesta por ausencia del dolo."

" Sólo que la teoría de la emulación cuyos elementos constitutivos o sean el ejercicio de un derecho subjetivo, falta de interés serio y razonable, dolo causado y ánimo de dañar o de vejear el derecho de otro que por sí misma constituye una de las formas de abuso del derecho, no agota todas las posibilidades del abuso."

" Quizás en la actuación del Banco encaminada a poner fin en la relación del trabajo no hubo deliberado propósito de perjudicar.- Pero la Empresa no podía descartar las consecuencias de sus actos que eran perjudiciales al trabajador, lisa y llanamente las cargas legales resultábanle gravosas en demasía, y en defensa de ellas hecho mano del plexo de atribuciones jurídicas inherentes al poder que le confería la norma legal y la facultad contractual, desviándolas de su finalidad específica y faltando en consecuencia a la buena fé creencia y a la buena fé lealtad, debida a aquel y al deber de protección para con el empleado, configurando un claro abuso del derecho para con su trabajador, ocasionándole un perjuicio de todo orden conformedad un fraude a la ley de las jubilaciones bancarias ley considerada injusta por el Banco, pero contra el cual no podía ejercitar otras acciones distintas a las que el derecho colombiano prescripta."

la relación. "Queda así plenamente establecido que en defensa económica ejercida por el Banco contra la ley de las jubilaciones, fué mas allá de lo previsible legal y moralmente, e irrogó un perjuicio sufrido por el trabajador, cuyo nexo de causalidad con la conducta de la Empresa resulta en forma inquestionable, derivándose de aquí el deber de la reparación en la cuantía que dicho perjuicio fué causado y demostrado en los autos." Lleva el Banco de al que se le vendió el que se le vendió de las Facul-

"Pero se dice que el uso de la cláusula de reserva en la forma como la institución se encuentra consagrada en las leyes vigentes para el tiempo del ejercicio del contrato y aún ahora, es un arbitrio dispensado legalmente sin otros requisitos que los de orden externo preceptuados normativamente. Es decir, el pre-aviso oportuno dado a la otra parte con antelación de uno de los períodos que regulan el pago de salario o el pago de su equivalente en dinero, previa la satisfacción de todas las prestaciones debidas al trabajador." Lleva el Banco de al que se le vendió el que se le vendió de las Facul-

"Aún cuando respetable por su origen, es curiosa por decirlo menos, esta forma de enfoque de problemas con olvido de los requisitos de orden interno motivadores de la institución. Pues no puede suponerse que la facultad de reservarse el derecho de dar por terminado unilateralmente el contrato, previo el cumplimiento de los requisitos de orden externo preceptuados normativamente, hubiera obedecido a un intento inmotivado y caprichoso del legislador o al móvil increíble de burlar la protección que la Constitución Nacional y la legislación del trabajo predi- can respecto de la actividad laboral, armando a las partes de -

la relación, de un instrumento prepotente capaz de todos los de-
sahucos y derogando de suyo todas las garantías contenidas en-
la legislación como condición de posibilidad de paz y armonía -
entre las clases que se reparten la dirección y la obediencia -
en la actividad productora de la riqueza nacional."

" La teoría sostenida por la defensa del Banco lleva-
al examen de si es o no posible el uso en demasía de las facul-
tades emergentes de un derecho subjetivo, pero distinguiéndolas
de aquellos supuestos que implican un desconocimiento a los lí-
mites objetivos de las facultades jurídicas."

" Estos límites jurídicos de las facultades jurídicas

son para el caso sub. lite en el ejercicio de la cláusula de re-
serva, los llamados por los defensores de la tesis esgrimida --
por la Empresa factores de orden externo.- Es decir que para --
que dicho ejercicio sea válido a mas de haber sido pactado entre
las partes, por escrito en el contrato de trabajo o incluida en
el reglamento de la Empresa, según la legislación entonces apli-
cable publicada en forma legal, con autorización del Ministerio
para conqumiento del trabajador el patrono a de cumplir con la-
obligación de pre-avisarle el desahucio con antelación de uno -
de los períodos que gobiernan el pago del salario o pagarle el-
equivalente al término del pre-aviso, cubriéndole, a satisfac-
ción, todas y cada una de las prestaciones, salarios e indemni-
ficaciones debidos.- Si el patrono no se oíne a estas limitacio-

nes de orden externo, pudiéndose abusar de las facultades emergentes de un derecho subjetivo si su ejercicio, desviado de su finalidad comporta un perjuicio ahora, no interesa al caso que su utilización se compadeciera con fines confesables -- pues el interés de la Empresa no lo excusa del perjuicio -- que podía ocasionarle al empleado, con desconocimiento fraudulento de un estatuto legal.-- Basta que en la conciencia de las directivas bancarias hubiese estado la posibilidad del perjuicio para que se presuma la culpa en su contra y la consiguiente obligación de indemnizarlo."

" El motivo alegado por la Empresa, defensa económica de la institución contra la ley del pago de las jubilaciones, es también en un todo extraño a las modalidades objetivas y subjetivas que imprimían carácter a su relación de trabajo con el empleado y por serle ajenas, con absoluta ajenez no podía invocarse inválidamente en su contra."

" Se afirma así mismo que la Empresa no estaba obligada a motivar el despido y que además bien hubiera conseguido igualmente los efectos buscados a través de aquel, despidiéndolo a la llegada de uno de los términos presuntivos del contrato que en los del tiempo indefinido.-- Se pretende así plantear el problema como un conflicto sencillo entre las facultades emergentes del derecho subjetivo de la Empresa y un deber de moralidad."

" Pero de una parte una ley y la organización de--

la justicia en el derecho colombiano no son ajenas de moralidad, que por el contrario vedan todo aquello vejatorio de las buenas costumbres, y contra el derecho público de la nación y de la otra; la Empresa motivó el despido contrariamente a los fines mismo de la cláusula de reserva y ajenos en un todo al ejercicio de esto de la estipulación contractual, al deber de lealtad de la ejecución del contrato, al deber de la probidad en la interpretación de sus cláusulas y al deber de la protección o buena fé orsencia, debida a su trabajador, y al deber de obediencia al régimen de jubilaciones bancarinas."

" Por último se invoca la cláusula de reserva como toda facultad legal, es susceptible de ejercitarse plenamente, reservándose los motivos o limitarse voluntaria o involuntariamente por quién la invoca."

" Si se limitan y se dicen motivos, para que estos no los desvirtuen es menester que la causa indicada como justificativa, corresponda en un todo al ordenamiento general de la nación y a los fines de la institución.- Esto vale significar que dicho motivo a de ser veraz, físicamente posible, permitido legalmente y moralmente compatible con los principios elementales de equidad y buena fé que gobiernan la contratación y ejecución de todo convenio."

" Es argumento muy socorrido por los impugnadores de la teoría del abuso del derecho en que hace especialísimo incapid de la defensa de la Empresa a través de varias escri-

tos, a aquel de que es imposible usar de una facultad legal y abusar al mismo tiempo de ella."

"De todos el mas brillante recusador es el eminente Planiol, uno entre muchos de la pléyade de expositores franceses.- En su teoría a tomado aliento el apoderado de la parte demandada."

"A lo ya dicho no sobra decir que la aparente contradicción implícita en la conjugación de los vocablos antagónicos "uso y abuso" empleados para denominar la teoría, se explica menos por una deficiencia gramatical que por la necesidad de obviar dificultades propias del mundo de los fenómenos culturales, cuya realidad antagónica es menos simple que la gobernada en el orden de lo natural, en el que generalmente basta una mirada a la contra de las cosas para distinguir las en su calidad de seres, una de otra."

"Ciertamente que la oposición contradictoria que si que en el mundo de las cosas, en la que uno de los extremos es la total primacía de lo opuesto, nos conduce con retahíla al axioma de que aquellas no pueden ser y no pueden ser al mismo tiempo."

"Más en los planes de este estimativo valioso, la org

sición valorar adquiere los mas diversos grados y matices na-
tivos que van de los simplemente relativo a los polar, confi-
gurando diferencias de mayor o menos, de los simple a los con-
plejo." La oposición de la simple a los dos y conduce a la con-
sistencia filantropía. En estos casos la voluntad se manifiesta con-
tra de lo. La polar es la característica oposición de los va-
lores diversos. Uno de los términos no excluye la posibilidad
contraria. Los términos de la oposición equipositivos los dos
no se niegan entre sí. Ambos se afirman pero en un opuesto --
sentido." La oposición de la simple a los dos y conduce a la con-
sistencia filantropía. En estos casos la voluntad se manifiesta con-
tra de lo.

" Tal oposición se da entre los justo y los injusto
entre lo bello y lo feo, entre los bueno y los malo. No se
conjugan uno de los términos por ausencia del otro. Se reali-
za y se verifica cada uno de ellos por actos positivo de bon-
dad por el dominio estético de la forma, por actos relevantes
de la justicia. Y se pasa a su contrario por actos igualmen-
te positivos de injusticia, de confirmación de lo feo por lo-
configurante de los malo. Para pasar del valor justicia a su
contravalor injusticia hay que desinformar activamente sin po-
sibilidad para informar, también activamente su negatividad."

" Esta polaridad en la oposición característica de-
lo ontológico social, valga para el caso de ontológico jurídi-
co su equipositividad, su afirmación a la intensa pero simul-
táneamente es lo que permite que bajo la misma apariencia de--

formas se alberguen contenidos diferentes y opuestos entre sí, se puede dar una limosna con un fin avieso o con amor.- En el primer caso los fines son egoístas.- En el segundo es la caridad.- La apariencia es la misma en los dos y conduce a la conclusión filantrópica.- En ambos casos la voluntad se mueve dentro de los límites de lo objetivo pero el sentido es diverso."

" Esta conjugación de lo contradictorio de los sentimientos humanos, de los humanos propósitos e intenciones que se cubren con apariencia de univocidad moral o jurídica, según el caso, se justifica excusa y reclama para la denominación de la teoría del uso del derecho, la concurrencia de vocablos antagónicos " uso y abuso" pues esta regla general, es de principio de orden universalmente normativo, se nutre y se integra de la división de la unidad de lo justo y de lo injusto, trasecondiciéndolos."

" Sentado pues, que el Banco abusó de su derecho de rescindir unilateralmente el contrato de trabajo con su empleado, sin embargo de que para exceder la facultad subjetiva emergente de la norma y de la estipulación contractual, se contuvo dentro de los límites objetivos de su derecho, sobra insinuar al recurrente que el uso indebido de la excusa de cubrir al trabajador los salarios del término presuntivo, en concurrencia con el resarcimiento de todos los perjuicios, que le hubie-

se causado y que aparezcan demostrados en el juicio."

Con el respto que se merece la anterior sentencia -- se permite hacer un análisis de la misma. que remiten casos a la doctrina constitucional.

Fácilmente se puede concluir que la sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, acepta el fraude a la ley y por consiguiente el abuso del derecho al haberse usado la cláusula de reserva con el fin de evitar el pago de la jubilación.

De tal suerte que es lo mismo, despidir a un empleado haciendo un uso correcto de la cláusula de reserva, que el hacer uso indebido de el pacto con el fin de evadir el pago de las prestaciones sociales.

El Tribunal Supremo del Trabajo, no tiene en cuenta la violación del artículo 1603 del C. C. en relación con la bugna f6 a que están sometidas las partes, no únicamente en los que se concreta en el contrato, sino en todo lo que se deduce de él. -- Porque admite claramente el valor del despido fraudulento y con dolo, usado para un fin no lícito como es el no pago de una prestación social a que se tiene derecho.

Se le escapó al Tribunal Supremo del Trabajo la violación directa de los artículos 1515, 1519, 1604, y 1616 del C.C. que se relacionan con el estudio de el dolo en todas sus formas.

Existe una mala interpretación del Art. 84 de la --

ley 153 de 1.887 que dice: " Cuando no haya ley aplicable al caso controvertido se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho." Lo anterior para explicar que si se admite la incurrancia de fraude a la ley y abuso del derecho sin embargo limita los efectos del acuerdo a lo ordenado por el Art. 47 del C. S. del T. en cuanto se refiere al período presuntivo.

Se ordena aplicar lo ordenado por el Art. 1.502 del C.C. que reglamenta los requisitos necesarios para que una persona se pueda obligar con otra.-- El Art. 1524 del mismo Código aclara mas el concepto de obligación al decir: " No puede haber obligación sin una causa real y lícita." Si la Empresa al realizar contrato con su empleado mantenía la idea de darlo -- por terminado tan pronto como sea necesario para evadir prestaciones, no se puede sostener que se haya realizado el contrato con los requisitos necesarios.

La doctrina actual ordena que el fraude a la ley debe ser sancionado, y a la vez enseña que se debe evitar en lo posible tanto directa como indirecta del orden público y las buenas costumbres. No hay razón para que se legalice el uso indebido de la cláusula de reserva y a la vez, se exonere a la Empresa en este caso el Banco, a pagar prestaciones sociales -

que el empleado va a tener derecho.

La sanción al fraude de la ley consiste, precisamente en invalidar todas las operaciones que se han empleado con el fin de obstaculizar se gane un derecho que la ley a reglamenta do y que en este caso se trata de la jubilación.

Si bien es cierto que el empleado del Banco, recibió el pago de sus prestaciones sociales aumentadas, también es -- muy cierto que se le perjudicó al no permitírsele ganar su jubilación, lo cual ocasiona un enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento sin causa, es aquel que se prodn ce a expensas de otro, sin causa justa o motivo que pueda lega lizarse.-- Al no permitírsele que el empleado bancario gane su jubilación con lógica se deduce que el Banco está haciendo uso de una auxilio que le corre pendería utilizarlo su empleado, -- si así se hubiera conedido al no hacerse uso indebido de la -- cláusula de reserva, precisamente para evitar dicho derecho.

Parece que el C. C. no ha enunciado con carácter de regla general, la forma como se debe reparar el empobrecimien to que son producidos por el enriquecimiento que está fuera -- de la legalidad.

Existe en la Sentencia a que me estoy refiriendo,--
un abuso del derecho que se ha consentido.

La teoría del abuso del derecho nació en el Dere-
cho Romano, aunque parece que no se conoció en sus fundamen-
tos jurídicos.- Pudo ampliamente desarrollado por los civilis-
tas franceses.- A su tiempo varias legislaciones han tomado
su fundamento, para evitar el uso aparentemente legal del de-
recho, trayendo como consecuencia el perjuicio de otro dere-
cho. Jousserand dice:

" A la antigua concepción rígida de los derechos --
individuales, opónese hoy la teoría de su relatividad, que --
conduce a admitir el posible abuso de los derechos aún los --
mas consagrados.- Según esta teoría cada uno de los derechos
tiene su razón de ser, y su misión que cumplir; cada uno de
ellos persigue un fin del cual no le es dado desviarse a su-
titular.- Los derechos son dados para la sociedad, a la cual
sirve mas que al individuo, por lo tanto no son absolutos --
sino relativos, deben pues ejercitarse dentro del plano de --
la respectiva institución, conforme al espíritu que los ins-
pira; no siéndoles lícito imprimírles una falsa dirección --
sin abusar de ellos, con lo cual el titular compromete su --
responsabilidad hacia la víctima de esa desviación.- Vanamen-
te alegárase que será utilizado en derecho, porque habiéndole

se cometido una falta en el ejercicio de su derecho, tal falta es precisamente lo que causa el abuso del derecho."

Lógicamente se puede apreciar que el abuso del derecho tiene su cimiento en la moral, quien ocasiona con culpa un mal, tiene que responsabilizarse porque viola un derecho.

Por tal circunstancia llama la atención, la Sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, al admitir que se ocasionó una burla a la ley de la jubilación bancaria, y sin embargo no sanciona a la Empresa por tal acto.

En buena lógica era de admitirse, que el banco responde por los perjuicios que ocasionó a su empleado, al hacer un uso indebido de la cláusula de reserva.

Por tal razón es necesario, hacer un deslinde entre el uso de la cláusula de reserva, con el derecho que el pacto concede y el libre uso del pacto convenido.

Planiol dice: " Esta nueva doctrina se basa íntegramente en un lenguaje suficientemente meditado; porque cuando ⁱⁿejercito mi derecho mi acto es lícito, y cuando mi acto es ilícito es porque excedo mi derecho....."

El objeto del contrato del trabajo, propiamente se acepta que no es el mismo contrato sino las obligaciones que son el resultado del acto contractual.- Y una de las obligaciones que el empleador tiene, es el cumplir con el pago de las presta

ciones sociales, entre las cuales se encuentra el pago del auxilio de jubilación que tiene el carácter de obligación moral.

Por conciencia social, no se debe admitir el ejercicio de un derecho con mira a obtener un fin que es el causar daño a otro. Pero se dirá tal vez que el ejercicio de un derecho, tiene que estar permitido aún se lesione intereses de otra persona. Sin embargo la facultad de dar por terminado un contrato de trabajo, debe tener un límite que es precisamente la equidad y la buena fé, elementos estos que de habérseles tenido en cuenta, al empleado no se le hubiera interrumpido en su labor, hasta tanto tenga el tiempo necesario para poder disfrutar de su jubilación.

Los hermanos Maxeaud dicen que el abuso del derecho es simplemente la aplicación de los principios generales, de la responsabilidad civil extra-contractual, porque en todo caso de un acto que pase del uso normal de un derecho se ocasiona un daño, por culpa en el ejercicio de esa facultad que necesariamente debe indemnizarse a la víctima.

Algunas legislaciones han tratado en lo posible de evitar el abuso de el derecho. La legislación alemana dice: "El ejercicio de un derecho no es permitido, cuando él no puede tener otro objeto que causar un daño a otro." El Código Civil de

En el mismo sentido se refiere así: "Cada uno es obligado a ejercer sus derechos y a ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fé. El abuso manifiesto de un derecho no encuentra protección jurídica.- Por su parte la legislación de Polonia dice "Quién en el ejercicio de un derecho cause daño, a otro intencionalmente o por negligencia, está obligado a repararlo si sobrepasa los límites fijados por la buena fé o por el fin por el cual ha sido conferido ese derecho."

Todo lo anterior, hace contraste con la sentencia -- que estoy analizando ya que ella acepta la existencia de dolo y fraude en el modo de proceder por parte del Banco, alegando móviles inconfesables que ocasionan fraude a la ley de las jubilaciones.

En nuestra legislación laboral, la parte que hace uso de la cláusula de reserva, no está en la obligación de motivar el despido; sin embargo ello se debe a la presunción que se lleva a cabo por circunstancias justas, y no con fines ilegales.- De lo contrario sería un acto siempre abusivo con respaldo en la ley, la cláusula de reserva sería una arma para que todo esplendor la use con extralimitación sin consecuencia jurídica.

Pero no se vaya a pensar que el uso de la cláusula de reserva se utiliza únicamente por los empleadores con el fin de evadir el pago de prestaciones sociales.

En el tiempo que presto mis servicios en la Inspección Nacional del Trabajo en Taríño, he podido apreciar con mucha frecuencia el abusivo uso de la cláusula de reserva.-- Sobre sale entre todos el siguiente, que presento en la transcripción de dos notas.

" Pasto, Marzo 17 de 1.961.- Señor Inspector Nat. del Trabajo.- E. S. D.- Yo, A. mayor de edad, vecino de este municipio y portador de la L. N. # 363168 de Pasto, muy atentamente manifiesto: He prestado mis servicios al Banco X por un lapso de cinco años, cuatro meses y con entera satisfacción estoy en capacidad de afirmar, sin riesgo de ser válidamente contradicho, que durante ese tiempo de servicios cumplí a cabalidad con la totalidad de mis deberes.- El día de ayer, por haberme atrasado en la hora de entrada, ocho minutos, el Sr. Gerente B, disque apelando a una de las estipulaciones del contrato de trabajo, la cláusula de reserva, optó por despedirme en forma inmediata.- Debo manifestarle que soy miembro del Sindicato y que la conducta asumida por el señor Gerente implica un abuso en el uso de la cláusula de reserva, y una medida persecutoria de nuestra organización sindical....."

Al despacho a mi cargo por medio del Ofc. 170 hizo la averiguación del caso al Gerente del Banco respectivo, y obtuvo la siguiente fría respuesta:

"Pasto, Marzo 20 de 1.961.- Señor Inspector Hal. -- del Trabajo. L. C.-- En contestación a su Ofc. 170 de esta fecha, le informo que el Ud. se refiere a retiros de personal de esta sucursal ocurridos recientemente, en ellos se ha procedido de conformidad al Art. 48 del Código Sustantivo del Trabajo. En todos los casos el Banco ha pagado a ese personal las prestaciones e indemnizaciones a que ha habido lugar.- Además, en todos los casos, los empleados correspondientes han tenido -- suscrito contratos de duración indeterminada, en las cuales -- las partes se han reservado la facultad de darlos por terminados en cualquier tiempo, mediante el pago de los salarios correspondientes por los términos fijados en los recientes fallos arbitrales."

Por lo que se puede apreciar de lo anterior, fácilmente se concluye, que el motivo no es otro sino el causar una lesión a la parte más débil del contrato.- Sin justa causa se rompe la relación contractual, sin más razones que el uso desmedido de la cláusula de reserva en su tenore literal.

Cual será entonces la causa que ocasionó el uso del pacto de reserva?. El Gerente del Banco no está obligado a detallarlo, porque como anteriormente se vió se presume que sea una causa justa.

... y nada me resiste a creer que sea una persecución sindical. El sindicalismo es una organización encaminada a obtener una transformación social. De Mario de la Cueva de su obra derecho Mexicano del Trabajo he tomado lo siguiente: El Ministro del Trabajo, Dr. José María del Campo (Revista del Trabajo Vol. 17 p. 14) "La organización profesional nació como un organismo local, en cada empresa y su propósito fue el de igualar las fuerzas con el empresario, para conseguir mejores condiciones de trabajo, era un propósito económico local.- Fué como siempre un fenómeno necesario, porque el Estado Liberal garantizaba la propiedad privada, pero se olvidó de los hombres."

Por tal razón no se puede aducir que sea causa para despedir a un empleado el hecho de ser miembro activo de una organización sindical, ya que estos organismos se han trazado una finalidad de elevar a la persona humana por medio de propósitos que se pueden resumir así: PRIMERO.- Asociación profesional para buscar mejores prestaciones, y encontrar una igualdad entre los mismo trabajadores. SEGUNDO.- Con una mirada futura cimentar una verdadera justicia social.

"Nuestras leyes reconocen el derecho de asociación de los trabajadores con el objeto de colocarlos en una situación favorable, en su lucha por su mejoramiento económico y social; y estimula estas organizaciones y les facilita los medios necesarios para que hagan el uso debido de sus derechos."

"Si el sindicato es ya una organizaci'ón indiscuti--

ble y nadie se opone a su desarrollo, los trabajadores pueden entender que tienen una posición ante la sociedad, de amplia-responsabilidad que deben asumir no sólo en su beneficio sino en favor de la comunidad." Esto dice el actual Ministro del Trabajo, Dr. José Elías del "Pierro" (Revista del Trabajo Volúmen IV No 18 Septiembre de 1.961.)

La mayor parte de la población colombiana vive en el campo del salario, pero cuando el productor de actividad personal en forma independiente, ya sea en el campo de la agricultura o en el de la industria, su actividad económica es independiente de la actividad económica de la comunidad.

En consecuencia, cuando se piensa en una reforma de la legislación colombiana que cubra los aspectos económicos de la vida social y económica, se debe tener en cuenta que en el campo de la actividad económica, ya sea en el campo de la agricultura o en el de la industria, el productor de actividad personal es independiente de la actividad económica de la comunidad.

Factor de una reforma de la legislación colombiana que cubra los aspectos económicos de la vida social y económica, se debe tener en cuenta que en el campo de la actividad económica, ya sea en el campo de la agricultura o en el de la industria, el productor de actividad personal es independiente de la actividad económica de la comunidad.

El problema del campo que vive en el campo de la actividad económica, ya sea en el campo de la agricultura o en el de la industria, el productor de actividad personal es independiente de la actividad económica de la comunidad.

Art. 43 del C. S. N. del 1.º, que establece el orden de la actividad económica, ya sea en el campo de la agricultura o en el de la industria, el productor de actividad personal es independiente de la actividad económica de la comunidad.

CAPITULO QUINTO

LA CLAUDULA DE RESERVA

Y LA

INESTABILIDAD DEL EMPLEADO

La mayor parte de la población colombiana viven ciegamente del salario que ganan al prestar su actividad personal en forma dependiente.- No se puede negar que Colombia es un país netamente agrícola aunque en los últimos tiempos en algunas ciudades se inició ya una etapa industrial.

Es necesario entonces, pensar en esa mayoría de la población colombiana que todos los días se encuentran laborando en los campos y en las fábricas, para ganar su jornal que en muchas ocasiones no es lo suficientemente necesario para solucionar sus múltiples problemas familiares.

Factor de suma importancia para la tranquilidad social de Colombia, es organizar la estabilidad de esta gran masa de empleados.

El problema del desempleo que día a día se presenta en Colombia en forma alarmante, es una amenaza para la paz social para el mismo progreso nacional, y porque no decirlo para las mismas familias trabajadoras.

El pacto de la cláusula de reserva reglamentada en el Art. 48 del C. S. del T., desempeña papel de primer orden en -

en la inestabilidad del empleo en el trabajo. - Estimula en gran escala el desempleo, trayendo como consecuencia los problemas sociales.

Mario L. Devesali en su obra Lineamientos de Derecho del Trabajo, Edición de 1.955, hablando sobre la estabilidad de:

"La estabilidad, en sentido propio, consiste en el derecho del empleado a conservar el puesto durante toda su vida laboral, (o sea, en el caso de existir jubilaciones o pensiones de vejez e incapacidad, hasta cuando adquiere el derecho a la jubilación o pensión), no pudiendo ser declarado cesante antes de dicho momento, sino por causas algunas taxativamente determinadas.

De acuerdo con la anterior definición, la estabilidad encierra un período comprendido entre la capacidad laboral del obrero, es decir hasta que este tenga derecho a su pensión de vejez y no puede ser despedido sino por causas justificadas.

Constituye la estabilidad una especie de garantía para el empleado con el fin de hacerse acreedor de unos derechos que gana a través de su antigüedad; de lo contrario la estabilidad de convertiría en una especie de labor de por vida, pudiéndose confundir con una esclavitud pagada.

Parece que la estabilidad limita el contrato de trabajo a un tiempo determinado que es limitado en el día preciso en que el trabajador se hace acreedor de su pensión de jubilación.

La estabilidad debe ser objeto de sumo interés no únicamente para el obrero, sino también para el patrono.- Con la estabilidad el obrero se especializa en el conocimiento de sus labores en la Empresa, trayendo como lógica consecuencia una mayor producción; para el empleador, pues, le es conveniente la antigüedad del empleado precisamente porque con el correr del tiempo se familiariza con la Empresa, y no ahorra esfuerzo alguno para conseguir mayor progreso; el constante movimiento de entrada y salida de empleados paralizaría la empresa en buena parte del tiempo de producción.

En estas circunstancias se ha obtenido lo que el Estado necesita que es la mayor producción, por combatir con este medio la difícil etapa económica, y tanto los obreros se benefician con la inmovilidad y los patronos encontrarán mayores ganancias.

Es necesario hacer una diferencia entre el significado que tiene EL TÉRMINO Y LA ESTABILIDAD.- El primero tiene un carácter jurídico, en cambio que el segundo es esencialmente humano, que parece traspasar los límites del orden público. El término es de libre estipulación en cambio que la estabilidad es reglamentaria, con la estabilización del empleado puede llegar a ganar el derecho de su jubilación, en cambio es difícil que pueda hacerlo, teniendo en cuenta únicamente el término.

En la obra el "Derecho Mexicano" de Mario de La Cueva, encontramos lo siguiente en relación con el término: "La libertad de contratación contraría uno de los fines esenciales

del derecho del trabajo, la seguridad presente y futura del trabajador, y está en contradicción con el principio de que la fijación del trabajo hacen hacer en favor de los trabajadores un derecho de empresa....."

Por tal razón es imposible encontrar, el derecho a la jubilación por medio de los contratos realizados a término determinado, porque es lógico que dichas relaciones jurídicas realizadas entre el empleador y el empleado no tendría sino una relación menor al tiempo que sea necesario para hacerse acreedor al derecho de una pensión.

Es lógico pensar que la estabilidad, es un derecho que únicamente deben tenerlo aquellos trabajadores que demuestran, un verdadero sentido de responsabilidad, que no constituya un problema para la buena marcha de la empresa, que no sean personas ineptas.

No estoy de acuerdo con el concepto, que tienen algunos autores al manifestar que los empleados que se encuentran en un régimen de estabilidad, son obstáculo o tienen poco interés para trabajar en forma correcta, llegando hasta el extremo de la araguería.

Y digo lo anterior, porque fácilmente se vé en las empresas bancarias, donde existe un verdadero sentido de responsabilidad en el verdadero desempeño de sus labores.- Además es lógico que si se abusa en la estabilidad en el trabajo ha-

ciendo de las horas laborales momentos de holgazanería, es una causal muy justa para que el patrono despidiera a quien no ha sido fiel al compromiso, de prestar sus servicios a la empresa.

Es necesario hacer una diferencia, entre la estabilidad que se refiere al empleado particular y del cual nos estamos ocupando a la inamovilidad del empleado público. Los primeros se reglamentan por medio del derecho del trabajo y los segundos por medio del derecho administrativo.

Delveali dice en relación con los empleados públicos " En los países europeos la estabilidad es muy frecuente en cuanto a los empleados públicos, y en algunas ordenaciones puede ser considerada como un elemento natural entre ellos y la administración." Esto se justifica ante todo por la naturaleza especial del servicio, y de la función pública, -- que son esencialmente perennes y sujetos a mínimas variaciones."

En nuestro país desde hace algunos años, mirando el aspecto que se relaciona con la administración de justicia se ha establecido que la Corte Suprema de Justicia sea de carácter vitalicio.--

El mismo autor anteriormente citado se refiere en la siguiente forma a los empleados particulares: " En el campo de las relaciones particulares, la situación es completamente distinta.-- El poder discrecional que constituye la excep-

ción en la administración pública, representa, por el contrario, la regla en las relaciones del derecho privado.-- Además resulta prácticamente imposible, o muy difícil obligar a un empleador, a readmitir en el local de su empresa, para reincorporarlo al trabajador o al empleado del cual no quiere servirse más."

Estabilidad en el trabajo.-- Existe comprensión entre el empleador y el empleado.

En nuestro país por medio de varias leyes se ha tratado de conseguir una estabilidad para el empleado público. Desde el año de 1.938 hasta el primero de Diciembre de 1.957- en que se aprobó el pleiscito se han dictado varias leyes con este fin.-- Sin embargo nada en serio se ha hecho para lograr la estabilidad del empleado privado u obrero que es objeto de nuestro estudio. El C. C. del T. dice: "El trabajo es socialmente obligatorio".-- Nos referimos al art. 12 del mismo Código. Nuestra legislación parece que nada ha dicho en cuanto a la estabilidad del empleado.-- Las masas obreras con el apoyo de quienes se dedican al estudio del derecho laboral realizan grandes campañas con el fin de encontrar su estabilidad que equivale a la estabilidad social del país colombiano.

EL MOVIMIENTO DE LA CLASE OBRERA DE COLOMBIA
DE UN ESTADO TAL COMO LA INESTABILIDAD. El código la
protección del orden social, es una ley para tener
El art. 12 del C. C. del T. dice: "La finalidad
primordial de este código es la de lograr la justicia en las
relaciones que surgen entre patronos y trabajadores dentro -

de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social." Ciertamente, que se puede negociar a través de muchos ej
clases realizadas por los sindicatos. -- De no tener las
medidas. Pero en realidad se ha logrado esta finalidad --
para lo cual fue creado este Código? -- El obrero si ha con
servado su estabilidad en el trabajo? -- Existe comprensión
entre el empleador y el empleado?.

El Art. 48 del C. S. del Trabajo dice: "Los con
tratos que se celebran en esta clase de empresas...
Ciertamente que no se puede responder, afirmati
vamente a las anteriores preguntas. -- El Art. 48 del C. S.
del T. ha sido el medio legal para acelerar el desastre o
brero.

El Art. 79 del C. S. del T. dice: "El trabajo -
en socialmente obligatorio". -- Mas adelante el Art. 11 del
mismo Código establece: " Toda persona tiene derecho al --
trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio
dentro de las normas prescritas por la Constitución y la -
ley." -- Frente a estos mandatos nos encontramos con limita
ciones establecidas en el Art. 48 que hacen inoperantes --
los artículos anteriormente mencionados.

El uso de la cláusula de reserva ha sido lleva
do a un extremo tal, que el Estado a quien está confiado la
protección del orden público, es casi incapaz para tomar --
los medios necesarios y evitar que un contrato de trabajo, --
se dé por terminado en el momento que mas le plasma al inte
resado.

Además que lo anterior ha ocasionado un descontento en las masas obreras, que se puede apreciar a través de muchos reclamos realizados por los sindicatos.- De no tomarse las medidas necesarias a tiempo, estos movimientos obreros ocasionarán verdaderos conflictos que perturbarán el orden público.

El Art. 43 del C. S. del Trabajo dice: "Los contratos cuya duración no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra, o servicio que debe ejecutarse, se presumen celebrados por términos sucesivos de seis en seis meses." Si en estos contratos se usa la cláusula de reserva, serán gobernados por el período presuntivo dejando a la voluntad del patrono la inestabilidad del empleado, ya que puede hacer uso del período presuntivo, como también a la cláusula de reserva, de acuerdo a su conveniencia."

Para aclarar lo anterior supongamos que un patrono A, tiene a su servicio dos empleados B y C. El primero tiene un tiempo de trabajo de cinco meses y quince días. - El segundo tres meses.- Estoy seguro que el patrono para terminar el contrato con B apelará el período presuntivo.- Y aplicará la cláusula de reserva con C.- Pudiéndose apreciar en este caso que la cláusula de reserva es concurrente con el período presuntivo.- Del ejemplo anterior se puede-

deducir que el obrero más antiguo tiene menos estabilidad en su trabajo, lo que en buena lógica es un absurdo e injusto. Cuando se ve que la legislación de España...

Las legislaciones extranjeras haciendo contraste con la nuestra han tratado en lo posible de conseguir una estabilidad para el trabajador, y a cambio de ellos indemnizar los perjuicios.

En España si el despido del trabajador es sin causa justificada, se opta entre la readmisión al lugar donde trabajaba o se le indemniza con una suma igual al criterio que a bien tenga el juez, teniendo en cuenta la dificultad, de encontrar colocación adecuada a sus necesidades familiares. La opción es únicamente para aquellos patronos o empresarios que tengan un número de operarios permanentes igual o superior a cincuenta.

En la legislación del Brasil de 1926: "El empleado que contare con mas de diez años de servicio en una misma empresa, no podrá ser despedido sino por motivos de falta grave o circunstancias de fuerza mayor, debidamente comprobada." "Si reconocida la inexistencia de la falta grave cometida por el obrero, está el patrono en la obligación de readmitirlo en su servicio y a pagarle sus salarios que tenía derecho en el período de suspensión."

En Cuba (legislación anterior) el trabajador -

despedido sin justa causa, debía ser restablecido en el mismo empleo que anteriormente desempeñaba o en otro de superior condición. Cuando no se podía el patrono tenía la obligación de indemnizarlo.

En la Argentina existen varias leyes que consagran la estabilidad del trabajador hasta que este haya ganado el derecho a su jubilación.

En México ocurre otro tanto. "El patrono que despidió injustamente a un obrero, o por haber ingresado a un sindicato, o haber tomado parte en una huelga ilícita, estará obligado a elección del trabajador, a ingresarlo nuevamente o a indemnizarlo con tres meses de salario. Igualmente tendrá esta obligación cuando es retirado el obrero por falta de probidad en el patrono o por recibir malos tratos."

Como fácilmente se puede ver, de las legislaciones anteriormente transcritas, todas ellas reglamentan en forma casi absoluta la estabilidad del obrero en el trabajo, y ante la imposibilidad del reintegro tiene la obligación de indemnizarlo en forma correcta.

En cambio nuestra legislación laboral, en forma muy relativa organiza la estabilidad del trabajador, pues a --

más de existir los Arts. 62 y 63, existe el Art. 48 que es
 un arma poderosa al servicio del empleador para romper de-
 un solo tajo la relación contractual sin más compromisos -
 y jurídicos.

De ahí que en los países que se refieren a la ex-
 istencia del Art. 48 del Código que dice: "En todo contrato
 de trabajo se debe pactar que, a menos que la legislación, para impedir la
 inestabilidad del empleado cree el auxilio de cesantía, al
 cual tiene derecho los empleados que no se encuentren cobri-
 dos por el Art. 250 del C. B. del T.- Por tal razón los
 patronos para evitarse el pago de dicha cesantía, han evi-
 tatado en lo máximo el despido de sus empleados. Sin embargo
 como dicho auxilio tiene que pagarse tanto en el despidi-
 do hecho por el empleador como por retiro voluntario del tra-
 bajador, se ha generalizado hasta tal punto que hoy día se
 puede decir sin temor a equivocaciones que ya no constitu-
 ye un freno a los despidos.

En la Argentina, tal como lo vimos anteriormente, el
 Código del Trabajo, hace acerca de la duración máxima y mín-
 ima de un contrato. De tal suerte que en muy pocas ocasiones
 el obrero puede alcanzar la jubilación como bien se puede -
 en la Argentina, tal como lo vimos anteriormente.

En los despidos realizados por los patronos, -

he podido apreciar que nunca se solucionan con el reintegro del obrero, es humano que después del despido arbitrario del cual ha sido víctima el empleado, se termina la cordialidad y comprensión obrero-patronal.- De ahí que se acogan a lo ordena por el Art. 64 del Código que dice: "En todo contrato de trabajo vá envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable.- Esta indemnización comprende el daño emergente y el lucro cesante.- En caso de que el patrono tenga que indemnizar perjuicios al trabajador por ruptura unilateral e ilegal del contrato, el lucro cesante consiste en el monto de los salarios correspondiente al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntoivo."

Hablando de la condición resolutoria el profesor de derecho civil en la Universidad de Nariño, Dr. Manuel Antonio Coral, dice: "La condición resolutoria es un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho, o mejor dicho, es una condición suspensiva de la cual depende la suspensión o resolución de un derecho."

El mismo profesor agrega más adelante: "En el contrato bilateral existe el DOU DÉS, de los romano, es decir - doy para que me des, vale decir un equilibrio jurídico que -

el día en que se rompe, dá lugar a lo ordenado por el Art. 1546 del Código Civil, inciso segundo que dice: "....pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios...."

En todo contrato bilateral, existe un interés común para las partes, en virtud del cual ningún contratante puede exigir el cumplimiento de una obligación, si él no ha cumplido, es decir que la parte a quien no se le cumple un compromiso queda libre.

Sin embargo parece que en los contratos sucesivos no opera la condición resolutoria; bastante únicamente a una de las partes que pida la resolución con indemnización cuando la otra no dá cumplimiento a lo pactado.

Por tal razón el derecho laboral, no es necesario que se pida la indemnización, previa a la resolución del contrato, es suficiente que se demuestre la ruptura unilateral o ilegal del contrato para solicitar las indemnizaciones del caso.

El Tribunal Supremo del Trabajo ha dicho: "Ya el Tribunal, en ocasiones anteriores tuvo oportunidad de -

expresar su criterio con las acciones que se derivan normalmente de esta condición, para contener que la consiguiente en pedir el cumplimiento del contrato no tiene cabida en cuanto a la indemnizatoria.- Y, esta como es obvio, asiste tanto al patrono como al trabajador.- Pero los principios de su integración y las reglas del reconocimiento del daño son diferentes para uno y otro, como se desprende del mismo texto del Art. 64.- Esta disposición, si bien consagra el principio general se diferencia fundamentalmente del Art. 1546 del C. Civil, cuando la víctima es el trabajador, el sistema indemnizatorio, se aparta del acogido por el estatuto civil."

Consiste él en establecer una relación inmediata de causalidad la ruptura unilateral e ilegal del contrato y el perjuicio dimanante de él, en forma que basta demostrar la primera que el juez dará por producido el segundo.- Y luego el mismo texto entra en justipreciar el daño sin exigencia de más trámites, cuando lo hace igual al valor de los salarios faltantes para la llegada del -- plazo preuncional o convenio del contrato.- En estos principios es evidencia un nuevo aspecto del sentido titular del derecho social tiene, tanto sobre el trabajo humano como sobre el sujeto que lo cumple.- Como --

la experiencia, la relación jurídico-económico y la realidad de la vida social dan al trabajador una posición notoriamente inferior frente al patrono; la ley ha presumido que se le ocasiona un perjuicio cierto cuando en forma unilateral e intempestiva le es roto su contrato, lo ha relevado de toda prueba en relación con el daño bastándole demostrar los illegales de la terminación.— No ocurre lo mismo con el patrono — en él no se presume el perjuicio recibido por la ausencia intempestiva del trabajador.— No es que no tenga lugar, sino que es preciso su demostración."

"El Art. 63 no admite dudas en cuanto a la forma de reparar el daño al trabajador. Pero al callar cómo debe subsanarse el del patrono, dispone tácitamente aplicar los textos civiles que señalan las reglas a seguir, tanto a lo relativo a la prueba del perjuicio como a la dinámica de su regulación.— Y, esto porque en el orden nacional, de las cosas es más fácil y posible causar perjuicios al trabajador con la ruptura unilateral del contrato que a la empresa o patrono.— Con frecuencia dicen los hermanos Masenat, es difícil decidir si en realidad el demandante experimenta un perjuicio.— Conviene también precisar las condiciones que debe llenar un perjuicio para que la víctima pueda demandar reparación.— No se trata por lo demás, sino de aquellas condiciones que se refieren a la existencia misma del perjuicio."

"Ciertos perjuicios aunque existen realmente, no tienen que repararse como los perjuicios indirectos porque no se cumple una de las condiciones constitutivas de la responsabilidad, o sea el vínculo de causalidad entre las culpa y el perjuicio, o como los perjuicios imprevisibles en materia contractual, porque se presume que las partes los han excluido de la indemnización. -- En qué casos existe pues el perjuicio? Cuando es cierto, cuando no ha sido reparado, cuando afecta personalmente al demandante, cuando atenta contra un derecho adquirido. (Responsabilidad civil delictuosa y contractual Tomo 1º pag. 11)".

"Pero como el recurrente que la misma lesión que la ley supone en el patrimonio del obrero hay que aceptarla para el del patrono através de la ruptura unilateral, debe repetirse que ello no es así, porque los supuestos que justifican el Art. 64 del C.S. del T. no tiene idéntica operancia para las dos partes. -- Póngase por ejemplo en estos reemplazo el patrono al trabajador dimidente? cuándo lo hizo? ese reemplazo fué mas o menos eficaz que aquel? Ya desde el punto de vista moral, hora desde el ángulo del rendimiento? Se vio obligado debido al incumplimiento, a pagar al sustituto un salario más alto, o por el contrario logró conseguirlo por uno menor? La ausencia repentina del obrero determinó una parálisis parcial en alguna de las de actividades de la em

1.ª prensa o negocio a donde estaba asignado, por cuánto tiempo y con qué consecuencia, o por el contrario los trabajos pudieron seguir desarrollándose normalmente? Debió el patrono ante el hecho imprevisto, y para precaver algún daño destinar al oficio del disidente otro de sus trabajadores, mediante una alza en un salario y por cuánto tiempo, o tal medida no fué necesaria porque la organización del establecimiento permitió la continuidad de labores hasta la consecución de un reemplazo adecuado? Todas estas son consecuencias que constituyen elemento de imponderable valor para el señalamiento del perjuicio, y que pueden, como lo considera el recurrente, declararse probadas y tenerse por ciertas, por el sólo hecho de la ausencia intempestiva del trabajador."

"Pero no dirá que cuestiones de índole parecida se plantean en relación con el último, y que por consiguiente, no es equitativo darles una solución diferente.- Ya se dijo atrás que el Art. 64 a vinculado en forma específica con el hecho culposo al daño y procedido a decir cual es --cuantitativamente, la indemnización que al juez corresponde decretar.- Y aún cuando es cierto que en él se contiene una clara limitación del lucro cesante, en cuanto sólo se toma un elemento cuantitativo (salario) y un factor temporal para fijar el monto de la indemnización, no se excluye de esta ni el daño emergente ni el perjuicio moral, a condición, claro está de que ello si se demuestra por la víctima.- De otra parte el sistema se arregla a los principios

legales sobre duración del contrato del trabajo y al supuesto básico del derecho del trabajo sobre el hecho de ser el trabajador un elemento social cuyo único instrumento de la vida es el salario, fruto del trabajo."

La anterior sentencia nos demuestra en forma clara y precisa la existencia de una presunción legal a favor de los trabajadores, presunción que sirve para que en todo momento - en donde haya ruptura ile al del vínculo contractual, pueda - el obrero reclamar la indemnización de perjuicios al patrono.

La indemnización está dirigida para encontrar la - reparación del daño causado por una de las partes contratantes. Lógicamente el daño causado ocasiona una disminución en el patrimonio del perjudicado; que origina el daño emergente - y el lucro cesante.

El daño emergente se refiere al pago del valor - que correspondiera si el compromiso se la daba cumplimiento.- De acuerdo con el Art. 1.614 del C.C., el daño emergente se - puede producir en varias formas: Primero por el no cumplimiento de lo pactado.- Segundo por retardarse su cumplimiento.- Tercero por cumplirse en forma incompleta.

De tal manera que si en una ruptura intempestiva - por parte del patrono le priva el obrero el continuar en el -

trabajo, ocasionándosele perjuicios por no recibir el salario, que le faltaba hasta completar el tiempo del contrato estipulado y además le privó de poder ganar algunas prestaciones especiales que se desprenden de su trabajo, la reparación debía ser del lucro cesante y del daño emergente de acuerdo a lo ordenado por el Art. 4 del C. S. del T. -- por parte del patrono -- Se entiende por lucro cesante la ganancia o provecho que deja a una parte contratante por no haber dado cumplimiento a la obligación en forma pactada.

El lucro cesante que debe ser indemnizado al trabajador según el Art. 64 del C. S. del T., en caso de ruptura unilateral e injustificado del contrato laboral por parte del patrono, se encuentra limitado cualitativamente y cuantitativamente por el texto del mismo Art. cuando dispuso que -- por ese concepto el patrono sólo está obligado a pagar el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para el vencimiento del plazo pactado o presuntivo del contrato. -- Una condena que sobrepasare ese límite o incluyera valores diferentes no podría incluirse sin violar claramente el precepto.

Lo que pudiera dejar de recibir el trabajador -- por concepto de cesantía, vacaciones y prima de servicios en razón de terminación unilateral e injustificada del contrato

del trabajo, por parte del patrono no puede considerarse como valor de daño emergente o de lucro cesante ni en razón de tales conceptos puede ser condenado el patrono a indemnizar al trabajador."

"Pero el incumplimiento del contrato de trabajo por parte del patrono puede ocasionar pérdidas al patrimonio del trabajador que pueda ser reparadas junto con el lucro cesante."

"El 'Fuero Sindical', constituye una defensa para los trabajadores que gozan de dicho privilegio y que de acuerdo por lo ordenado en el C. B. del T. son los fundadores del Sindicato los trabajadores no fundadores que ingresan al Sindicato con anterioridad a la consecución de la personería jurídica, y por último los miembros de la Junta Directiva de los Sindicatos de Federaciones y Confederaciones. (Art 406).

El fuero sindical dice al Art. 405 consiste en la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, trasladados ni desmejorados en sus condiciones de trabajo sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo.

La inestabilidad tiene en el fuero sindical un poder

roso enemigo, porque permite que a los trabajadores que lo gozan no se les pueda despedir sin una causal justa, impide las represalias por parte del empleador a sus empleados que tuvieron a bien sindicalizarse.-- Pero más aún evita el fuero sindical que puedan ser desmejorados en su trabajo -- los empleados que tienen este privilegio.

Sin embargo el fuero del cual gozan los empleados es transitorio ella dura hasta tanto el trabajador permanezca en la junta directiva y de acuerdo a lo ordenado -- por el Art. 406 del C. S. del T. se prolonga por tres meses más.

Para perder el fuero sindical el necesario presentar las causas al estudio previo del juez del trabajo, -- en esta forma el empleador está controlado, en el derecho de despedir; para hacerlo debe esperar el fallo del juez, -- el Tribunal Supremo del Trabajo dice:

"En esta clase de negocios hay siempre un petionario o un actor, tomando esta última palabra en su más alto sentido; interviene un juez y se adopta una decisión -- que puede afectar el interés patrimonial de un trabajador, -- en cuanto ocasiona la extinción de un contrato de trabajo. No es posible, oír únicamente al patrono que solicita la autorización de despido, fundado generalmente en hechos que -- imputa a un trabajador.-- Debe oírse a este ya que de otra --

manera se quebrantaría el proyecto constitucional según el -
cual nadie puede ser condenado sin ser oído antes."

De acuerdo al Art. 113 del Código de Procedimien-
to Laboral, el patrono para despedir a un obrero que goza -
del fuero, debe expresar las causas, las pruebas, y además -
depositar un valor de quince días de salarios.

Si el obrero ha sido despedido gozando de fuero--
sindical, tiene derecho al reintegro o en caso contrario a -
la indemnización que equivale a los salarios que ha dejado -
de ganar.

su mayor rendimiento. CAPITULO SEITO cualitativo de los vi-
gorosos impulsos del capital."

LA CLAUDULA DE RESERVA Y

EL DESEMPLEO.

Es necesario pensar en la solución del desempleo -
mirando en forma paralela la preparación técnica del emplea-
do.- Porque si es verdad que el período de prueba, es un tien-
po mediante el cual se aprecia al empleado y este a su vez -
al empleador o al medio en donde vá a realizar su trabajo, -
también es muy cierto que dicho período no capacita al emplea-
do profesionalmente.

El empleo y la capacitación profesional del empleado
son paralelos e indispensable tanto el uno como el otro, para
evitar la inestabilidad del empleado.

Afortunadamente el gobierno de Colombia, se ha dado
cuenta del problema existente con la falta de preparación, y
fundó el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, institución-
este que tiene por fin capacitar a los empleados que tienen -
las empresas para su mayor rendimiento.

El doctor Blas Herrera Ancoátegui hablando del de-
empleo, en su discurso pronunciado en la conferencia de Gine-
bra (OIT) dice: " La lucha contra el desempleo, no alcanza-
rían sus legítimos resultados si nó encontrarán por otra par-
te, su mano de obra capacitada por su eficacia para prestar -

su mayor rendimiento cuantitativo y cualitativo de los vigorosos impulsos del capital." Por el motivo citado, la influencia en la política de la nación.

"Nos parece que una política de fomento de inversiones en las obras públicas, lo mismo que en la manufactura y en la industria privada, adelantada a través de los sistemas previstos queda frustrada en sus finalidades y recortada en sus perspectivas si no puede afianzarse sobre la base de una eficaz capacitación técnica." Además de eso, va conduciendo a la eliminación de la par.

Pero de qué le sirve al empleado ser competente si no tiene la seguridad de permanecer en el empleo? Si -- cuando su capacidad en el momento de mayor rendimiento laboral para la empresa, es reemplazado para impedirle que gane su pensión de vejez? Es necesario entonces que se piense -- en formar carrera a los empleados de las empresas, como único medio de estimular el trabajo eficaz, la honradez y el celo de unos verdaderos servidores terminando en esta forma con la tan temida inestabilidad. A parte de desarrollarse, son --

El día en que Colombia, haya terminado con la inestabilidad del empleado, seguro que recibirá una impresión saludable que le permitirá regresar como otras naciones. --

Además detrás del desempleo, existe un fenómeno --

tente general que es aprovechado y dirigido contra aquellos que poseen una riqueza, y que por tal motivo tienen alguna influencia en la política de la nación.

Con la desocupación general extendida y permanente, los gobiernos estarán siempre sometidos a la lucha abierta que pone en peligro su estabilidad, y con ella la tranquilidad social.- La inestabilidad en el empleo de cuya existencia tiene parte importantísima la cláusula de reserva equivale a la disminución de la paz.

En la memoria del actual Ministro del Trabajo Dr José Elías del "ierro, dirigida al Congreso se lee lo siguiente: " DESOCUPACION.- No puedo terminar este capítulo sin expresar que en el Ministerio se han adelantado estudios sobre el problema de la desocupación.-"

La falta de trabajo y el sub-empelo que es situación característica de los países poco desarrollados, son motivos de intensa preocupación en los sectores obreros; como lo son los despidos colectivos."

".....el fenómeno de la desocupación ha sido largamente contemplado por el gobierno, como se expresó en el mensaje de presentación del programa de desarrollo económico.-"la desocupación es asunto que inquieta a todos los pueblos subdesarrollados los cuales han estructurado diversos planes encaminados a conseguir una solución o--

portuna."

"porque ninguna política social puede adelantarse sin considerar que el empleo permanente y estable es esencial para quienes derivan el sustento diario y el de su familia de la remuneración de su trabajo personal."

Se no puede hacer que una legislación social, tiene un carácter definitivo, de tal que sea permanente que en Colombia se rigiese ya en una manera del tipo "transitorio" del trabajo, especialmente en cuanto a la creación de empleo, activo del presente estudio.

A través de esta manera se analizarán los problemas sociales, que el uso de la estadística tanto veces han creado en la industria del trabajo y que han sido la causa de la inestabilidad del trabajo en Colombia.

Los resultados de este estudio de trabajo se han publicado en el libro "El problema del trabajo en Colombia" de la editorial "El libro" de Bogotá, D. C., 1940.

Se puede decir que este libro es un punto de partida para el estudio de los problemas sociales y económicos, que se han creado en Colombia, en el campo del trabajo, y que han sido la causa de la inestabilidad del trabajo en Colombia. Este libro es un punto de partida para el estudio de los problemas sociales y económicos, que se han creado en Colombia, en el campo del trabajo, y que han sido la causa de la inestabilidad del trabajo en Colombia.

CAPITULO SEPTIMO

DEROGATORIA

DE LA

CLAUSULA DE RESERVA

No se puede dudar que toda legislación social, -- tiene un carácter dinámico. De ahí que sea necesario que en Colombia se piense ya en una reforma del Código Sustantivo del Trabajo, especialmente en cuanto a la cláusula de reserva, motivo del presente estudio.

Através de esta monografía he analizado los múltiples problemas, que el uso de la cláusula tantas veces mencionada ocasiona la inestabilidad del trabajador y que repercute en el estado social de Colombia.

Hay respetables conceptos de tratadistas colombianos que se oponen a la derogación de la cláusula de reserva; el Dr. Cástor Jaramillo Arrubla, dice al respecto:--

" He querido tratar este tema desde un punto de vista al propio tiempo jurídico y realista, para no caer en la autofía, de un lado, ni ir contra nuestro ambiente de nuestra parte.-- La razón por las cuales estimo que se debe mantener la cláusula de reserva, no son otras que las que --

sirven de base al contrato de trabajo, o se ^{es} primordial--

Con todo el respeto que tan ilustre tratadista es-
mente a la colaboración mutua entre el patrono y el traba-
jador, que propugna la doctrina católica.- De suerte que
si se rompe esa armonía, quedará destruida por su base --
esa relación jurídica y como lo expresa el tratadista --
francés Paul Durand, la justicia no puede reanudar.- Es,
allí en el reintegro del trabajador en donde fallan to--

das las teorías sobre la estabilidad del asalariado, por
que sin un régimen legal fuerte, que coactivamente resta

blezca al trabajador a su puesto en la empresa o estable-
cimiento, de nada serviría aquella institución jurídica.

Y ese reintegro es jurídica y prácticamente difícil, si-
no es imposible de lograr dentro de la realidad contempo-
ranea."

No obstante lo anterior, el Dr. Jaramillo Arru-
bla sostiene que es necesario iniciar, el estudio a fin-
de encontrar la fórmula para solucionar el problema de -
la inestabilidad, termina así:

" Las dificultades expuestas no deben servir --
clara está, para impedir la búsqueda a la solución de en-
te sistema, pero mientras tanto orso que el sistema vigen-
te en nuestra patria es jurídico y real, y debe mantener-
se."

uido del Con todo el respeto que tan ilustre tratadista se-
merece, discrepo con sus ideas en este sentido, ya que como-
se lo ha demostrado a lo largo de los capítulos anteriores, -
la cláusula de reserva ^{no} ha sido objeto para que por medio le-
gales se cause fraude a la ley con las consiguientes conse-
cuencias, por tal motivo no es posible que ellas se mantien-
gan al asalarinado, entre otras las que se refieren al asalarinado
occidental; más que al asalarinado. El Dr. Adán Arriaga Andrade en sus memoriales en-
viados a la honorable Corte Suprema de Justicia en relación
con la cláusula de reserva dice: "La decisión del Inere respecto al caso
de ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo inde-
finido." "Afirmé entonces por ejemplo, que la decisión del-
punto primero del pliego unificado de peticiones sindicales -
es inesequible, porque viola el Art. 458 del C. B. del T. en
relación con los Artículos 50 y 32 de la Constitución Nacio-
nal, 669 del C. Civil y 4861 del C. B. del Trabajo. - Por qué
invoco estas normas de la Carta del Código Civil? Porque de-
ellas emerge las garantías de la propiedad privada y uno de
los atributos primordiales de esta es la libre enajenación y -
renovación de sus empleos por el empresario particular, en
yo objetivo al invertir su capital es de obtener con la ayu-
da del personal asalarinado, la mayor utilidad posible." "Al-
guando alegar la terminación unilateral por medio de la -
" Sobre estas bases doctrinarias y prácticas ha va

cláusula de reserva, en el proceso de nuestra legislación laboral, encaminada a conciliar el interés del asalariado con el derecho del empleador particular en un régimen de libre empresa. La cláusula de reserva no tuvo otro propósito, y con todos sus defectos y peligros el pre-aviso de cuarenta y cinco días sigue siendo todavía el sistema más generoso con el asalariado, entre todos los países que rigen el mundo occidental; más que el de los EE. UU. o el de Francia, o el de Italia, o Alemania, o Chile, o Perú.-- Otro tanto ocurre con el llamado plazo presuntivo, de seis meses, simple unidad de medida para la indemnización del lucro cesante en caso de ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo indefinido."

No alega sin embargo el Dr. Meriaga Andrade el desagrado porque el Congreso realice la reforma necesaria que impida el uso de la cláusula de reserva en forma abusiva por parte del patrono.

Por otro lado el Dr. Alejandro Córdoba Medina dice en relación a la cláusula de reservas:

" Para establecer esos justos motivos y al mismo tiempo consagrar la terminación unilateral por medio de la -

cláusula de reserva, es producir unahibridación inconveniente y contraria a la estabilidad del trabajador."

Estoy en un total de acuerdo de desearlo, pero no se puede establecer la estabilidad del trabajador, para cuyo fin creo --

"En la práctica se ha visto, que todos los patrones establecen en su reglamento de trabajo la cláusula de reserva y aún lo hacen en todos los contratos de trabajo, y que aunque el trabajador cometa faltas que autori-

cen al patrono para despedir al trabajador no se aplican las facultades consagradas por la ley para el despido con justa causa, sino que se hace uso idesfectiblemente de la famosa cláusula lo cual ha convertido la protección del --

trabajador con razón de estabilidad, a un sistema de absoluta facultad del patrono de dar por terminado en cualquier tiempo el contrato. -- Se quiso consagrar un sistema de estabilidad restringida y se consagró el sistema de absoluta inestabilidad."

"Para que verdaderamente quede configurado un sistema de estabilidad del trabajador, ha de impedirse la estipulación del término por voluntad de las partes en los contratos que por su naturaleza no lo requiera, a darse a las relaciones en general, duración indefinida, a señalarse una tabla de causas justas par la terminación unilateral del contrato, y a de prohibirse la terminación fuera de esas causas."

Con los anteriores conceptos del Dr. Córdoba Medina, estoy en un total de acuerdo es necesario expesar por establecer la estabilidad del trabajador, para cuyo fin creo necesaria suficiente establecer justas causas, fuera de las cuales no se pueda concebir la terminación de un contrato de trabajo

La reforma que en el Congreso Nacional se adelanta ha traído con sorpresa para la opinión nacional, el proyecto de ley sobre el régimen del contrato de trabajo.— El Art. 161 que se relaciona con el pre-aviso y que a la letra dice:

"Terminación mediante pre-aviso.— 12.— El contrato de trabajo también puede darse por terminado unilateralmente mediante aviso escrito que una de las partes dá a la otra así: En el contrato de duración indefinida, con no menos de treinta días de anticipación a la fecha que debe cesar.— B.— En el contrato de término fijo que se haya prorrogado o renovado por treinta días, antes de la fecha que se vence cualquiera de las prórrogas o renovaciones posteriores.— 2º.— El plazo del pre-aviso podrá ser compensado en dinero, a razón de un día del último salario por cada día de pre-aviso omitido. 3º.— Si el empleador quién dá o compensa el pre-aviso, deberá pagarlo al empleado en el momento de la terminación del contrato, además de los salarios y prestaciones

ciones que le adude, y de la compensación del pre-aviso, en su caso, una prima de desahucio equivalente a quince días de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año."

Como se puede apreciar de la lectura del Art. anterior, este es bastante opuesto al deseo de solucionar el problema de la inestabilidad, es mejor atenerse a lo ordenado por el Art. 48 del C. S. del T. vigente que dá cuarenta y cinco días para terminar el contrato de trabajo a tiempo indeterminado.

El concepto de derogar la cláusula de reserva debe ser en forma total, y absoluta; en nada solucionaría el problema del abuso de la cláusula de reserva el Art. 161 del proyecto de ley treinta días de pre-aviso y quince días por cada año de servicio continuaría desempeñando el papel del actual Art. 48 para evadir legalmente el pago de prestaciones sociales como la jubilación.

En la exposición de motivos del Art. 161 del proyecto de ley a que me estoy refiriendo se argumenta lo siguiente: "...las aspiración de quienes viven de un salario al no verse privados de él si una justa causa es lógica y obvia. Pero del marco de la libre empresa, donde el capitalis.

ta escoge el tipo de inversión, que se le antoje y aspire a obtener utilidades empleando el personal que él quiera, resulta impracticable en el matrimonio laboral indisoluble."

"Cláusula Berta.- Cláusula de Reserva. -

Presuntivo. No estoy de acuerdo con la anterior exposición de motivos, porque para que la empresa tenga seguridad que el empleado a su servicio le vá a ser útil y que con su rendimiento le dará las utilidades que el empleado persigue, - existe el período de prueba por un tiempo suficiente, para conocer su capacidad. Los salarios correspondientes a los días."

c

CASOS CONCRETOS

Parece que en la vida práctica tanto empleadores como empleados, se han dado cuenta de la necesidad de abolir la cláusula de reserva, para conseguir una mayor estabilidad para el empleado y un mayor rendimiento por la empresa.

Entre las muchas Convenciones que se han firmado en Colombia transcribo lo pertenente a la cláusula de reserva en la convención colectiva celebrada entre Bavaria S.^a y el sindicato nacional de sus trabajadores, lo cual reza de la siguiente manera:

"Cláusula número 52.- Estabilidad en el trabajo.--

Desde la firma de la presente convención, todos los trabajadores que están actualmente al servicio de la empresa, -- continuarán amparados por el contrato término indefinido.-- La cláusula de reserva que aparezca en los contratos ya -- su critos quedarán sin valor, pero los contratos a términos indefinidos quedan subordinados a lo ordenado por los Artículos 61, 62, y 63 del C. S. del T."

Se debe observa que unicamente las partes pueden convenir en la derogatoria de la cláusula de reserva, al -- respecto la Corte Suprema de Justicia dice:"

"Se arguye que algunas empresas, en convenciones colectivas con sus sindicatos, han suprimido las instituciones de la cláusula de reserva y del plazo presuntivo. A esto observa la sala que si las partes tienen facultad -- para prescindir de la cláusula y del plazo, la afirmación no demuestra que de ella tengan también el árbitro; los poderes de este, en el conflicto colectivo de tipo jurídico, depende la ley y no de los interesados."

Quando ha sido difícil derogar la cláusula de -- reserva objeto del estudio presente, por lo menos se ha -- conseguido el término de cuarenta y cinco días, que sea cumplido.

En la convención colectiva firmada en la ciu--

dad de Pasto, entre el sindicato de la Industria Harinera y sus respectivos patronos, se lee lo siguiente:

La cláusula "Cláusula Sexta.- Cláusula de Reserva.- Plazo -- Presuntivo.- La Cláusula de Reserva en los contratos escritos donde actualmente existe dicha estipulación, se amplía -- para los trabajadores de las empresas al término de 180 días entendiéndose que en todo lo demás rigen las prescripciones del Art. 48 del C. S. del T.- Los patronos podrán prescindir del pre-aviso pagando los salarios correspondientes a los 180 días."

"Se arguye que algunas empresas, en cumplimiento de la ley, han incluido en sus contratos de trabajo la cláusula de reserva y del plazo presuntivo. A esto observe la sala que si las partes tienen facultad para prescindir de la cláusula y del plazo, la misma no puede ser invocada por ellas en el futuro. La ley no establece obligación alguna en el contrato colectivo de tipo jurídico, cuando la ley y no de los interesados."

Cuando se pide difícil porque la cláusula de reserva objeto del estudio presente, por lo tanto se le otorga el término de noventa y cinco días, que son los días que se han establecido en la ley.

CAPITULO OCTAVO

CONCLUSIONES

He demostrado que la cláusula de reserva es un medio-legal que posee el empleador para evadir las obligaciones que son consecuencias lógicas del contrato de trabajo.

Se demostró también que el uso ilimitado de la cláusula de reserva ocasiona la inestabilidad del trabajador, el desempleo y que estos factores tienen relación directa con la tranquilidad social de un país.

Para evitar en lo posible los continuos problemas laborales, es necesario pensar en la estabilidad del pueblo trabajador.- El empleado lucha tenazmente para obtener estabilidad en su trabajo.- Estoy seguro que buscando la forma de estabilizar al trabajador se ha ganado mucho por la tranquilidad pública.

Aunque temo caer en repetición tal como lo sostuve en el capítulo anterior es necesario derogar la cláusula de reserva, y establecer causas taxativas para justificar el rompimiento bilateral y unilateral del contrato de trabajo.- Pueden

ser causas de rompimiento bilateral las siguientes: a) expiración del plazo pactado. b) terminación de la obra. c) insubsistencia de las causas que le dieron origen. ch) mutuo consentimiento. d) muerte del empleado. f) suspensión de actividades de la empresa. g) sentencia de autoridad competente.

Además para romper unilateralmente se debe establecer causales tanto para el empleado como para el empleador en la siguientes formas: Por parte del empleador: Primero.- El haber sufrido engaño por el empleado. Segundo.- Actos de violencia, injuria contra el empleador dentro y fuera del servicio.- Cuarto.- Daños materiales causados intencionalmente a la empresa. Quinto.- Actos inmorales o delictuosos cometidos por el empleado en el taller. Sexto.- Revelación de secretos técnicos.- Séptimo.- Condena del empleado en materia penal.- Octavo.- Inaptitud del empleado. Noveno.- Vicio que perturbe la disciplina.- Décimo.- Renuencia sistemática de aceptar medidas preventivas.- Once.- Enfermedad contagiosa.- Doce.- Cualquiera otras causas establecidas previamente en el reglamento del trabajo.

Por su parte el empleado podrá romper unilateralmente por los siguientes motivos. Primero.- El haber sufrido engaño por el empleador. Segundo.- Actos de violencia y malos tratamientos contra él y su familia, el inducir al empleado a realizar actos en contra de su voluntad. Tercero.- Todas las circunstancias

cias que el empleado no pueda proveer al iniciar el contrato y que pongan en peligro su salud y que el empleador no se allane a modificar. Cuarto.- Todo perjuicio causado maliciosamente por el empleador en la prestación que el empleado hace. Quinto Inejecución por parte del empleador de sus obligaciones convencionales o legales. Sexto.- Obligar a prestar un servicio distintos en lugar diverso por el cual fué contratado. Séptimo:- Violar gravemente las obligaciones y prohibiciones que tiene - que respetar el empleador.

Además se debe terminar con el derecho del preaviso por parte del empleador y ~~publicar~~ este derecho únicamente para el empleado quién lo debe dar al empleador con un tiempo no inferior a dos meses cuando piense retirarse de la empresa.

Claro está que para que las causales anteriores no desempeñen el papel que en la actualidad lo hacen el Art. 48 - del C. S. del T., se debe pensar en un trámite que controle, - la veracidad de los motivos que se aducen para el rompimiento unilateral.

El Ministerio del Trabajo por conducto de sus funcionarios sería el llamado a legalizar la seriedad y justicia de las causas, motivos del rompimiento del contrato de trabajo.

A.N.

T

14108

348.6 Martínez Eraso, Humberto.

M17

Ej.1.

Cláusula de reserva.	VENCE
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	
NOMBRE	
No. del Carnet	

AN

T

D348.6

M17

Ej.1.

14108