

LA GENEALOGÍA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Revista Española de Derecho del Trabajo 135 (2007), 533-557

Antonio Ojeda Avilés¹

Resumen: La teoría generalmente aceptada sobre los orígenes del contrato de trabajo lo considera como una evolución del arrendamiento de servicios. Sin embargo, nuevos estudios sobre los siglos XVIII y XIX hacen dudar de esta aseveración, y sitúan el comienzo en el ambiente masificado y altamente disciplinado de las fábricas e industrias de la época, en especial del sector textil, en donde el "reglamento de taller" impone el orden y el "contrato industrial de servicio" le acompaña como mecanismo consensual, paulatinamente atemperado por las leyes y los convenios hasta devenir en contrato de trabajo. La situación en Reino Unido y Francia lidera el surgimiento, mientras que en Alemania, Italia y España se advierten matices relevantes.

Title: "Genealogy of the employment contract". Along the XX century it has been dominant theory that employment contract comes from the civil *louage de service*. At the end of that century, new discoveries from records of british justices of the peace and french tribunaux de prud'hommes suggest a different origin in the standard shop regulations and in a very plain contract born mainly in the textile industrie and devoted to get the obedience of every worker to the shop rules. These discoveries may as well be found in Germany, Italy and Spain, but with some nuances. The paper reflects those situations and make explicit the evolution from industrial contract to employment contract.

Índice: I. LOS PADRES PUTATIVOS. II. REGLAMENTOS DE TALLER Y CONTRATO INDUSTRIAL HACIA MEDIADOS DEL SIGLO XIX. a) Peculiaridades de la fábrica textil. b) La experiencia británica. c) La experiencia francesa. d) Los matices alemanes e italianos. e) La situación en España. III. CONTRATO INDUSTRIAL Y CONTRATO DE TRABAJO EN 1875.

I. LOS PADRES PUTATIVOS.

A finales del siglo XIX ya se hablaba con normalidad del nuevo contrato de trabajo. En aquel momento disputaban su paternidad nada menos que cuatro distintas construcciones jurídicas pertenecientes a distintos países. El tipo contractual con más simpatías para ser considerado como el origen del de trabajo es, sin duda, el del arrendamiento de servicios contemplado por el

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla. Agradezco a los profesores Juan A. Alejandro, José I. Carmona, Bartolomé Clavero y Antonio Merchán sus opiniones sobre el manuscrito original, que leyeron con atención desde sus cualificados conocimientos de Historia Moderna e Historia del Derecho.

Code Civil francés de 1804 y, por su influencia, en los de otros países como por ejemplo España. Pero en Alemania existía desde la Edad Media un tipo especial de contrato de servicios, el *Treudienstvertrag*, basado en la lealtad mutua, que para muchos especialistas alemanes daría naturalmente paso al contrato de trabajo. Por otra parte, en Reino Unido la legislación gremial había sido sustituida a partir de 1747 por leyes referentes a la relación entre *masters and servants*, cuya aplicación había generado una extensa actividad judicial que se conservaba registrada. Por último, algunos autores han hecho notar la regulación dada en los Códigos de Comercio y en otras leyes a los auxiliares del comerciante, tanto factores como dependientes o mancebos, con una situación más a la altura de su contraparte, y por ello menos “servil” que la de los criados y jornaleros. Veamos los cuatro ascendientes con mayor detalle:

1. El arrendamiento de servicios. El Code Civil francés de 1804 introduce prácticamente *ex novo* la figura del arrendamiento de servicios, por cuanto sus principales inspiradores, como Pothier, reconocían hasta muy poco antes solo a dos clases de *louage*, el de cosas y el de obra. En el Código la nueva figura va a tener ante la vista el trabajo del personal doméstico, ya fueran los criados de la casa, ya los jornaleros, como podemos deducir por los títulos donde vienen acogidos los artículos dedicados a ese arrendamiento². Claro que el amo era creído sobre el tanto del salario, como dirían todos los Códigos Civiles

² La tripartición actual no aparece con claridad hasta la codificación napoleónica, indica MONTALVO CORREA J., *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid 1975, 197, en nota, citando los estudios de Arangio Ruiz, Brasiello, Mayer-Maly y Amirante. Todavía POTHIER, el modelo de los codificadores franceses, distinguía a finales del siglo XVIII solo entre arrendamiento de cosas y de obras, y a este último dedicaba bien poca atención en su Tratado, treinta páginas de la Parte VII (*Tratado de la locación conducción*, Imprenta J. Roger, Barcelona 1841, págs. 176-207). También la definición que proporciona Windscheid en sus Pandectas es bipartita, pero citando junto al de cosas el arrendamiento de servicios: “El arrendamiento consiste en el intercambio de uso por dinero. El que consiste en el uso de una cosa a cambio de dinero se denomina arrendamiento de cosas; el que tiene por objeto el uso de fuerza de trabajo se denomina arrendamiento de servicios” (WINDSCHEID, *Pandekten* § 399, cit. por HUECK y NIPPERDEY, *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Verlag Franz Vahlen, Frankfurt 19637, vol. I, pág. 163 en nota). El título que antecede a los arts. 1583 y siguientes del Código Civil español de 1889 es el “Del servicio de los criados y trabajadores asalariados”, y el articulado alude a los criados domésticos, criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados contratados por cierto término para cierta obra. El que antecede en el Code Civil francés al único artículo –el 1780- hoy en vigor sobre el contrato se titula “Du louage des domestiques et ouvriers”. Quizá la mínima expresión de reglas de ese Código motivara la temprana promulgación del Code du Travail francés en 1910. En Prusia el antecedente es la detallada normativa de la relación entre amo y criado contemplada en la Gesindeordnung de 1810: VITA-LEVI M., *Della locazione delle opere. I, Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, Unione Tipografica Editrice, Turín 1876, pág. L, *apud* VENEZIANI B., “Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell’opera di L. Barassi”, en VVAA (Napoli M., coord.), *La nascita del diritto del lavoro. Il “contratto di lavoro” di Ludovico Barassi cent’anni dopo*, V&P Università, Milán 2003, pág. 412.

a partir del francés³. Sin embargo, esa “insostenible ligereza” del arrendamiento de servicios llevaba en su interior el germen del cambio, pues el paradigma del servicio doméstico contenía los antiguos ingredientes paternalistas de una “relación personal especial entre el amo y el criado a cuya virtud, de igual forma que el doméstico debe obediencia, respeto y fidelidad a quien le paga, así el amo debe al doméstico un conveniente tratamiento, atenciones especiales, y tiene así el deber y simultáneamente el derecho de vigilarlo y de alguna manera regular su conducta y corregir sus defectos”, como decía la doctrina decimonónica⁴. El contrato de trabajo derivaría de dicha figura como un correctivo a sus limitaciones formales inspirándose en los principios de mutuo respeto que cimentaban su espíritu.

2. El contrato fiduciario de servicios. En Alemania la doctrina encuentra una figura más elegante y patriótica que concita el entusiasmo de investigadores de la talla de O. von Gierke, el *Treudienstvertrag* medieval, o contrato fiduciario de servicios, a cuya virtud el hombre se ponía al servicio del señor y tenía por ello derecho a protección, cuidado y mantenimiento, lo cual llevaba a hablar a Hueck del nacimiento de una relación parecida a la vasallática entre el señor y el servidor, dominada en su totalidad por el principio de recíproca fidelidad⁵, un contrato que dará lugar posteriormente a los contratos de servicio doméstico y de oficialía.

3. El contrato para servir. En Reino Unido la legislación sobre oficios del siglo XVI había cedido el paso a mediados del siglo XVIII a una legislación más liberal y detallada sobre domésticos, jornaleros y otros trabajadores modestos, como artesanos, mineros, vidrieros, marineros, etc., que respetaba hasta cierto punto el carácter mutuo de las obligaciones entre las partes, por ejemplo con el

³ Cfr. art. 1584 CC español, en tal sentido, aunque limitado a los criados (domésticos): MANRESA Y NAVARRO J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid 1987, pág. 688-689, rechazando la ampliación a institutrices, secretarios y demás personal doméstico no manual. El Code Civil francés derogó pronto esta mácula paternalista.

⁴ VITA-LEVI, *op. et loc. cit.*

⁵ HUECK A. y NIPPERDEY H.C., *Lehrbuch*, pág. 163. He traducido Treue por “fidelidad”, aunque tiene otras acepciones más comprometidas, como lealtad (ROTHER M., *Rechtswörterbuch Spanisch-Deutsch*, Luchterhand, Berlín 1996, pág. 555). A mi modo de ver, el contrato alemán de servicios fiel equivale a la servidumbre de otros países, aunque con mayor incidencia del carácter contractual. Es evidente que tanto en este contrato como en el doméstico la prestación del servicio no estaba limitada al esfuerzo productivo durante una jornada de trabajo concreta, sino que englobaba a la entera disponibilidad del servidor, salvo en los casos en que la prestación pasó a estar delimitada a unos días a la semana.

preaviso de terminación del contrato⁶. A su vez dicha legislación sobre Master and Servant vino sustituida por la Ley de Empleadores y Trabajadores de 1875⁷.

4. El contrato de mandato mercantil. En contraste con la legislación sobre amos y criados, la de los auxiliares del comerciante contiene en todos los países abundantes referencias al mandato que reciben de éste para comprar y vender en su nombre, con lo cual adquieren una posición jurídica que nos recuerda a la de otros importantes mandatados, los profesionales liberales, aun cuando las normas sobre preaviso y salario que las acompañan nos vuelvan de inmediato a la realidad del trabajo asalariado⁸. Semejante normativa y, sobre todo, la realidad social de quienes son sus destinatarios, permite a los jueces dictar una jurisprudencia en donde los poderes del empleador se encuentran limitados hasta cierto punto, con sentencias donde las nociones contractuales fueron utilizadas para limitar el derecho del empleador a dictar órdenes⁹: derecho del empleado a recibir empleo efectivo, o a recibir indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en caso contrario¹⁰, derecho a no ser adscrito a funciones no relacionadas con el trabajo contratado¹¹, o a no ser despedido sumariamente por un único acto de desobediencia o de negligencia¹². La concepción que cabría denominar sinalagmática del contrato, inicialmente para los empleados pero no para los obreros, se aplicó con el paso del tiempo a todos los trabajadores, como es bien sabido¹³.

⁶ Sentencias *R.v. Welch* [1853] 2 E&B 356; *Pilkington v. Scott* [1846] 3 E&B 607 y *Williamson v. Taylor* [1843] 5 QB 175, apud DEAKIN S., "The contract of employment: a study in legal evolution", Working Paper 203, ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge, 2001, en internet, notas 71 y 72.

⁷ La última Ley de Master and Servant de 1867 fue sustituida por la Employers and Workmen Act de 1875. La influencia de las primeras para integrar las lagunas de la segunda ha sido puesta de relieve, entre otros, por FOX A., *Beyond Contract: Work, Power and Trust Relations*, Faber, Londres 1974, 183.

⁸ Código de Comercio de 1885, arts. 281 ss ("De otras formas del mandato mercantil, Factores, dependientes y mancebos"), y 626 ss. ("De los oficiales y tripulación del buque"). De entre todos los Códigos de Comercio, la minuciosidad del alemán no fue superada por ninguno en los detalles de la relación laboral de los empleados del comerciante.

⁹ DEAKIN S. y MORRIS G., *Labour Law*, Butterworths, Londres 1995, pág. 27. "El modelo contractual solo empezó a emerger en los casos de trabajadores de clase media cuya posición los colocaba al margen del ámbito de las Leyes de Amo y Criado" (pág. 26). Las diferencias entre ambos tipos de trabajadores se marcaban con las denominaciones de "employee" y "servant". Las sentencias que siguen están tomadas de la misma obra, *loc. cit.*

¹⁰ Sentencia *Emmens v. Elderton* [1853], 13 CB 495. Se trataba de un representante de comercio (company solicitor).

¹¹ Sentencia *Price v. Mouat* [1862], 11 CBNS 508. Se trataba de un contrato para trabajar como comprador (buyer).

¹² Sentencia *Cussons v. Skinner* [1843], 11 M & W 161. Se trataba del despido de un periodista.

¹³ La distinción entre empleados y obreros fue general en toda Europa y subsiste aún en algunos países, como Alemania (Arbeiter y Angestellte) para concretas normas legales. En España la distinción se

De los cuatro tipos anteriores, ¿cuál puede constituir el antecedente inmediato del contrato de trabajo? Una respuesta ecléctica podría decirnos que los cuatro habrían influido de alguna manera en la figura actual, o lo que es lo mismo, que habrían dotado de principios y reglas gracias a la jurisprudencia y la costumbre a lo que en principio era una cáscara hueca, el contrato surgido a lo largo del siglo XVIII entre un *mâitre-marchand* y un trabajador fuera del gremio correspondiente¹⁴. Sin embargo creo en una solución más difícil, aunque de alguna manera también más sencilla, cual es la de que nos hallamos ante un tipo *a se*, que cubre una necesidad diferente a la de los demás tipos existentes en su momento. Vayamos por partes.

La cultura jurídica europea ha terminado por considerar al arrendamiento de servicios como el verdadero padre del contrato de trabajo. Desde un principio (Bettocchi, Jannaccone, Tartufari, Barassi) toma cuerpo una vía real que fijaría como principio el contrato libre y los usos profesionales, para ir profundizando en la vertiente de la compraventa, el arrendamiento, y por último el contrato de trabajo¹⁵. Como decía el civilista Barassi, “la gran industria ha tenido por efecto el agravamiento de algunas responsabilidades de los industriales, y una mayor intervención de Estado para proteger a los obreros. Pero el contrato de trabajo en su esencia, en su construcción jurídica (la única cosa que nos interesa en estas páginas) no ha acusado de este nuevo elemento que se ha agregado a la vieja cepa romanista ninguna modificación sustancial, ni ha variado en su estructura íntima (...). Jurídicamente se puede solo notar el aumento de las denominadas leyes sociales, que tienen por característica el no tocar ni siquiera mínimamente la esencia de los institutos

visualiza entre la regulación del Código Civil para criados y trabajadores asalariados y la del Código de Comercio para los auxiliares del comerciante, con una diferenciación que ha perdurado en algunos matices hasta no hace mucho: DURÁN LÓPEZ F., “Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados”, *Fundación Juan March, Serie Universitaria* 34 (1977), separata.

¹⁴ Solo en Francia se suprimen los gremios radicalmente, con toda su regulación detallada de las condiciones de trabajo. En los demás países europeos la supresión fue paulatina y ambas formas de contrato, el gremial (por juramento de sujeción a las Ordenanzas) y el libre, convivieron durante todo el siglo XVIII y buena parte del XIX. Así, en Barcelona subsistían noventa gremios, en franca decadencia, hacia 1800, pero “ya en la década de 1720 muchos gremios no contaban con nuevos ingresos. Ni con mancebos” (MOLAS RIBALTA, P., *Los gremios barceloneses del siglo XVIII*, CECA, Madrid 1970, pág. 241), probablemente debido a la proliferación de la actividad de los “vagos”, o comerciantes libres. Dicho sea de paso, los gremios también convivieron con los trabajos de indiana y se expandieron en América, donde los de plateros de Lima y México fueron potentísimos.

¹⁵ Cfr., por ejemplo, la descripción en PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milán 1985, 49-50.

jurídicos”¹⁶. Ha señalado Durand que, al proclamarse la libertad de comercio e industria, el Estado rehúsa intervenir en las relaciones entre trabajadores y empresarios, y la codificación burguesa considerará al trabajo una mercancía que, si se rige por las leyes del mercado, debe someterse al Derecho Común de los contratos¹⁷, en especial al arrendamiento de servicios. Menos dogmáticos, los grandes tratadistas españoles de principios del siglo XX admitirán que la “gran industria” señala el advenimiento de una nueva era en la vida social, y se admiran de las chimeneas industriales y de “esas inmensas construcciones llamadas fábricas”, criticando la pequeñez de los medios del Código para resolver el problema social, pese a lo cual analizan al contrato de trabajo como una parte del arrendamiento de servicios¹⁸. Claro que ni siquiera entre los civilistas aparecía tan nítida la adscripción de este contrato cuando el mismo Manresa dejaba constancia del “esfuerzo muy simpático, muy ingenioso y muy interesante”, realizado por Chatelain y glosado por A. Posada, de explicarlo como un híbrido de sociedad y compraventa¹⁹. Más exhaustivo aún, Barassi se veía obligado a una larga disquisición introductoria sobre las razones que le habían llevado a titular su obra con el título de “Contrato de trabajo” a pesar de que por aquella denominación en sentido estricto debía entenderse “solo il lavoro manuale (...); dunque è solo la locazione di opere manuali”, y que para muchos todavía era más estricto pues se limitaba al “contrato de trabajo industrial, la forma última en el proceso evolutivo del trabajo nacida de la gran industria moderna”²⁰: a pesar de ello, el propósito de su libro se presentaba con una notable amplitud, pues comprendía todas las formas prácticas del trabajo retribuido, sin limitarse al trabajo industrial de los obreros -al cual iba dirigido el término contrato de trabajo, repetía-, sino a

¹⁶ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editrice Libreria, Milán 1901, pág. 2.

¹⁷ DURAND P., *Traité du Droit du Travail*, París 1947, 57, 66 y 67.

¹⁸ MANRESA Y NAVARRO J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Reus, Madrid 1987, vol. 10/II, págs. 672 ss. ; SCAEVOLA Q.M., *Código Civil*, Rojas, Madrid 1915, vol. XXV, Parte 2ª, arts. 1583 a 1664.

¹⁹ MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios*, cit., pág. 683-684.

²⁰ BARASSI, *Il contratto di lavoro*, pág. 2. Algo pomposo, el gran tratadista advertía del defecto de los sociólogos de mirar al futuro y otorgar importancia cualitativa a la dicha gran industria, “mientras que el ojo severo del jurista ve en aquel contrato -hoy- una relación jurídica regulada por el Derecho Positivo, con propia estructura orgánica científicamente determinada” (*ibidem*).

todos los demás casos de la locación de obras en todas sus formas y las demás relaciones intermedias, como el mandato y la comisión mercantil²¹.

Para los juristas con menor adscripción civilista, la situación era todavía más confusa, y no era raro encontrar a quienes historicaban la aparición del contrato que nos ocupa como el resultado de su progresiva incorporación al Derecho Civil, después al Derecho Mercantil y por último al Derecho Público²². De tal barullo finisecular apenas somos conscientes en nuestros días, pero no tiene nada de sorprendente cuando los protagonistas de la época consideraban a la emergencia del contrato de trabajo como “uno de los [temas] predilectos, si no, incluso, el preferido de la literatura científica de estos últimos veinte años”, sobre el cual se habían vertido ríos de tinta²³.

En la actualidad la consideración del arrendamiento de servicios como antecedente del contrato de trabajo sigue vigente y con pleno vigor, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así encontramos recientes sentencias del Tribunal Supremo español donde puede leerse que las normas del Código Civil sobre arrendamientos de servicios no son incompatibles con las del contrato de trabajo “al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente”, siendo en el contrato de trabajo el esquema de la relación contractual una especie del género del arrendamiento de servicios²⁴.

II. REGLAMENTOS DE TALLER Y CONTRATO INDUSTRIAL HACIA MEDIADOS DEL SIGLO XIX.

1. Peculiaridades de la fábrica textil.

²¹ BARASSI, *op. cit.*, Prefazione, VIII. Por contratos afines entiende y analiza, ya en el cuerpo del libro, al arrendamiento de obra (122 ss.), el mandato (136 ss.), las profesiones liberales (?)(153 ss.), la compraventa (164 ss.), colonato y sociedad (208 ss.), y relaciones con entes públicos (216 ss.).

²² FABREGUETTES P., *Le contrat du travail*, Soubiron Frères, Toulouse 1896, 15. En sentido parecido, Quinto Mucio SCAEVOLA, *Código Civil*, Rojas, Madrid 1915, vol. XXIV, 2ª Parte, pág. 22: “Las leyes del trabajo manual, aun en su fase de contractualidad, tienen mucho, por no decir todo, de leyes políticas, entendida la política como la fórmula de la actuación social”.

²³ BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Prefazione, I.

²⁴ Sentencias TS (Sala de lo Social) de 7 de junio de 1986, 19 de junio de 2007 (R. 4883/2005), 10 de julio de 2007 (R. 1412/2006), 7 de noviembre de 2007 (R. 2224/2006), 27 de noviembre de 2007 (R. 2211/2006), 12 de diciembre de 2007 (R. 2673/2006), 12 de febrero de 2008 (R. 5018/2005), y 18 de marzo de 2009 (R. 1709/2007), entre otras.

Académicos, abogados y jueces tendían a proyectar sobre la relación laboral las estructuras conocidas y, diría, perennes. Sin embargo, el contrato de trabajo es ante todo y sobre todo un contrato industrial, en el sentido de nacido en las fábricas urbanas del siglo XIX y principios del XX, en donde los obreros se hacinaban por miles en precarias condiciones. Prestaban un servicio a otro asumido contractualmente, pero había algo distinto a lo conocido en los servicios del médico, o del criado, o del campesino, o del auxiliar del comerciante. La industria textil, en primer lugar, y la minería del carbón, después, configuran el *milieu* de donde surge el enfrentamiento entre fabricantes y obreros, con la cuestión social como “problema de los problemas” para todo el país²⁵. Es en el textil donde el obrero, maltratado cual hereje, se sabe poseedor de la fuerza sobrehumana que le presta el vapor, *deus ex machina* encadenado y sufriente, y al mismo tiempo orgulloso y temible²⁶. La práctica profesional de la localidad, en las ciudades fabriles, debió sustituir el gran vacío legal en todos los aspectos sustanciales y destilar por ello un uso contractual que reflejara la incorporación sin condiciones del obrero a la disciplina de la fábrica, mediante un pacto expreso o tácito donde quedara plasmada la jefatura y el mando cuasimilitar del empresario. A esta conclusión nos llevan las reiteradas menciones a la “costumbre profesional” del lugar, que encontramos en las leyes y las decisiones judiciales, y la frecuente institución de comités paritarios formados por escabinos de la profesión respectiva que

²⁵ DORADO MONTERO, citado por PALOMEQUE LÓPEZ C., *Derecho del Trabajo e ideología*, Tecnos, Madrid 1995, 43. Este último autor da cuenta de la importancia de la cuestión social señalando que entre 1810 y 1873 las Cortes entraron a debatir diversos aspectos del problema en 178 ocasiones (pág. 45).

²⁶ Baste señalar para la identificación del sector textil como impulsor de la “nueva sociedad” que es entre los sederos de Lyon donde se implantan los primeros conseils de prud’hommes franceses, y que en el textil de Barcelona se dan también los primeros sindicatos, los primeros convenios colectivos y las primeras huelgas importantes en España, como la de 1855, y allí también aparecen los primeros comités paritarios. Los primeros sindicatos nacen en España en el textil de Barcelona, con los significativos nombres de Sociedad de Tejedores de Algodón (1840) y la Unión de Clases (1854): ELORZA, Antonio, “Los orígenes del asociacionismo obrero en España (datos sobre la sociedad de protección mutua de tejedores de algodón de Barcelona (1840-1855)”, *Revista de Trabajo* 37 (1972), 125 ss.; ELORZA e IGLESIAS, *Burgueses y proletarios (el Informe Vera)*, Barcelona 1973, 195 ss.; DE LA VILLA GIL L.E., *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, Granada 2003, 50 ss., 69 ss.; TONNIES, *Desarrollo de la cuestión social*, Barcelona 1933, 144 ss. Sobre el textil de Béjar y sus conflictos, cfr. LACOMBA J.A., “Un núcleo industrial del siglo XIX: Béjar, el Manchester castellano”, apud VVAA, *El siglo XIX en España: doce estudios*, Planeta, Barcelona 1974, 303 ss. También las minas y las Fábricas Reales protagonizan los primeros enfrentamientos, siendo famosos los de las cigarrerías de la Real Fábrica de Tabacos de Sevilla, hoy Universidad, con 3.000 obreras en 1830 y 6.000 en 1870: RODRÍGUEZ GORDILLO J.M., *Las cigarrerías andaluzas*, Sevilla s/d. El textil, con los obreros manejando las máquinas de hilaturas –las “selfactinas”–, reunía el componente de masificación urbana, que en principio no concurría en la minería. La importancia de los ferrocarriles y de la minería del carbón en la configuración disciplinaria de la legislación laboral británica del XIX ha sido también puesta de relieve por algunos autores.

aplicaban las reglas acostumbradas en el lugar. Un jurista tan por encima de toda sospecha como Alfred Hueck cita al respecto las “jornadas desmesuradamente largas, salarios de hambre, *truck-system*, insuficiente protección ante accidentes de trabajo, sobre todo de mujeres y niños”, y da cuenta del ominoso informe del teniente general Von Horn en 1828, lamentándose de que los distritos industriales ya no fueran capaces de suministrar el contingente de reclutas [sanos] debido al trabajo infantil en las fábricas²⁷. Y no es solamente la salud lo que se encontraba en juego, sino algo que a los trabajadores de la época parecía importar más, seguramente por el despiadado uso de las prerrogativas empresariales: el *do ut facias* se ejercía inmoderadamente, descontando cualquier minuto en que no se trabajara, aun por las razones más poderosas, y despidiendo al trabajador en cuanto no fuera capaz de rendir lo exigido por la contraparte²⁸. El obrero era tratado como un objeto y apenas tenía capacidad de reacción a causa del llamado ejército de reserva de mujeres y niños, utilizados extensivamente y a precios mínimos, que llevaron a Ricardo a exponer la “ley del bronce de salarios”²⁹. La legislación especial para los obreros que se desarrolla al margen del Derecho Común ataca entonces los aspectos más inhumanos de la relación laboral en las fábricas, pero omite la regulación del momento contractual, al que los civilistas tratan de ubicar en los Códigos dentro de los artículos sobre el arrendamiento de servicios, una regulación en la mayoría de los países

²⁷ HUECK A. y NIPPERDEY H.C., *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Verlag Franz Vahlen, Frankfurt 19637, vol. I, págs. 9 y 806.

²⁸ Por ejemplo, la Ley de 13 de marzo de 1900, sobre trabajo de mujeres y niños, obligó a los empresarios a reservar durante cuatro semanas el puesto de trabajo a la mujer parturienta (art. 9), una señal de que lo habitual debía ser el despido. Y los Códigos Civil y de Comercio regularon prácticamente como única medida a favor de los trabajadores el despido por causa justificada si se producía antes de la llegada del término, junto al exordio de que el amo será creído, salvo prueba en contrario, sobre el tanto y el pago del salario (art. 1584 CC). Pero no exigían la justificación del despido en los contratos por tiempo indeterminado, aunque el de Comercio obligaba, y obliga todavía hoy, a pagar un mes de sueldo al factor o mancebo (art. 302).

²⁹ Son cuestiones históricas suficientemente conocidas en las que no voy a entrar. Bastarán unas palabras sobre el trabajo infantil del Informe del Dr. Villermé sobre la situación de los obreros del textil en la región de Rouen en 1840: “No es raro ver a niños de seis años (...) e incluso a niños de cuatro o cinco años empleados como separadores de trama o como porteadores de bobinas. Permanecen de dieciséis a diecisiete horas cada día, de las cuales trece al menos en una habitación cerrada, sin casi cambiar de lugar ni postura. No es un trabajo, una tarea, es una tortura; y se inflige al niños de seis a ocho años. Mal alimentados, mal vestidos, obligados a recorrer a las 5 de la mañana la larga distancia que les separa de sus talleres (...) El salario era ínfimo. Los hombres ganaban de 2 a 3 francos (oro) por día, las mujeres de 0,75 a 1,50 por día, los niños de 4 a 5 sous”: citado por BRUN A. y GALLAND H., *Droit du Travail*, Sirey, París 1958, pág. 33.

imprecisa o, peor aún, minuciosa en beneficio de los empresarios, como el tardío BGB alemán demostraría³⁰.

Insisto en la idea de que el contrato que nos ocupa nace para regular las relaciones en las fábricas masificadas –las relaciones industriales- y en un momento en que la burguesía propietaria controlaba el poder político. Los reglamentos de taller medían a ritmos de cómitre las cadencias, jerarquías o situaciones, y en ellos aparecía la figura del contrato de servicio industrial como fórmula de enganche. No se trataba de un tipo contractual nítidamente estructurado, sino una fórmula tan variada e indefinida como la mayoría de los contratos que después pasarían a los Códigos, con la diferencia de que no pudo beneficiarse de las referencias medievales de los glosadores porque suponía algo nuevo surgido con la industria, la fábrica y la masificación obrera³¹.

2. La experiencia británica.

Pues bien, una nueva figura contractual que surgiera en tal momento debería atender a las necesidades de los fabricantes de disciplinar fuertemente el trabajo de una masa de personas, sobre todo cuando vivían en condiciones explosivas y dedicados a una actividad que requería una gran sincronización por efecto de la división del trabajo. Tales condiciones se daban ya en Reino Unido desde 1750, con gran antelación a los demás países europeos, y se agudizaron con los numerosos inventos del Siglo de las Luces³². En un país donde la revolución industrial ha comenzado en 1735 con las hilaturas de

³⁰ A pesar del entusiasmo de algunos tratadistas germánicos por la minuciosa regulación de aquel texto que entró en vigor en 1900 (por ejemplo, HUECK y NIPPERDEY, *Lehrbuch*, pág. 164), al no distinguir entre arrendamientos de servicios libre y subordinado sus preceptos servían con frecuencia para anular el contrato en perjuicio del trabajador.

³¹ Sobre la diversidad de manifestaciones del contrato industrial, SALVIOLI G., *I difetti sociali del Codice Civile*, [1890] (traducción al español bajo el título *El Derecho Civil y el proletariado*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1979), pág. 109 de la traducción española.

³² Cuando nace Adam SMITH en 1723 en Kirkaldy, Escocia, ya existía en el pueblo una fábrica de alfileres en donde se practicaba la división del trabajo que tanto le serviría para describir las circunstancias de la Revolución Industrial, al punto de ubicar su descripción en el comienzo de su famoso libro (SMITH A., *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, [1776], Fondo de Cultura Económica, México 1958, Capítulos 1, 2 y 3 del Libro Primero). Los inventos más importantes, la máquina de hilar y la máquina de vapor, son británicos, y a finales de siglo han conducido a la erección de fábricas enormes, como la de miles de obreros que eran propiedad del inventor de la “mula”, S. Crompton, en la ciudad de Bolton, y la creación de ciudades industriales como Leeds, Manchester o Birmingham. De todas partes de Europa confluían a estas ciudades los técnicos enviados por sus gobiernos respectivos para aprender y exportar las técnicas, e incluso se contrataba a especialistas británicos para poner en marcha factorías en el continente, cuando no acudían allá por haber tomado parte en la revolución de los católicos. Véase por ejemplo lo ocurrido para Francia y Alemania en NIVEAU M., *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Ariel, Barcelona 1974, 52 ss., 87 ss.

Wyatt y consolidado en 1769 con la máquina de vapor de Watt, el conflicto industrial surge antes que en el resto de Europa, y el Estado interviene muy pronto para equilibrar la situación³³. El habitual relato sobre el nacimiento del Derecho del Trabajo, descriptivo de una línea progresiva de leyes que mejoran la situación de las clases trabajadoras en el siglo XIX, suele omitir la opinión de los empresarios y su nivel de connivencia con el legislador burgués en el siglo XVIII. En 1796 los industriales británicos renuevan al primer ministro W. Pitt sus preocupaciones por la carencia de mano de obra y los elevados salarios, y el prócer urde una fría sugerencia:

“La experiencia nos ha mostrado lo que puede producir el trabajo de los niños y las ventajas que se pueden obtener empleándolos desde pequeños en los trabajos que son capaces de hacer... Si alguien se tomase la molestia de calcular el valor total de lo que ganan desde ahora los niños educados según este método, se sorprendería al considerar la carga de la que libera al país su trabajo suficiente para subvenir a su mantenimiento, y lo que sus esfuerzos laboriosos y las costumbres en las que se les ha formado vienen a añadir a la riqueza nacional”³⁴.

Y el legislador atenderá paulatinamente a los reclamos empresariales de mayor poder sancionador, mayor disciplina, menores cargas sociales. Arrancando de lo que se llamó contratación excepcional (“exceptive hiring”), las obligaciones mutualistas y de reciprocidad de la relación gremial dieron paso a un modelo más jerárquico de empleo en el cual se abría paso, a través de las sentencias de los tribunales, “un derecho de control y autoridad, al menos referido a la disciplina y gobierno del trabajador, que debía residir en el empresario en todo momento durante la continuidad del servicio”, pues otra

³³ Suele mencionarse al respecto la serie de leyes protectoras del trabajo de menores y mujeres nacida entonces: la ley de 1793 dio a los tribunales la potestad de sancionar a los empresarios por maltrato a los aprendices; la ley de 1802 fijó en 12 horas la jornada de los aprendices y prohibió su trabajo nocturno; diversas leyes entre 1819 y 1833 regularon la jornada y el trabajo nocturno de los menores. Una ley de 1842 prohibió el trabajo de las mujeres en las minas y la Ley de Fábricas de 1844 limitó a doce horas diarias el trabajo de la mujer en la industria textil. Sin embargo el origen del contrato de trabajo no se encontraba en ellas, como expongo en texto.

³⁴ Alocución al Parlamento el 12 de febrero de 1796, recogida por NIVEAU M., *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, cit., pag. 111. Ha de tenerse en cuenta para valorar debidamente la propuesta que el aprendizaje comenzaba frecuentemente en los oficios de quincalleros o de tejedores a los cuatro, cinco o seis años, como relata MANTOUX P., *La révolution industrielle au XVIIIe siècle*, Génin, París 1959, 433. Y que la situación era parecida en toda Europa, con una explosión demográfica desmesurada de más del 90 por 100 de aumento y una gran cantidad de hombres dedicados a las Guerras de Independencia, Guerras Revolucionarias y Guerras Napoleónicas, las tres clases de las cuales recayeron sobre los hombros de Pitt el Joven.

cosa menor se veía como incompatible con la relación de servicio³⁵. Las leyes de Master and Servant habían ido fortaleciendo los aspectos disciplinarios desde mediados del siglo XVIII al mismo tiempo que se abandonaban los aspectos protectores contemplados en las leyes gremiales, todo ello en nombre de la libre competencia, que afectaba plenamente al trabajo en cuanto mercancía: el más mínimo incumplimiento del trabajador permitía la resolución del contrato, y el abandono del empleo se castigaba con prisión. A finales del siglo XIX, cuando en toda Europa se habla ya del contrato de trabajo, en Reino Unido al menos viene adjetivado con los rasgos de “un modelo de servicio jerárquico y disciplinario”, sobre el cual adquieren los tribunales provinciales (*county courts*) una nueva competencia: la de ordenar al trabajador el cumplimiento específico de su obligación incumplida, algo que quedaba muy por encima de las competencias ordinarias de la jurisdicción, pero que quedaba reforzado por el pago de multas y, en último extremo, de 40 días de prisión. Solo la rápida expansión del sindicalismo y de la negociación colectiva permitirá neutralizar tales multas y condenas, ya en la segunda mitad del siglo XIX³⁶.

3. La experiencia francesa.

En paralelo con la experiencia británica, no otro papel vendrá a cumplir la *coutume ouvrière* de la que se habla como antecedente de la legislación laboral en Francia, pero que tan poca incidencia iba a tener en el diseño del arrendamiento de servicios del Code Civil³⁷. La industria sedera de Lyon no se siente tranquila con la abolición de la justicia gremial, y dará origen a los

³⁵ DEAKIN S., “The contract of employment: a study in legal evolution”, cit., nota 45, citando sentencias de 1788 y 1795.

³⁶ Pero la facultad de los jueces de exigir el cumplimiento in natura de la obligación de trabajar solo vino derogada por la Industrial Relations Act de 1971, art. 9: DEAKIN S., “The contract of employment”, cit., nota 100. En este ensayo puede hallarse una magistral exposición de la evolución, compleja y titubeante, del nacimiento del contrato de trabajo en Reino Unido, una consideración conjunta del cual solo se alcanza, en palabras del mismo autor, en torno a 1950. Las resoluciones de varios jueces de paz y tribunales del condado, exhaustivamente analizadas, en STEINMETZ W., “Was there a De-juridification of Individual Employment Relations in Britain?”, apud VVAA (STEINMETZ W., ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age*, cit., págs. 265 ss. Un estudio de la actividad de los jueces de paz en los tiempos previos a la Revolución Industrial, en LANDAU N., *The Justices of the Peace, 1679-1760*, Berkeley 1984, con referencias estadísticas a la magra litigiosidad laboral de la época. Un interesante análisis de las sanciones penales a los trabajadores por incumplimiento de sus obligaciones laborales, en HAY D., “Master and Servant in England. Using the Law in the Eighteenth and Nineteenth Centuries”, apud VVAA (Steinmetz W., ed.), *Private Law and Social Inequality*, cit., 239 ss, con estadísticas y gráficos con las condenas entre 1700 y 1825. También, STEINFELD R.J., *Coertion, Contract, and Free Labor in Nineteenth Century*, Cambridge University Press, Nueva York 2006.

³⁷ LEROY M., *La coutume ouvrière*, Giard et Brière, París 1913, vol. I.

tribunales industriales franceses, formados inicialmente por un empleador y un maestro de taller, los cuales construirán a lo largo del siglo XIX, entre grandes fluctuaciones, unos usos profesionales de gran alcance porque llegarán incluso a generalizar tablas de salarios y otras importantes reglas standard, en una actividad conciliadora respetuosa con el “acuerdo” entre las partes. La Revolución había retraído a los patronos, a diferencia de lo ocurrido en Gran Bretaña, y aunque podían haber ejercido una justicia radicalmente burguesa, el tono de las conciliaciones se orientó hacia la moderación³⁸. Podrá parecer algo paternalista la fórmula de equilibrio gala, al menos en las primeras décadas, cuando los *conseils de prud’hommes* quedaban tan escorados hacia la parte empresarial, pese a lo cual cumplió su cometido de respaldar e incluso establecer una práctica uniforme, denominada contrato de servicio industrial³⁹.

De forma que en el siglo XIX hay dos guías paralelas hacia la modernidad, que por diversas fórmulas confirmaban la autoridad del fabricante y simultáneamente trataban de compensar la fría racionalidad de la libre competencia: el modelo británico, basado en una filosofía calvinista de elegidos y pecadores matizada por la acción sindical, y el francés, más apegado a la tradición gremial por la incidencia de los tribunales industriales sobre la voluntad individual de ambas partes contratantes. En ambos casos, sin embargo, disfrutaban de una característica común: nacen al margen del Código Civil, de los tribunales ordinarios, de los centros de poder. Y, también en ambos casos, producen el mismo efecto en el último tercio del siglo XIX, el reforzar el poder *civil* del empresario, al suprimir los británicos las sanciones penales sobre los trabajadores y evolucionar los franceses hacia una concepción más jerárquica de la relación industrial⁴⁰; en esos países surge paulatinamente la idea de un contrato nuevo, masivo, industrial, al margen de

³⁸ Sobre la escala de salarios de Lyon, periódicamente revisadas hasta 1831, y sobre las escalas salariales de referencia (*le cours*) en otras partes de Francia, vid. el espléndido estudio de COTTEREAU A., “Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth Century France”, apud VVAA (STEINMETZ W., ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age. Comparing legal cultures in Britain, France, Germany and the United States*, Oxford University Press, Oxford 2000, 223.

³⁹ Según FARCY J.C., durante la primera mitad del siglo XIX las demandas antes los consejos de hombres buenos proceden principalmente de los industriales, mientras que a partir de 1848 las de obreros se hacen más frecuentes (*L’histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, PUF, París 2001, 208, con citas de publicaciones sobre las actas de los consejos de Nantes, Haguenuau, Maine-et-Loire, y de tesis doctorales sobre el mismo tema).

⁴⁰ Al menos tal es el punto de vista de COTTEREAU A., “Industrial Tribunals”, cit., 220, quien habla de convergencia y aproximación entre ambos países a partir de los años 1880.

la intimidad de la relación doméstica, apto para regular los complicados mecanismos del destajo, los equipos o los turnos, que se llamará inicialmente “contrato de servicio industrial” (*industrial-service hiring*), o contrato industrial a secas, muy distinto del “contrato común”⁴¹, pues no se le aplicaban los artículos del Código sobre arrendamientos de servicios⁴², e imponía en cambio una obediencia plena, “indefinida”, a las órdenes del fabricante⁴³, que fuerzas externas comenzarían a moderar desde principios del siglo XIX y hacia 1880 pasaría a denominarse con la expresión de contrato de trabajo⁴⁴. Todavía a finales de siglo los conceptos “contrato industrial” y “contrato de trabajo” aparecerán como sinónimos en algunos escritos⁴⁵.

Esta versión de la genealogía del contrato de trabajo puede chocar con ideas muy arraigadas entre los juristas en general, y los laboristas en particular, de que lo ocurrido inicialmente consistió en una adaptación del arrendamiento de servicios y de obra a las peculiaridades de la relación de trabajo. La propuesta de un nacimiento *extra portas* proviene de sociólogos, como son sociólogos los que han estudiado el poder de los reglamentos de fábrica en el siglo XIX⁴⁶, y es poco conocida entre los especialistas del Derecho del Trabajo, pese a haber sido formulada a partir de los años ochenta y a que

41 Sobre el contrato común en Reino Unido (*general hiring*) y sus deberes asistenciales para el trabajador, HAY D., “Master and Servant in England”, cit., 227.

42 “La jurisdicción, con muy pocas excepciones, consideró aplicable este artículo [el 1781 Code Civil, sobre la presunción de veracidad de las indicaciones del amo respecto a la cuantía del salario] a los criados y jornaleros, pero no a los obreros”: COTTEREAU A., “Industrial tribunals”, cit., pág. 219.

43 El cambio de denominación entre el contrato de servicio industrial y el contrato de trabajo, especialmente en los reglamentos de taller, en COTTEREAU A., “Justice et injustice ordinaire sur les lieux de travail d’après les audiences prud’homales (1806-1866)”, *Le mouvement social* 141 (1987), 55 ss.; del mismo, “Industrial tribunals”, cit., 220. Sobre el deber de obediencia indefinido (*open-ended duty of obedience*) de los contratos excepcionales en contraposición a los contratos comunes, DEAKIN S., “The contract of employment”, cit., nota 45.

44 La primera mención conocida del término *contrato de trabajo* ocurre en Francia en 1885, como derivación del de *contrato de servicio industrial*, según COTTEREAU A., “Industrial Tribunals and the Establishment of a Kind of Common Law of Labour in Nineteenth-Century France”, cit., 202. Entre los numerosos estudios del contrato de trabajo surgidos en aquella época pueden consultarse los de SCHREIBER, *Das Arbeitsvertrag nach heutigen österreichischen Privatrecht*, Viena 1887; TARTUFARI, *Del contratto di lavoro nell’odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata 1893; HOCQUART E., *Le contrat du travail*, Alcan, París 1895.

45 “Nadie se ha asustado aún por la variedad de combinaciones que presenta el *contrato industrial* (...). Y donde se ha disciplinado el *contrato de trabajo*, se le ha subordinado al interés social. En cambio Italia sostiene la idea de una hipócrita libertad de armonía de las leyes económicas, y esperamos la salud y la paz de un remedio sin virtualidad para ello” (SALVIOLI G., *I difetti sociali del Codice Civile*, 1890, pág. 109 de la traducción española).

46 Vid. por ejemplo, POLLARD S., “Die Fabrikdisziplin in der industriellen Revolution”, en VVAA (Fischer W. y Bajor G., eds.), *Die soziale Frage*, Stuttgart 1971, 159 ss.; MACHTAN L., “Zum Innenleben deutscher Fabriken im 19. Jahrhundert”, *Archiv für Sozialgeschichte* 21 (1981), 179 ss.; LÜDTKE A., “Arbeitsbeginn, Arbeitspausen, Arbeitsende: Skizzen zur Bedürfnisbefriedigung und Industriearbeit im 19. und frühen 20. Jahrhundert”, en VVAA (Hueck G., ed.), *Sozialgeschichte der Freizeit. Untersuchungen zum Wandel der Alltagskultur in Deutschland*, Wuppertal 1980, 95 ss.

paulatinamente varias publicaciones de elevado fuste circundan el mismo tema⁴⁷. Y sin embargo parece más creíble, aunque menos elegante, que la civilista: se trataría de un origen en los usos industriales, motivado por el deseo de los fabricantes de obtener la misma clase de obediencia sin paliativos, el mismo poder de mando feudal, que en la antigua servidumbre, solo que a virtud de un contrato, y moderado por fuerzas sindicales o institucionales que actuaban como contrapoder. Ese tipo contractual consiguientemente no nace *ex nihil*, no es un bien mostrenco, y se gesta por la misma época en que los pandectistas alemanes y los civilistas franceses andaban estructurando los tipos contractuales sobre las brasas de la codificación justiniana: 1770-1870, la edad de oro del contrato. Conocemos muy mal la época llamada de la libertad contractual⁴⁸, aun cuando los esfuerzos británicos y norteamericanos arrojan mucha luz en los últimos años sobre la actividad de los jueces de paz y tribunales provinciales en materia de contratos de empleo durante ese período⁴⁹. Más recientemente, los autores franceses han abierto importantes cauces en el análisis de los primeros tribunales industriales y su mirífica acción⁵⁰, pero hay muy pocos datos sobre el sustrato jurídico sobre el que actuaron los jueces profesionales en las relaciones entre obreros y fabricantes. La secuencia histórica debió ser la siguiente, a tenor de lo indicado: en los distritos industriales, especialmente en las fábricas textiles (Manchester, Lyon, Barcelona⁵¹) se convierte en usual un contrato jerárquico similar al militar del

⁴⁷ STEINFELD R.J., *The Invention of Free Labor: The Employment Relation in English and American Law and Culture, 1350-1870*, University of North Carolina Press, Chapel Hill 1991; del mismo, *Coercion, Contract and Free Labor in the Nineteenth Century*, Cambridge University Press, Cambridge 2001; DEAEKIN S., "The contract of Employment", cit., *passim*.

⁴⁸ Me remito al conocido libro de ATIYAH P.S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford 1979, especialmente a su parte II, "The age of freedom of contract: 1770-1870" (219 ss.), y su parte III, "The decline and fall of freedom of contract: 1870-1970" (571 ss.)

⁴⁹ Entre otros estudios, cfr. por ejemplo MALMGREEN G., *Silk Town: Industry and Culture in Macclesfield, 1750-1835*, Hull 1985, y LANDAU N., *The Justices of the Peace, 1679-1769*, Berkeley 1984.

⁵⁰ Muy importante ha sido el número monográfico sobre los conseils de prud'hommes franceses de *Le Mouvement Social* 141 (1987), *passim*.

⁵¹ Ya en 1839 una Comisión mixta de la Junta de Comercio de Cataluña y de la Comisión de Fábricas señalaba la existencia en Barcelona de 28.131 torcedores de algodón para ovillos, de los cuales 1/5 eran hombres, otro 1/5 eran niñas entre 7 y 15 años, y los 3/5 restantes eran mujeres; además había 71.996 tejedores y devanadores, de los cuales 39.000 hombres, 9.330 niñas de 10 a 16 años, y 23.666 mujeres; 15.060 tintoreros, blanqueadores, almidonadores, lizadores, etc.; 2.300 estampadores; 1.795 ovilladores; y 8.500 auxiliares de las industrias textiles (carpinteros, cerrajeros, hojalateros, torneros): JUNTA DE COMERCIO DE CATALUNYA, *Datos estadísticos y observaciones que una Comisión mixta de Individuos de la Junta de Comercio de Catalunya y de la Comisión de Fábricas* (sic), Imprenta de Tomás Gaspar, Barcelona 1839, págs. 22 a 25. Algo más tarde surgiría la Comisión Mixta del Trabajo en el Comercio de Barcelona, con facultades de establecer reglas obligatorias para todo el comercio de la capital y la

enganche, que por las conexiones entre fabricantes se extiende como un reguero de pólvora. Ha dicho Anton Menger que la *consuetudine* fijó antes que nada los rasgos principales del sistema, la consuetudine de los fuertes⁵². Los reglamentos de taller y los contratos de adhesión colectivizaban el mando, prestándole un carácter de fuerza organizativa de la masa obrera, por lo que la esencia del contrato radicaba en el poder organizativo del fabricante, mucho más potente que la mera facultad de impartir instrucciones a la otra parte de los contratos habituales. Al mismo contestan los sindicatos obreros y los consejos o comités paritarios, hasta que el legislador se decide a introducir leyes protectoras: en ese momento da comienzo el contrato de trabajo.

4. Los matices alemanes e italianos.

El resto de Europa no se hallaba a la altura en el análisis ni alcanzaba el mismo nivel de desarrollo que los dos grandes países tan enconadamente enfrentados en la arena cultural y económica de aquellos siglos, por lo que probablemente el tipo de contrato que formalmente rigiera en los estrados durante todo ese tiempo sobre las relaciones laborales sería el vacío del arrendamiento de servicios, en un entorno paternalista similar al francés, pero sin los consejos de hombres buenos del país galo, unas veces por mero retraso cultural y económico, otras por los problemas de identidad nacional, otras en fin por el peso de un imperio en decadencia. En la práctica, sin embargo, los tribunales civiles debieron entrar muy pocas veces en un ambiente que desconocían y hasta eludían por sus connotaciones domésticas, como ya he indicado. Recordemos, en último extremo, la coetaneidad de esa relación laboral no agremiada con múltiples manifestaciones de servidumbre y esclavitud, incluso en países que las tenían abolidas formalmente y hasta hacían gala de organismos prosecutors, como sucedía en España⁵³. Más que

solución de conflictos sociales: vide Comisión mixta del trabajo en el comercio de Barcelona, *Anales*. Vol. II/1 (1923), Industrias Gráficas Seix & Barral Herms, Barcelona 1923, 187 páginas.

⁵² MENER A., *Il diritto civile e il proletariato: studio critico sul progetto di un Codice Civile per l'Impero Germanico*, Bocca, Turín 1894 [1889-1890], págs. 4-5.

⁵³ Una comisión mixta hispanobritánica vigiló desde 1817 hasta 1873 el Golfo de Guinea, donde España y Reino Unido poseían importantes colonias desde donde salía la carga humana, y otro tribunal similar funcionaba en la Cuba española, a donde dicha carga llegaba, a lo que parece con bastante impunidad. "A mediados del siglo XIX hay tráfico y trabajo prácticamente esclavistas por pueblos de la misma España", afirma CLAVERO SALVADOR B., "Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional consuetudinario del trabajo mediante", *Quaderni Fiorentini* 35 (2006), 497, de quien tomo las referencias del texto, y VILLALBA A., "Esclavos cubanos en Fábrica del Pedroso", *Revista de*

la distinción entre un modelo liberal [británico] y un modelo autoritario o paternalista [prusiano] que una voz relevante ha sugerido⁵⁴, en verdad deberíamos distinguir entre dos modelos evolucionados, francés y británico, y el vacío en el resto de países, acogidos sin convicción a las construcciones romanistas y sin sindicatos o tribunales para compensarlas⁵⁵, hasta que paulatinamente siguieron las pautas que iban marcando ambos países líderes. En este sentido, lo ocurrido en Alemania o Italia merece ser destacado por suponer matices relevantes. En ambos países surgen las obras más acabadas de la época sobre el contrato de trabajo, en 1901 la de Ludovico Barassi y en 1902 la de Phillip Lotmar, catedrático de Derecho Civil el uno, catedrático de Derecho Romano el otro, quienes se adentran sin miedo en el piélago de un tipo contractual no académico para investirlo de la dignidad necesaria⁵⁶. Pero Barassi trató de *tipificarlo* como una excrecencia más del contrato civil de arrendamiento, y desde este punto de vista bloqueó el análisis sociológico del tipo para enteras generaciones de iuslaboralistas de ese país. Se negó a entrar en lo que ya surgía como “Derecho del futuro”, condenando a quienes lo defendían, pues “este Derecho del porvenir lo dejamos a los jueces venideros;

Cazalla 2005, 7 ss. Claro que después de la abolición de la esclavitud en Reino Unido (1807) la misma justicia británica seguía amparando no solo la propiedad, sino también el comercio esclavista bajo bandera de Estado para cuyo Derecho se tratara de una práctica legal: CLAVERO, *ibidem*, 504.

⁵⁴ GIUGNI G., “Diritto del Lavoro (voce per un’enciclopedia)”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 1 (1979), 11-12.

⁵⁵ No hablo de sindicatos o de tribunales esporádicos, sino de un movimiento sindical o de una red de tribunales industriales suficientemente potentes como para inducir a un mínimo de equilibrio. Por supuesto que en Prusia y demás Estados alemanes, Nápoles y los demás Estados italianos y en España, por ejemplo, existían sindicatos y experiencias de justicia industrial, como he tenido ocasión de ejemplificar más arriba, pero insuficientes. Así, la gran huelga general de 1855 donde participó activamente el sindicato Unión de Clases se realizó en Barcelona, y cesó tras la propuesta del Gobierno de crear un jurado mixto de solución de conflictos. Como se sabe, los *probi viri* italianos y los tribunales industriales alemanes y austríacos surgen en la última década del XIX, y los tribunales industriales españoles en la primera del XX. Antes habían surgido los conseils de prud’hommes belgas en 1859, los suizos del cantón de Ginebra en 1883, los tribunales portugueses de 1889, los de Nueva York de 1889, California de 1895, o Massachussets de 1896 (tribunales arbitrales). Siendo los más tardíos de este conjunto de países los daneses (1910), noruegos (1915), y griegos (1912): CALVO Y CAMINA P., *Comentarios a la Ley de Tribunales Industriales*, Victoriano Suárez, Madrid 1917, XV-XVI).

⁵⁶ BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società Editricie Libreria, Milano 1901; LOTMAR P., *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches*, vol. I, Duncker und Humblot, Leipzig 1902. Como ha dicho EHRLICH E., con Lotmar el contrato de trabajo llega a ser finalmente objeto de la ciencia jurídica, ya que él abandonó la perspectiva, entonces dominante, según la cual un objeto es jurídico solo si la jurisprudencia se ocupa de él. El “viejo” método de trabajo no habría en definitiva hecho emerger nunca el nuevo sector del Derecho del Trabajo: *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Duncker und Humblot, Berlín 1989, 19; en sentido parecido, WEBER M., *Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik* 1902, 742, ambos apud NOGLER L., “Phillip Lotmar (1850-1922)”, *Lavoro e Diritto* 1 (1997), 134. En cuanto a las opiniones sobre el libro de Barassi, primer tratamiento amplio, completo y sistemático de la materia, “asegurará gloria imperecedera en el mundo del Derecho del Trabajo a su autor entonces apenas veintiseteañero” [GAETA L., “Ludovico Barassi (1873-1961)”, *Lavoro e Diritto* 3 (1997), 522-523]. Del impacto que aún hoy tiene en la doctrina italiana da idea la larga serie de publicaciones en su honor y sobre su obra, alguna de las cuales cito en este ensayo.

hoy debemos limitarnos al Derecho material en su fase presente⁵⁷, y su opinión sobre los reglamentos de taller era demasiado optimista, centrada en el valor uniformador y clarificador de las obligaciones respectivas, cuyos abusos de seguro quedarían contrarrestados por las organizaciones obreras, siempre que aquel sindicalismo “funcione como debe”⁵⁸. Y aun cuando es posible que Spagnolo Vigorita acierte al considerar la obsesión romanista de Barassi como un error histórico y una mixtificación intencional, lo cierto es que sistematizó cuanto venían diciendo la mayoría de los juristas italianos a finales del XIX, y tuvo una influencia decisiva sobre la jurisprudencia de los *probi viri*⁵⁹. En cambio Lotmar partió desde un principio, él que era un pandectista confeso, del análisis de “una ingente masa de convenios colectivos, reglamentos de taller, estatutos de cooperativas, actas de inspección y formularios de contratos individuales” que le suministró la Revista de los tribunales industriales alemanes⁶⁰, y esa capacidad reconstructiva de la realidad sociológica la aplicó, no a las figuras codicísticas del arrendamiento de servicios o de obra, sino al contrato de trabajo en sus modalidades de a tiempo y a destajo⁶¹, aunque en última instancia considerara que sus raíces se encontraban en el Derecho Romano. La cuestión del método en Derecho del Trabajo viene resuelta por él a la manera moderna, con el estudio empírico de los datos fácticos, un método autónomo de investigación que ha marcado el estilo de los mejores

⁵⁷ *Il contratto di lavoro*, pág. 811, en nota 2. Se refería al cometido “escabroso” de los *probi viri* de aplicar una ley cuyo contenido debe deducirse en gran parte –consideraba- de la analogía o de la naturaleza del contrato de trabajo. Sin duda que la actitud de Barassi era la correcta para instituciones y tiempos consolidados, pues los jueces no deben crear Derecho, pero el civilista obviaba un tiempo y un tipo de contrato que estaban lejos de ser pacíficos. En la segunda edición de la obra advierte las dificultades del cometido que asigna a los *probi viri* y de cómo las decisiones de los mismos no han ido por tales derroteros, y se entretiene en una loa a la equidad, “que recorre ampliamente nuestro Derecho de Contratos, supliendo maravillosamente (...) las lagunas de nuestro sistema legislativo en materia de contrato de trabajo. En este sentido es perfectamente exacto sostener que los *probi viri* son órganos de equidad” (*Il contratto di lavoro*, 2ª edición, vol. II, SEL, Milán 1917, pág. 297).

⁵⁸ *Il contratto di lavoro*, 452-453. Respecto a la falta de libertad del trabajador para aceptar o rechazar el reglamento, conviene en que es irrisoria, pero “la cosa es distinta jurídicamente”, y remite a otro capítulo para situar el debate en un alambicado consentimiento implícito cuyas flaquezas han sido recientemente analizadas por MONTUSCHI L., “Contratto di lavoro e regolamenti aziendali”, apud VVAA (Napoli M., coord.), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., 330 ss.

⁵⁹ “Los *probi viri* consideraron al trabajo subordinado, por efecto de la obra de Barassi, como eflorescencia de la cepa locativa”: CASTELVETRI L., *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milán 1994, 228 y 320.

⁶⁰ FLESCHE R., “Lotmars ‘Arbeitsvertrag’ und die Gewerbegerichte”, *Das Gewerbegericht* 1902, 34 ss. A diferencia de lo ocurrido con los jueces de paz y tribunales industriales británicos y franceses, los *Gewerbegerichte* alemanes no parecen haber recibido en los tiempos modernos la atención que les prestó Lotmar, pese a disponer de la revista indicada para facilitar el análisis. Tampoco la han recibido, hasta donde alcanzo, los *probi viri* italianos, a pesar del temprano análisis que sobre su doctrina realizara REDENTI E., *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Giapichelli, Torino 1992 [1906].

⁶¹ NOGLER L., “Phillip Lotmar”, cit., 132.

laboralistas, aunque enfrentados al rechazo de los que abominaban del “dato prejurídico”⁶². El problema de Lotmar radicó, no en el método, sino en la áspera y temprana crítica a sus teorías de Otto von Gierke, otra figura señera del laboralismo alemán de principios de siglo, y la fuerza de arrastre de este último a favor del contrato fiduciario de servicios (*Treudienstvertrag*) como auténtico origen del de trabajo.

Y mientras la doctrina jurídica alemana e italiana andaba a la greña para enraizar en un contrato antiguo la nueva realidad, los distritos industriales de ambos países comenzaban a reflejar las mismas necesidades de jerarquía y los mismos reglamentos de taller que hemos visto en Reino Unido y Francia. Lo indica Simitis con su habitual maestría: la industrialización no solo centralizó y mecanizó el trabajo, dice, también maximizó la adaptación del comportamiento de los trabajadores a las demandas de una producción eficiente vertidas en reglas uniformes dictadas por el empleador. El interés primordial del empresario –continúa- radicaba en forzar a los trabajadores a cumplir con las exigencias de un proceso productivo que requería la estricta observancia de conductas uniformadas estrictamente y determinadas por el uso de las máquinas⁶³. “El proceso industrial no venía regulado en consecuencia por contratos individuales que tuvieran en cuenta los intereses particulares de los trabajadores, sino por reglamentos de taller que intencionadamente desindividualizaban la relación entre empleadores y trabajadores y trataban de implantar una disciplina segura mediante la prescripción y el estrecho control de la conducta de los trabajadores”⁶⁴. El fabricante tenía la prerrogativa de fijar el salario y la jornada y de poder contratar y despedir a voluntad, como reconocían los tribunales industriales;

⁶² La “disputa sobre el método” a aplicar en el Derecho del Trabajo cobra especial importancia en Alemania desde este momento, pero cabe decir que se hallará siempre presente entre los partidarios de un purismo jurídico kelseniano y quienes consideran que el dato jurídico sin el dato sociológico no tiene sentido en Derecho del Trabajo. Para la *Methodenstreit* en la Alemania weimariana y el debate de ese período y el posterior a la II Guerra Mundial entre Sinzheimer, Kaskel y Nipperdey, cfr. por ejemplo el estudio de NOGLER L., “In ricordo di Hugo Sinzheimer (1875.1945)”, *Lavoro e Diritto* 4 (1995), traducido al inglés en “In Memory of Hugo Sinzheimer (1875-1945): Remarks on the Methodenstreit in Labour Law”, *Cardozo Law Bulletin*, en internet. El autor cita a Giugni y Däubler como exponentes principales de la moderna perspectiva sociojurídica del Derecho del Trabajo.

⁶³ SIMITIS S., “The Case of the Employment Relationship. Elements of Comparison”, en VVAA (Steinmetz W., coord.), *Private Law an Social Inequality in the Industrial Age*, cit., 193.

⁶⁴ “De ahí que los reglamentos de taller rompieran con los antiguos hábitos y abrieran la senda de un cambio radical en el proceso de trabajo (...). No el contrato negociado individualmente, sino las normas standard de factoría, llegaron a ser el modelo normativo de una sociedad en la que la producción en masa y el consumo en masa determinaron la estructura y la orientación del desarrollo económico”: SIMITIS S., *op. cit.* 193-194.

enfrente tendría con el paso del tiempo a los sindicatos y las huelgas, por ejemplo la de tipógrafos de Milán en 1860, la de tejedores de seda en Como o de tejedores de lana en Biellese, o la de sombrereros de Monza en 1870, en un forcejeo por intervenir en la determinación de los salarios y la jornada “contra los perniciosos efectos de la mecanización”⁶⁵. Las huelgas fueron en aumento al aproximarse el fin de siglo, como vemos para Italia, donde en 1879 fueron 32, con 4.000 huelguistas, en 1890 fueron 147 con unos 90.000, y en 1901 alcanzaron la cifra de 1.700 con 420.000 huelguistas⁶⁶. Debían poner freno, además, a la práctica de descontar a los empleados los daños cualesquiera en la producción, y sobre todo intervenir sobre los reglamentos de taller, de caracteres “auténticamente vejatorios” sobre todo con referencia al sistema de multas por retrasos impuestas por cualquier causa, o a la costumbre de establecer aumentos arbitrarios de jornada para compensar el tiempo “derrochado” por los trabajadores en necesidades corporales⁶⁷. El reglamento de taller constituyó una proyección externa de los poderes de supremacía del industrial, como ha dicho Montuschi⁶⁸, y uniformó draconianamente las condiciones laborales en la fábrica en lo que fue la primera regulación colectiva, unilateral, a la que los sindicatos opusieron paulatinamente las tarifas salariales, asimismo unilaterales, antes de alcanzar la negociación colectiva. El consentimiento del trabajador no era necesario, para lo cual los tribunales en algún país desarrollaron la obligación de los fabricantes de fijar el reglamento en las puertas del taller: una eficacia “automática” que tomarán también los convenios colectivos en Europa continental, sin necesidad de que sus cláusulas vinieran incorporadas al contrato de trabajo.

¿Alcanzó el peso del Derecho Común una mayor influencia reguladora en los países secundarios de la época, hasta el punto de que pudiéramos pensar en un distinto nacimiento del contrato de trabajo, más vinculado a los tipos tradicionales? Los informes sobre la situación de las masas obreras en las ciudades y distritos son igualmente alarmantes en Reino Unido, Alemania,

⁶⁵ WOOLF S., *Los pobres en la Europa moderna* [*The Poor in Western Europe in the Eighteen and Nineteenth Centuries*], Crítica, Barcelona 1989 [1986], pág. 87, y bibliografía *ivi cit.*

⁶⁶ COVA A., “Lavoro a Milano ai primi del novecento”, apud VVAA (M. Napoli, coord.), *La nascita del diritto del lavoro*, cit., 35-36.

⁶⁷ COVA A., “Lavoro a Milano”, cit., 38.

⁶⁸ “Contratto di lavoro e regolamenti aziendali”, cit., 325.

Francia, Italia o España, por lo que el abuso de los fabricantes debió ser general⁶⁹. Y aunque en dichos países su importancia numérica debió ser menor, el estruendo de las chimeneas, de las huelgas y de los abusos convulsionó profundamente a la opinión pública. Por encima de los particularismos de cada país, los intelectuales, las instituciones y los legisladores lanzaron puentes hacia las experiencias vecinas hasta el punto de secuenciar con rara uniformidad en el lapso de pocos años la serie de leyes europeas sobre trabajo infantil y femenino, jornada máxima, inspección de trabajo, responsabilidad objetiva del empresario, salud y seguridad en el trabajo y, por fin, contrato de trabajo⁷⁰, con la fértil incidencia en otros continentes⁷¹. Pero siempre quedará para la Historia que el cambio de actitud del legislador hacia un intervencionismo tutelador del más débil se produce primero en Reino Unido y después posiblemente en Francia, siguiendo los restantes países el ejemplo de los adelantados.

5. La situación en España.

Por otra parte, ¿fue dicho impulso tradicional el que prevaleció en nuestro país durante los siglos previos a la legislación obrera y al Código de Trabajo de 1926? A pesar de la enorme influencia del modelo de industrialización en toda la Europa del siglo XVIII y XIX, *prima facie* parece dudoso que en España el contrato de trabajo no agremiado, el que se celebraba en las manufacturas, minas y comercios, sufriera su influencia, comenzando por el hecho de que la

⁶⁹ Por ejemplo, MOLAS RIBALTA alude a los contratos laborales de una fábrica “libre” –no agremiada– de ollas y pesas de hierro en la Barcelona de 1742, cuyas cláusulas facultaban al empresario a despedir a sus empleados en cualquier momento, mientras que aquéllos no podían abandonar la empresa hasta el término de dos años (*Los gremios barceloneses del siglo XVIII*, cit., 205). De los pactos leoninos y el *pacta servantur* durante el liberalismo ha dejado páginas excepcionales SALVIOLI G., *Los defectos sociales de las leyes vigentes en relación al proletariado y el Derecho moderno* (traducción al español bajo el título *El Derecho Civil y el proletariado*, Universidad de Sevilla, Sevilla 1979): “La ley no se halla dispuesta a intervenir sino cuando se perturbe el orden público o las buenas costumbres. ¿Supone lo convenido iniquidad, usura exorbitante, pacto leonino? Peor para quien lo aceptó. Ya lo sabía; no debió aceptar” (63).

⁷⁰ D. Eduardo Aunós señala en la Exposición de Motivos del Código de Trabajo de 1926 los antecedentes del mismo, indicando a los Códigos Industriales de Austria (1859), Alemania (1869), las Leyes de Fábrica de Suiza (1877) y Reino Unido (1878), y los Códigos del Trabajo de Francia (1910) y Rusia (1918).

⁷¹ Código Industrial indio de 1911, Código de Trabajo del Estado de Puebla (México) de 1921. Las Constituciones fueron también vehículos de codificación, como ocurre en México en 1917. En América la legislación laboral surge a partir del ímpetu revolucionario de Querétaro –antes incluso en Uruguay–, y para la mayoría de los países en los años treinta: COOK M.L., “Towards Flexible Industrial Relations? Neo-Liberalism, Democracy and Labor Reform in Latin America”, *Industrial Relations* (Berkeley) 37-3 (1998), 313. Con mayor amplitud, la misma autora, *The Politics of Labor Reform in Latin America: Between Flexibility and Rights*, Penn State Press, Pennsylvania 2006.

industrialización solo tuvo lugar tardíamente en zonas muy concretas del país, que la explosión demográfica europea del siglo XIX no se produjo aquí, sino todo lo contrario⁷², que las ideas del liberalismo se abrieron paso con grandes dificultades por el enorme peso de la Iglesia, y que las cuatro leyes que regulaban teóricamente el trabajo no agremiado hasta la década de 1880 fueron las siguientes:

1. Obligación de los parados de presentarse diariamente en la plaza del pueblo para su eventual contratación por los propietarios.
2. Pronto pago del jornal en la noche del mismo día de trabajo.
3. Prohibición de espigar en el erial las mujeres de los segadores. Y
4. Moderación del importe de los jornales por los concejos y hombres buenos de los municipios.

Tal era la regulación del contrato de trabajo contemplada en la Novísima Recopilación de 1805, procedente de las Leyes de Toro de 1369⁷³. Dicha Recopilación mencionaba también al contrato de arrendamiento, pero solo en la modalidad de arrendamiento de cosas⁷⁴.

A lo que parece, la *teoría* del contrato de trabajo libre consistía más bien en asimilarlo al contrato de los criados del hogar y, por ende, a una relación cuasifamiliar, en la que los tribunales se negaban a entrar para no irrumpir en la paz doméstica, remitiendo esporádicamente a la costumbre o a los usos, en los muy raros casos en que un fabricante decidía entrar en un pleito –pues los

⁷² La Guerra de la Independencia parece haber diezmando a la población española en hasta un 10 por 100, según GIL MUNILLA O., *Historia de la evolución española durante los siglos XIX y XX*, Madrid 1961, 13, apud ALONSO OLEA M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, 189, en nota 64.

⁷³ Novísima Recopilación de 15 de julio de 1805, Libro VIII, “De las ciencias, artes y oficios”, Título XXIII, “De los oficios, sus maestros y oficiales”, y Título XXV, “De los menestrales y jornaleros”, leyes I a IV, en *Códigos de España. 2. Novísima Recopilación. Glosario. Repertorio General*, Alcubilla, Madrid 1885, págs. 1603 ss. La ley que establece los horarios de “los menestrales y obreros que se alquilan” fue dada por Enrique II en las Cortes de Toro y mandada guardar por Carlos V en Valladolid en 1548 y fue recopilada en la Nueva Recopilación libro VII, título XI, ley 2; la que atribuye a los concejos la tasación de los jornales la dio el mismo Enrique II en Burgos en 1373 y pasó a la Nueva Recopilación VII,XI,3; la que fija el pago de los obreros en la noche del día trabajado también fue de Enrique II en Toro en 1369 y pasó a Nueva Recop. VII,XI,4, y finalmente la que prohíbe espigar los rastrojos es también de Enrique II en Toro en 1369 y se convirtió en la Nueva Recop. en VII,XI,5. Todas ellas pasaron al Ordenamiento de Montalvo u Ordenanzas Reales de 1484 y de aquí a la Nueva Recopilación de 1567. Lo que sorprende es que las cuatro leyes estaban al parecer derogadas al tiempo de introducirse la Novísima (recopilación que, entre muchos errores, cuenta con el olvido de leyes vigentes y la inclusión de otras que no lo estaban). En la década de 1880 se promulga el Código Civil, con referencias al trabajo no agremiado, como se sabe. Téngase en cuenta, no obstante, la muy escasa relevancia que tuvo aquella Recopilación, por sus numerosos errores que fueron prontamente criticados. Los tribunales no la citaban, sino que hacían directa alusión a la ley aplicable, recopilada o no: así, la S^a. TS. 30 de diciembre de 1880, citada por MONTALVO, *op. cit.*, pág. 196, utiliza la Partida 5 para distinguir entre arrendamiento de obra o servicios y el de cosa.

⁷⁴ *Ibidem*, Libro X, “De los contratos y obligaciones, testamentos y herencias”, Título X, “De los arrendamientos”, en pág. 1726.

obreros no disponían de recursos⁷⁵. Por consiguiente, los jornaleros y obreros debieron hallarse en una situación de completo desasistimiento por parte de los tribunales⁷⁶, y el contrato vacío debió integrarse por las normas no escritas del paternalismo, es decir, de una relación plenamente jerárquica en la que la parte dominante establecía según su criterio los contenidos, ya en el clausulado contractual, ya en el desarrollo de la relación, con los únicos criterios moderadores del buen padre de familia. De modo que cuando en 1847 un autor trata de definir el llamado “contrato de trabajo personal”, la definición aparece completamente hueca, a merced de quien tenga el poder para colmarla: un contrato por el cual se obliga una de las partes a hacer una cosa para otra mediante cierto precio⁷⁷. A pesar de lo cual el Parlamento y los Gobiernos dedicaron una enorme atención a los conflictos industriales de Barcelona y Bilbao, así como a la situación de las masas obreras, en medida no muy distante, sino en todo caso algo más tardía, de la que se prestaba a la cuestión en los países del entorno.

Probablemente la clave de la incógnita se encuentre en la misteriosa – para nosotros- remisión de Código del Trabajo de 1926 a “los usos y costumbres de cada localidad en la respectiva clase de trabajo” a falta de estipulación escrita o verbal (art. 2), lo que en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 ya ha cedido el lugar a las leyes, las bases de trabajo y los pactos colectivos (art. 3). Seguramente tales usos en Barcelona, Tarrasa y otras ciudades fabriles consistían en una mezcla de reglamentos de taller, cláusulas de estilo contractuales y poderes tácitos del empresario, a los que los sindicatos trataban de limitar. En este sentido la actuación de las Cámaras de Comercio debió ser ciertamente importante, pues al menos en Italia dichos organismos elaboraron “normas consuetudinarias” en tema de empleo privado

⁷⁵ Para la remisión a la costumbre profesional, S^a.TS. 22 de junio de 1871, cit. por MONTALVO CORREA J., *Fundamentos*, 196.

⁷⁶ Véanse las sentencias de 21 de enero de 1873 y 4 de enero de 1882 que aporta MONTALVO CORREA J., *Fundamentos*, págs. 198 y 199, las cuales rechazaban reclamaciones de una empleada en almacén colonial y de un trabajador de fábrica, respectivamente, por tratarse de hija y de socio, en cada caso.

⁷⁷ ESCRICHE J., *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Calleja, Madrid 1847, vol. I, 285, apud. MONTALVO J., *Fundamentos*, 198, en nota. Sobre las regulaciones que nunca fueron, vid. SOSA MANCHA M^a.T., *La emergencia del contrato de trabajo (la codificación civil y los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo: 1821-1924)*, Civitas, Madrid 2002.

que fueron un eficaz correctivo a la asimetría de poder social⁷⁸, junto con las cláusulas de concesión de servicios públicos y la multiplicación de árbitros privados aplicando los usos recogidos por las Cámaras⁷⁹.

En España queda por hacer la tarea de escudriñar los archivos históricos de las Cámaras de Comercio, cuyos tribunales de comercio fueron activos desde el principio y ejercieron una labor reguladora probablemente decisiva respecto a cuanto ahora decimos. Más allá de ello los datos habrían de encontrarse en las grandes empresas extranjeras⁸⁰ y en las fábricas reales, tan poderosas en la época, y donde hasta ahora los estudios no arrojan demasiada luz, toda vez que la práctica consistía en admitir a los solicitantes con una edad determinada –entre 14 y 30 años- que mostraran robustez y disposición y presentaran “una certificación de su cura párroco que acredite ser de buena vida y costumbres”⁸¹. Los trabajadores admitidos quedaban registrado en un Libro de Filiaciones, a cuyo margen se anotaba en su caso el despido y las razones del mismo⁸².

Nos faltan aún muchos estudios sobre el trabajo industrial en aquellos tiempos para poderlo afirmar con exactitud, y en esta obra no me corresponde profundizar en el tema sino hasta donde permita aclarar cuál fue el *èlan* inspirador del tipo contractual moderno; en tal finalidad lo que emerge de una u otra manera es el interés, o la necesidad, de los industriales por disciplinar a una masa de trabajadores en aras de un impecable funcionamiento de los medios de producción. La cuestión social, el clamor de los desheredados y de las personas razonables ante la explotación inmisericorde, impulsaron después en toda Europa a la delimitación del tipo contractual y a la intervención del legislador para establecer cierto equilibrio entre las partes. Baste decir, para completar lo ya conocido de los discursos y los informes, que entre los trabajadores británicos existió al menos desde la segunda mitad del siglo XIX la

⁷⁸ En este sentido, VARDARO G. y VENEZIANI B., “La rivista di diritto commerciale e la dottrina iuslavoristica delle origini”, *Quaderni Fiorentini* 16 (1987), pág. 465. Sobre las columnas de esta Revista se formó el Derecho del Trabajo italiano, afirmaba Giugni.

⁷⁹ Así lo indicaba CARNELUTTI, cit. por VARDARO y VENEZIANI, op. cit., pág. 480.

⁸⁰ Por ejemplo, Río Tinto Minera, cuya Fundación contiene un detallado archivo sobre los expedientes e historiales de los trabajadores, debido a una eficiente policía minera de la empresa.

⁸¹ Así ocurría en la Real Fábrica de Tabacos de Sevilla, según RODRIGUEZ GORDILLO J.M., *Historia de la Real Fábrica de Tabacos de Sevilla*, Universidad de Sevilla- Focus, Sevilla 2005, pág. 145. Tras la guerra con Francia, el personal de estas Reales Fábricas pasó a estar constituido por mujeres en su mayor parte, pues apenas se encontraban hombres.

⁸² RODRIGUEZ GORDILLO J.M., *Historia de la Real Fábrica de Tabaco*, cit., pág. 145.

contraposición entre la *unprinciple* y la *principle competition*, es decir, entre la competencia sin principios y con principios; y que entre los franceses, por la misma época, la idea del *bon droit* sobrevoló las relaciones industriales para imponer cierta cordura en la interpretación de las cláusulas contractuales⁸³.

III. CONTRATO INDUSTRIAL Y CONTRATO DE TRABAJO EN 1875.

De esta forma hacia las últimas décadas del siglo XIX nace con fuerza y al mismo tiempo la idea del contrato de trabajo como un vínculo jurídico que contiene algo más que un intercambio económico, y el vivo debate en Francia e Italia en torno a si el control y la vigilancia ejercida por el “amo” produce la transferencia de la responsabilidad al empresario: el nuevo contrato aparece ya definido como aquél mediante el cual “una persona se obliga a prestar a otra, bajo su autoridad, dirección y vigilancia, el propio trabajo por un precio fijado en relación a un determinado período de tiempo”⁸⁴. Y esa autoridad, dirección y vigilancia van a llevar naturalmente, primero, a hacer responsable al empresario de los infortunios del trabajador en su actividad laboral⁸⁵, y, después, a atenuar la responsabilidad de éste por faltas u omisiones en su actividad mediante la regulación de las interrupciones, suspensiones e imposibilidades de la prestación, además de a dulcificar el alcance de los deberes asumidos.

Interesa destacar en el nacimiento del contrato de trabajo dos aspectos importantes: uno, que lo medular en él es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre el trabajador; y dos, que el contrato que nos ocupa surge

⁸³ Cfr. COTTEREAU A., “Industrial Tribunals”, cit., 224 y 226; VVAA (COTTEREAU A. y LADRIÈRE P. eds.), *Pouvoir et légitimité. Figures de l'espace public*, EHSS. 1992; COTTEREAU, A., “Droit et bon droit. Un droit des ouvriers instauré puis évincé par le droit du travail,” *Les annales*. nov.-dic 2002, pp. 1521-1557.

⁸⁴ MODICA I., *Il contratto di lavoro nella scienza del diritto civile e nella legislazione*, Reber, Palermo 1897, pág. 435, sintetizando la definición del contrato de trabajo que era ya común entre los autores. Véase el magnífico estudio histórico del nacimiento del contrato de trabajo en VENEZIANI B., “Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione”, cit., págs. 395 ss., donde aparece la definición de I. Modica y la referencia al debate franco-italiano. Cfr. asimismo VENEZIANI B., “La nascita del contratto di lavoro in Europa dalla rivoluzione industriale al 1945”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 69 (1996), 53 ss. A finales del siglo XIX, indica el mismo autor en otro extenso análisis (“The Evolution of the Contract of Employment”, en VVAA [Hepple B., ed.], *The Making of Labour Law in Europe*, Mansell, Londres 1986, pág. 65), el concepto de subordinación comprendía en países como Países Bajos, Bélgica, Italia o Alemania, la sujeción a “dirección, autoridad y control” del empleador, o a las órdenes del mismo, mientras que en otros países como Reino Unido significaba el poder de la voluntad ajena, el poder de mando o el poder de control del empleador sobre el trabajador.

⁸⁵ En España, art. 2 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900: el empresario pasa a ser responsable de la incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, total o absoluta y muerte del trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo prestado a aquél.

para poner de relieve tal aspecto y, a renglón seguido, comenzar a defender un equilibrio real mediante contrapoderes internos al contrato –derechos mínimos del trabajador- y externos al mismo –legalización de los sindicatos, regulación de los comités, potenciación de los convenios colectivos-.

Cuando Barassi escribe su obra seminal a principios del siglo XX, critica por ilusoria la opinión de algunos juristas franceses de que la responsabilidad del trabajador se encuentra sensiblemente atenuada por hallarse a las órdenes y bajo la supervisión del patrono para el que trabaja⁸⁶. Su apego a los contratos civiles le lleva, así, a despojar crudamente a la relación de todo carácter asistencial que pudiera prestarle el recuerdo del gremialismo, confiando en la eficacia hipotética de la labor sindical para restaurar la libertad perdida en el contrato. Es el control y dirección de la prestación lo que impele al surgimiento de un tipo contractual donde finalmente tendrá cabida una suavización del poder absoluto que los contratos industriales dejaban en manos del patrono⁸⁷. El poder inherente de mando con que inviste al empleador explica también la relativa insignificancia normativa del contrato, pues la concreción de las tareas del trabajador se realiza día a día mediante aquél, dentro del marco de la categoría o, más modernamente, del grupo profesional asignado⁸⁸.

⁸⁶ BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., 699. Cfr. CORNIL G., *Du louage de services ou contrat de travail*, Thorin, París 1895, 173, apud VENEZIANI B., “La nascita”, 425.

⁸⁷ Así, BATT F.R., *The Law of Master and Servant*, cit., 8 ss.; PITT, *Employment Law*, 54.

⁸⁸ DEAKIN y MORRIS, *Labour Law*, 131.