

El contrato de trabajo: acuerdo y synállagma.

Por Gastón L. Medina¹.

Sumario: 1.- Origen y evolución de la idea de contrato. 2.- “*Lo que los griegos llaman synállagma*”. 3.- El contrato del modelo liberal y el principio de autonomía de la voluntad. 4.- El contrato del modelo social y el proceso de integración fontal. 5.- El contrato de trabajo y la pervivencia del synállagma en la garantía contractual de seguridad como obligación de resultado. 6.- Bibliografía.

1.- Origen y evolución de la idea de contrato.

Conforme una antigua creencia, hubo un tiempo (“*in illo tempore*”) en que los Hombres todavía recordaban las huellas del camino de regreso al inveterado tiempo, antes del tiempo, en que los dioses habitaban la Tierra y les habían confiado la

¹ Abogado (UNLP), especializado en Derecho Social (UNLP). Doctorando de la Carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas (UNLP). Diplomado en Derecho Romano Privado (UAI). Sub-director del Instituto de Historia y Derecho Romano del CALP. Profesor regular de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP; en la Facultad de Derecho de la UBA. Ex- profesor adjunto regular de Derecho Romano en la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la UNPAM. Profesor adjunto de Teoría de la Persona y las relaciones jurídicas y Profesor Asociado en Derecho de Daños y responsabilidad civil, en la facultad de Derecho de la UAI. Miembro del Instituto de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Miembro del Instituto de Derecho del Trabajo del CALP. Miembro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Romano (ADRA). Investigador, disertante, publicista.

sabiduría primordial junto a los cifrados secretos sobre la vida y la muerte, lo “*iusto*” y lo “*inuisto*”².

Pasaron los siglos, también los milenios, y los Hombres fueron olvidando esa “*sophia-perennis*”. Sin embargo, conservaron un acceso, un “*axis mundi*”, un centro o eje de la Tierra, un camino que los llevaba de nuevo al verde y fértil Jardín, librándolos de la esclavitud de la inmanencia de las cosas y los días y, éste pasaje, este puente, unía las cosas humanas con las cosas divinas, lo sagrado y lo profano, lo racional y lo supraracional, la ciencia de las cosas y la inefable sabiduría que sobre ellas se tiene; el “*mundus*” con el “*alter mudus*”. Y, así, este portal o puente (“*pontex*”), no era otra cosa que el rito, y, el “*Pontifex*”³, su constructor y su custodio.

Un rito que, siendo parte esencial del Supremo Orden de la Tradición, había sido transmitido de generación en generación, oral y gratuitamente, de igual modo, como se dan y reciben los dones del Cielo. Un rito, que no era vana idea ni vacua ceremonia, sino “*operación simbólica transcendental*”. Operación destinada a producir una transformación o cambio en el ordinario curso de la “*Natura*”, ante la irrupción de la “*Sobre-natura*”. Así, el Cielo se abría y, de lo Alto descendía la verdadera sabiduría, el favor y auspicio de los dioses. Un rito que era experiencia vital y algo muy distinto al conocimiento exotérico y abstracto de las formas jurídicas modernas o a la mera pompa de las ceremonias litúrgicas; sino que era conocimiento esotérico, hijo de la revelación interior y de la vivencia personal del portal.

Todo el “*Ius*” de los tiempos arcaicos de Roma, es rito, eje vertical, clave de bóveda, piedra angular. Regla, como operación con elementos simbólicos que, cual

² Conforme recepta el “*Corpus Justiniano*”, Celso define a la Jurisprudencia (*Ciencia Jurídica*) como el “...conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de la justo y lo injusto...” en clara sintonía con la idea expuesta.

³ El término “*Pontifex*”, en efecto, designa tanto al Constructor del puente como a su cuidador. En el sentido empleado, como constructor y cuidador del “*Axis Mundi*”, el sacerdote pontífice es quien tiene el deber de velar por la conservación del “*modo*” o “*regla*” por la cual se accede al otro mundo (“*Alter Mundus*”) de lo suprasensible y lo sobrenatural. En rigor, es un custodio de la Suprema Tradición.

resabio de la única y perdida lengua, previa a Babel⁴, era el medio por el cual el hombre de carne y hueso lograba elevarse por encima de su común y mísera condición mortal. Operación supraracional y performativa, por la cual se transformaba el mundo profano, al surgir de su inmanente realidad, la trascendencia de una relación “*Sacro-jurídica*”⁵.

En este tiempo primordial, tan lejano como arcano, no hallamos ni la sombra del contrato. La ausencia de su “*nomen*”⁶ en los textos de la época, explica, en efecto, la falta de su “*numen*”⁷. Porque, como bien dijo Celso por boca de Ulpiano, el Derecho (“*Ius*”) no se agota en las palabras, pero sí, su “*fuerza o potestad*” (“*vis asc potestas*”).

En este sentido, cuadra el latino aforismo que dice “*según las palabras que se han pronunciado, así es el Derecho*” (“*uti lingua nuncupassit, ita ius est*”)⁸.

La “*verba*”, ya oral, luego escrita, palabra al fin, siempre la palabra, será la causa jurígena del “*Ius*”, capaz de transformar lo profano en sagrado, lo inmanente en trascendente, lo meramente humano en comunión con lo divino. La “*Innauguratio*”; el “*Nexum*”; la “*Mancipatio*”; la “*Sponsio*”, la “*Confaerratio*”; entre muchos otros ritos arcaicos, cofiguran claros ejemplos de esta “*inveterada consuetudo*”, en la cual, todavía, de la idea de “*contractus*” no existe ni siquiera un atisbo.

⁴ En alusión al castigo divino sobre el género humano, cuando fue confundida la lengua a consecuencia de la soberbia que implicó la construcción de la Torre. Quizá, puede hallarse aquí, el tiempo en el cual la estirpe humana quedó confundida y desconectada de la “*Sophía Perennis*”.

⁵ Lo que resulta importante comprender aquí, es que la índole sagrada del vínculo jurídico no es un atributo humano ni dependiente, en consecuencia, de la voluntad del hombre; sino por contrario, tiene un fundamento de autoridad en los dioses, hallando su “*causa*” en la potencia sobrenatural y creadora de éstos.

⁶ Su nombre, nominación.

⁷ En el sentido empleado por R. Otto (1996) al referirse al concepto de lo “*Numinoso*” como experiencia “*irracional*” (*rictus: supraracional*) de lo santo.

⁸ Lex XII Tabularum (VI. I).

Así, durante el extenso período de aproximadamente ocho siglos, campeará, invicta, por sobre la “*voluntas*” la “*verba*”. El aforismo según el cual “*el pacto desnudo no hace nacer obligaciones*” (“*nuda pacta non obligationem parit*”), es prueba cabal de esta verdad.

Sin embargo, no faltan autores que afirman lo contrario, sobre la base del célebre pasaje de Gayo (*Institutas III, 88*)⁹, referido a las clases de fuentes “*contractus-delictum*”; o aquel otro, no menos célebre, relativo a las clases de acciones (*Institutas IV, 2*), para quienes la noción de contrato ya existía desde los tiempos más remotos, tal como fue definida luego por el derecho clásico, identificada con “*todo modo voluntario de contrainimiento ilícito de obligaciones*”¹⁰.

En oposición a este tesis, hubieron otros romanistas de no menor talla, que negaron el hecho de que los romanos hayan elaborado un concepto genérico y abstracto de contrato, una idea “*a priori*”; sino que se habrían limitado al reconocimiento específico de tipos contractuales, hacienda honor al casuismo romano. Sin embargo, también éstos, también hallaron la génesis del contrato a los tiempos arcaicos.

No obstante lo dicho, cada vez resulta más razonable, aceptar que la idea de contrato nació durante el llamado “*siglo de Augusto*” (Pierre Grimal: 1972) y, quizás, bajo la inspiración del dios Apolo, símbolo de equilibrio y armonía (*synállagma*), que tanto cautivó a este príncipe; consolidándose en los tres primeros siglos de nuestra era

⁹ “*Omnis obligation uel ex contractus nascitur uel ex delicto*” (todas las obligaciones o nacen del contrato o nacen del delito)

¹⁰ Que explica, aunque no justifica, la tradicional clasificación bipartita de la responsabilidad, en contractual y extracontractual, seguida por los tratadistas franceses, y que fuera desechada por Vélez en su obra codificatoria.

mediante el influjo de la cosmovisión Cristiana¹¹ a través de la escuela de Beryto, llamada por el propio Justiniano, “*la conservadora de las leyes*”.

2.- “*Lo que los griegos llaman synállagma*”.

Conforme un célebre pasaje del Digesto (D. 50. 16.19), que debemos a uno de los más grandes jurisconsultos romanos y mayormente citados en dicho Cuerpo, Domicio Ulpiano, habría sido Labeón, quien por vez primera explicó la idea de contrato.

En dicho pasaje, Labeón dirá a la posteridad la primera definición técnico-jurídica de contrato, según la cual, “...por “*contractum*” (*contrato*) debe comprenderse a aquel modo de operar en el Derecho, distinto del “*actum*” (*acto*) y diferente de la “*gestum*” (*gestión*), que significa “*la obligación de una parte y de la otra parte*” (“*ultra citroque obligationem*”), y, seguidamente, agrega, “*lo que los Griegos llaman Synnállagma...*” (“*Quod Greaci Synállagma vocant*”).

Sin embargo, esta definición supone, pero no explica al *synállagma*. Para comprenderlo, deberá pasar más de un siglo, cuando el gran maestro del derecho, Gayo¹², en su obra “*Institutas*”¹³, al referirse al particular modo de contraimiento voluntario de obligaciones, que denomina “*solo consensus*”, dirá que “...en el contrato (“*contractus*”) ... las partes se obligan reciprocamente, la una respecto de la otra (“*alter alteri*”), a tener que realizar la prestación conforme a lo bueno y equitativo...” (“*ex bono et aequod*”).

¹¹ Supiot, A, como veremos más adelante, halla en el cristianismo el auge y desarrollo del llamado “*consensualismo*” (*rictus: voluntarismo*) contractual. En igual sentido, en nuestro país, E. Elguera.

¹² *Gaius*, iurisprudente del S.II, bajo el imperio de Adriano.

¹³ Gayo, *Institutas*, III, 137.-

Así, la formula “*ex bono et aequo*”, vino a completar la idea de contrato, otorgándole una “*ratio*”, una medida, un criterio de interpretación y valoración, resultando insoslayable para la correcta comprensión de lo ...*que los griegos llaman synállagma (“quod Graeci synállagma vocant”)*.

En qué consiste, entonces, dicha “*ratio*”. Nos explicamos.

La mencionada formula synallagmática “*ex bono et aequo*” remite al necesario equilibrio prestacional, que es medida, razón y fundamento de validez del contrato. Sin el *synállagma*, el contrato no alcanza existencia válida como instrumento útil a la satisfacción de las necesidades lícitas del Hombre, al que está destino como el Derecho todo¹⁴; ni a la autocomposición privada de los eventuales conflictos.

Así, si la “*naturaleza*” (“*naturalis*”) del contrato es el “*acuerdo*” (*el trato mutuo voluntario de Aristóteles o “mutualismo”*), sumado a la “*reciprocidad prestacional*” (*la alteridad de Gayo y de Laeón*); su razón o medida de valiez no será otra que el “*synállagma*” (*en el sentido de “simetría”; “proporcionalidad”; “equidistancia”, “equilibrio” y “equidad”*) prestacional.

Todo lo cual, nos recuerda a la “*Justicia Corrective*” con que Aristóteles¹⁵ explicó el punto “*medio-equidistante*” que todo “trato-mutuo-recíproco” debe de cumplir, para que pueda ser considerado justo, equilibrado y duradero.

Será, pues el célebre filósofo de la Academia quien, en su conocida “*Etica*”, al tiempo que reflexiona sobre las virtudes correctivas de la ley de Justicia, define al *synállagma* como un especial ámbito de realidad en la que todo es relación de “*trato-mutuo-voluntario*”, del cual nacen compromisos (*obligaciones*) recíprocos; que se contrapone a otro modo de relación, signado por el “*trato-mutuo-involuntario*”, del

¹⁴ “*Hominun causa omne ius constitutum est*” (D. 1.5.2), esto es: “*Todo derecho es constituido por causa de los hombres*”

¹⁵ Aristóteles en “*Etica a Nicómaco*”, op cit. 63.

que, también nacerán obligaciones aunque no consensuadas; y, por añadidura, a otras formas o modos unilaterales de obligarse. De modo que, en el primer caso, hallamos al contrato, mientras que el segundo, al delito¹⁶.

In suma, el *synállagma* griego exige “*mutualismo*” y “*alteridad*”, como condiciones esenciales y determinantes de la relación contractual, su “*naturalis*”. Sin embargo dichos caracteres constitutivos o elementos estructurales, no serán la medida (“*ratio*”) de su validez, par alo cual se exigirá, que el “*mutualismo recíproco*”, además, sea “*iusto*”, esto es, ajustado a una “*relación de equilibrio*”.

De este modo, la “*naturalis-ratio*” del contrato, esto es, su “*esencia*” y su “*medida*”, queda plenamente configurada.

A fin de hallar una respuesta al dilema sobre el correcto juego entre la “*verba*” (*palabra; declaración; expresión*) y la “*voluntas*” (*voluntad; intención; ánimo*) y su relación con la estructura elemental del contrato, en en una parte del Digesto, Ulpiano, realiza una sistemática exposición de las distintas opiniones de diversos jurisconsultos del período clásico, como Celso, con su célebre cita sobre la fuerza y potestad de las palabras; o Pedio, para quien todo contrato conlleva una convención implícita por sobre las palabras empleadas; o Gayo y sus clasificaciones; o Paulo y sus definiciones de “*conventium*”, “*pactum*” y “*pacta sunt servanda*”; entre los más destacados.

Del análisis de las citas, se concluye, que al menos desde el siglo I de nuestra era, la “*verba*” habría comenzado a ceder ante la fuerza inminente de la “*voluntas*”, en función de una “*causalidad material*”, práctica y concreta, de índole prestacional y en directa relación con la intención de las partes, cuyo cumplimiento por una de las partes del contrato, comenzaba a ganar terreno, como condición determinante de

¹⁶ La reminiscencia a la clasificación gayana de Institutas III. 88 resulta ineludible.

obligaciones válidas, que comenzaba a erigirse por sobre la antigua “*causalidad formal*” del rito.

Esta última conjetura, que halla fundamento en la opinión de Aristón¹⁷, ubica el origen del contrato en la idea, según la cual, la auténtica causa jurídica de toda prestación, no es otra, que la contraprestación a cambio¹⁸. En esta línea del pensar, el maestro romanista y beato Contardo Ferrini (1928), dice al respecto que “...*contrati innominate, ossia contratti synallagmatici, i quali si perfezionano quando una delle parti ha fatto la propria prestazione, tali contratti in paso notissimo...*”¹⁹

Podrá advertirse que, a partir de un determinado momento de imposible precisión, la idea de contrato fue “*desacralizada*”, quedando el rito reducido, en el mejor de los casos, a mera formalidad o modo de expresión de la voluntad y medio probatorio; adquiriendo un sentido profano y práctico, aunque signado, cada vez más, por la idea de “*equilibrio prestacional*” o “*synállagma*”. A partir de entonces, lo que realmente importará, será el logro efectivo y el mantenimiento de una relación prestacional equilibrada entre las partes contratantes.

Como todo proceso histórico-cultural, no puede precisarse un momento exacto, sin perjuicio de lo cual, ante la necesidad de brindar alguna referencia temporal, el año 472 resulta adecuado, cuando por una constitución del emperador León, se autorizó el uso indistinto de cualquier palabra, de modo que, a partir de entonces, fue posible la contratación válida mediante cualquier forma verbal. A partir de allí, pacto²⁰ y

¹⁷ Jurisconsulto sabiniano del S. I, consejero de Trajano, quien ubica el origen del contrato en el reconocimiento de las convenciones llamadas “*innominadas*”, carentes de acción civil específica.

¹⁸ Nos referimos al surgimiento de lo que muchos siglos después, los Glosadores designarán como “*contratos innominados*”.

¹⁹ Ferrini, C. (1908) op cit.

²⁰ El vocablo pacto, “*pactum*”, deviene de la raíz latina “*pax*”. Como siempre la etimología de un término dice mucho de su sentido originario, muchas veces perdido por el tiempo. Asimismo, permite advertir una antigüedad mayor del vocablo “pacto” en relación a “contrato”, y un uso del mismo para significar el armisticio, la tregua, por las que se lograba la paz al poner fin al caos de la guerra. En cierta medida, el contrato también alude a una especie de concordia, de tregua individual, privada en vez de pública, capaz de hacer la paz entre los hombres y asegurar el orden entre estos.

contrato quedaron confundidos, siendo identificados con la idea de acuerdo de voluntad o consentimiento²¹ tendiente a producir obligaciones.

Todo ello, fue sintetizado por el jurista de Beryto, Teófilo²², quien en su “*Paráfrasis de las Institutas*”, definió al contrato en relación de sinonimia con el *synállagma*, como la “*convención y el consentimiento de dos o más sobre lo mismo, de manera que se constituya una obligación, y uno se halle obligado respecto del otro*”²³ La falta de mención al *synállagma* no debe llevarnos al error de pensar que dicho criterio de validez no estuviera vigente hacia el S.VI; por el contrario, creemos que su vigor era tal, y tan profundo había calado en la consciencia jurídica de los romanos, que su expresa mención resultaba innecesaria. A igual sentido, llegamos mediante la observación sistemática del “*Corpus Justiniano*”, en cuyos pasajes, son abundantes los fragmentos referidos al necesario equilibrio prestacional como condición de validez del negocio, como de toda relación jurídica en general.

Fue Vélez, insigne romanista, quien en su Código Civil²⁴ (1871) recogió esta idea romana de contrato en su nota al pie al artículo 1137, de igual modo que los tratadistas franceses y el código Napoleón (1804) y, más tarde Savigny y el Código Alemán (1900).

In suma, a partir del siglo I, el mero acuerdo o consentimiento obligará, civil y válidamente, debiendo ser observado o servido por ambas partes (“*pacta sunt*

²¹ Resulta interesante el aspecto semántico del término “consentimiento”. Su sentido etimológico alude expresamente a “*la coincidencia de dos o más, en un mismo lugar*” que, más tarde, fue utilizado como símbolo del acuerdo o unión de voluntades.

²² Conformó la Comisión de expertos en derecho que elaboró el “Corpus”, junto con Doroteo y Triboniano.

²³ “*Contractus (Synállagma) autem est duorum vel etiam plurium in ídem conventium et consensus ad constituendam obligationem et ut alter alteri fiat obnoxius*”.

²⁴ Obra jurídica monumental y, al mismo tiempo, el mejor tratado de derecho romano escrito por pluma nacional.

servanda”), pero, sí y solo sí, en la medida que haya sido causa de una relación jurídica signada por el *synállagma* griego, esto es, en la medida de su equilibrio prestacional.

Por los argumentos expuestos, podemos aseverar (apartándonos de la opinión mayoritaria que identifica al contrato con “*todo modo voluntario y lícito de con-traimiento de obligaciones*”), que la idea primordial de contrato surgió en Roma para designar un modo especial de “trato voluntario mutuo y recíproco, bueno y equitativo”, de engendrar obligaciones. Dicho de otro modo: todo acuerdo útil (“bono”) y equilibrado (“aequo”) para ambas partes de la relación.

Esto es, lo que los Griegos llaman *Synállagma*.

3.- El contrato del modelo liberal y el principio de autonomía de la voluntad.

Para comprender el devenir de la idea primigenia de contrato que hemos expuesto, hacia su modelo liberal, debemos, previamente, ser conscientes de que estamos ante una nueva etapa de la historia cultural de Occidente: la modernidad.

A saber, una nueva cosmovisión del Hombre y de la vida, que implicó un nuevo orden signado por un especial modo de pensar (*racionalismo*), de actuar (*liberalismo*) y de valorar el mundo (*individualismo*). En síntesis, una nueva moral, marcada por las inquietudes, intereses, temores, anhelos y necesidades del nuevo sector social dominante: la incipiente pero pujante burguesía²⁵.

²⁵ Clase comerciante emergente en los burgos de Europa, a partir del siglo XVI.

Conforme uno de los máximos exponentes de esta nueva moral²⁶, antropocéntrica por definición, el concepto clásico-tradicional de “*persona*”²⁷, antiguo y en decadencia, signado durante siglos por la idea de “*investidura externa*” al sujeto, eventual, contingente y, por sobre todo, abstracta y ficcional; había dado paso, a una idea concreta y real, necesaria e interior, referida a todo hombre de “*carne y hueso*” que, dotado de razón, tenga la capacidad de actuar en el mundo a través de su libre voluntad. El “*Ser*” moderno es, ante todo, un “*Ser*” libre.

Dicho de otro modo, según esta cosmovisión, el hombre “*es*” en la medida de su voluntad libre. Cumplido con éste presupuesto, el “*ser-persona*” podrá “*actuar*”, modificando la realidad con entidad suficiente para ser reconocida por la autoridad y la ley.

Así, por caso, podrá “*tomar posesión*” conforme su libre voluntad, de las cosas que lo inquieten o que necesite, para luego, eventualmente, mantenerse en dicho estado “*apropiándose*” de estas, esto es, atribuyéndole un “*sentido de pertenencia*” a dicha relación, marcada, ahora, por la continuidad y la indeterminación temporal²⁸ del tracto. He aquí, el origen de la “*propiedad*”; primer señorío jurídico reconocido por la autoridad de las leyes.

Dentro del campo de acción delimitado por la “*propiedad*”, ya institucionalizada o legalizada, toda persona podrá hacer uso de las cosas de su pertenencia, conforme su “*libre voluntad de ejercicio*”. Y, dentro de esa dimensión permisiva del obrar podrá, asimismo, satisfacer sus intereses lícitos mediante la figura del contrato.

La libertad, que todo opaca con su brillo hasta el culmen de la ceguera, se expresa en relación al contrato, bajo la libertad de contratar y de descontratar sin limitaciones

²⁶ G.F Hegel (1968) op cit.

²⁷ Propia del derecho romano e identificada con la “*máscara*” o investidura jurídica, eventual y variable, de un individuo (*Homo*). La persona era, en efecto, la dimensión jurídica del hombre, como Ser jurídico.

²⁸ Es decir, hasta que un tercero lo despoje, o él mismo la renuncie o abandone.

de ninguna índole, inclusive, sin ingerencias de orden legal fundadas en algún interés supra-individual.

Así, en efecto, si el dominio fue la primera manifestación jurídica de “*ser*” libre, el contrato vino a secundarla. En éste sentido, se ha afirmado que existe una relación lógico-causal entre el reconocimiento legal del dominio, como señorío, y el reconocimiento del contrato²⁹, como tal.

Según Hegel (1968)³⁰, a la primaria y elemental relación de propiedad a través de la “*toma de posesión*” y la “*apropiación corporal*” consiguiente, que dió lugar a una relación jurídicamente reconocida aunque limitada por un “*corpore corpori*”³¹ o “*relación directa e inmediata con la cosa*”, un “*aquí y ahora*”; siguió una relación de propiedad más compleja y, al mismo tiempo, más amplia, denominada “*elaboración*”, que implicó la asimilación de la apropiación del fruto o producto de la fuerza de trabajo, por la propiedad reconocida sobre las cosas operadas (*la propiedad sobre el fruto del cultivo de la propia tierra; sobre el producto final del tallado de la propia madera; sobre el sachinado elaborado con elementos del propio puerco, etc*)³².

Sin embargo, esta relación de “*posesión-elaboración-apropiación*” no debe ser comprendida con los valores actuales, sino por contrario, como un proceso colectivo, impersonal y a largo plazo, que derivó en una primigenia idea de propiedad, familiar y de uso o aprovechamiento colectivo; en la que el jefe de familia (“*pater*”), jamás se

²⁹ Carnelutti F.; op. cit; pág. 44. Dice: “...el hecho de convertirse en jurídico el contrato no es más que un desenvolvimiento lógico de haberse convertido en jurídico el dominio”.

³⁰ Hegel G. F. (1968); op. cit.

³¹ Expresión utilizada por los Glosadores en el estudio de la relación causal de la figura del “*dannum iniuria datum*”, previsto por la Lex Aquilia.

³² Nos permitimos disentir con este ilustre pensador, quien, no por grande, logró librarse del influjo de la cosmovisión propia de su época. Cuando leemos a Hegel, se oye el eco ensordecedor del individualismo racionalista y liberal del modernismo, su tiempo. Pensamos, no dejando de ser ello una mera conjetura, que en la sociedad primitiva como arcaica, munida de la sabiduría de la Tradición (*sophia-perennis*), marcada por la trascendencia y el colectivismo, la idea de una propiedad gestada de una relación individual de pertenencia con la cosa, resulta, en el mejor de los casos, anacrónica. Así, la relación hegeliana entre libre voluntad puesta sobre la cosa y su propiedad, resulta correcta y adecuada, frente a la modernidad.

sintió (*aunque lo fuera*) dueño o señor de los bienes de la familia, sino su diligente y prudente mandatario, conforme el criterio de un “*buen padre de familia*”.

Porque como hemos dicho en otro lado³³

“...La diferencia radica en que, para los romanos, el poder es la situación resultante de un rito, de un pase de magia ancestral; algo así, como un estado objetivo de conocimiento, en donde el verdadero “hacedor” son los dioses familiares, y el “autor” del rito, tan sólo un mero instrumento (médium) de comunicación con aquellos. Por el contrario, la idea moderna de “poder”, atribuye éste a la capacidad de la voluntad u otras virtudes del sujeto, siendo esta una visión individualista/voluntarista acerca del poder. Para los romanos, el poder es algo objetivo, un estado (status) no dependiente del sujeto, sino que le es dado (derivado); constituyendo un estado óptimo de energía ritual activada mediante el rito; de fuerza benefactora; ininteligible pero sensible y real; de la que goza -aunque lo trascienda- por caso, el jefe de la familia (pater familias) en el ejercicio de su “potestas” dentro de la familia, o el mismo magistrado mayor, durante el ejercicio de su “imperium” en la República. Así, para la cosmovisión antigua, el poder configurará más que un beneficio para su actor, un deber supremo impuesto por el orden de la Tradición, cuya finalidad fundante, será el servicio al grupo o a la comunidad, según el grado o nivel de la estructura social en que se ejerza...”

Mientras la tensión entre “*propietarios*” y “*trabajadores*” se mantuvo, en mayor o mejor medida, bajo control, el nivel de de conflictividad siguió misma suerte. Pero en cuanto el relativo equilibrio se rompió, merced al proceso de acumulación originaria del capital latifundista (*Antigüedad*) y, más tarde (*Renacimiento*), con el surgimiento de la pujante clase burguesa en torno a los grandes centros comerciales urbanos

³³ Medina, G. (2020); op. cit.

(*Florenxia; Flandes; Venecia; etc*); la *cuestión social* comenzó a adquirir dimensiones notables, dando lugar a la estructuración de dos estamentos bien diferenciados³⁴: *el capital y el asalariado*. A su turno, la llamada revolución industrial (*Manchester; París; etc*) vino -entre otras cosas- a radicalizar dicha estratificación.

Va de suyo decir, el cambio no operó de un día para otro. Como toda transformación cultural fue impersonal, trans-generaciona y a largo plazo.

Siglos de esclavitud todavía vigente, habían mellado con suma eficacia no solo la idiosincracia de los pueblos sino también su consciencia jurídica. Ello trajo aparejado, como primera consecuencia, una regulación de la apropiación de la fuerza de trabajo ajeno, entre hombres libres (*auque, claro está, no necesariamente iguales*), a imagen y semejanza de los modos contractuales aplicables al trabajo del esclavo ajeno, regido bajo la lógica de la apropiación de las cosas.

La consecuencia de orden jurídico será nefasta: la consagración de un modo contractual "*cosificador*" de la persona que trabaja, que tipificó a la apropiación de la fuerza ajena del modelo liberal en su tiempo de vigencia, durante el cual, el negocio fue interpretado, ya bien como compra-venta de la fuerza ajena ("*emptio venditio*"), ya bien como arrendamiento o locación ("*location conduction personarum*") de esta; pero siempre, desde una vision netamente mercantilista e inmanentista.

Analogía muy bien explicada por Supiot A. (2008) al decir que:

"...cuando, a pesar de todo, sucede que un hombre libre trabaja al servicio de otro (...) el derecho romano razona por analogía con la esclavitud: se dirá que este hombre se loca a sí mismo ("locat se"), tal como arrendaría a su esclavo ("locat servum"), si tuviera uno. Allí se encuentra el antecedente de la "location

³⁴ La llamada lucha entre patricios y plebeyos es uno de los primeros ejemplos de la "*cuestión social*" provocada por aquel proceso de acumulación originaria del capital, que será sucedida por muchas otras que, más allá de sus particularidades, respondieron a una misma causa. Otro artículo del mismo autor, "*La fuente de derecho ante el hecho social*", desarrolla *in extenso* la temática.

operarum”, del arrendamiento de servicios (antecesor del contrato de trabajo) que, hasta la aparición del Código Civil, fue considerado por los juristas como un arrendamiento de cosas”³⁵

Asimismo, en otra de sus obras³⁶, explicará la causa de la escalada galopante que el “*consensualismo*” comenzaba a exhibir desde finales del siglo XVII. Para así decir, el pensador Francés, rescata la medioeval idea “*Imago Dei*” (*Imagen de Dios*) trabajada, siglos atrás, por la Patrística de los Santos Ambrosio, Jerónimo y Crisóstomo. Así, habiendo sido creado, el Hombre, a “*imagen y semejanza*” de Dios, puesto en la Tierra bajo el mandato de dominarla, e invitado a la tarea de nombrar las cosas y seres destinados a habitarla³⁷, se sintió libre de crear las reglas bajo las cuales ejercer su dominación. “*Nombres*” que, por castigo o por designio, fueron olvidados, poco a poco, al igual que el “*Nombre*” entre los nombres³⁸. El desvelo del Kabalista lo prueba con solvencia.³⁹

De este modo, habiendo sido creado el hombre a imagen de su Creador, quien no solo lo hizo libre (“*libre albedrío*”) excluyéndolo de un determinismo fatalista, sino que lo invitó a participar de la creación, nominando las cosas y demás seres que, asimismo, colocó bajo su exclusivo dominio; creyóse, “*probre criatura*”, capaz de establecer leyes sin otro fundamento de autoridad más que el suyo propio.

El Derecho había sufrido un marcado proceso de “*secularización*” que, en rigor, se trató de la “*desacralización*” de los usos y costumbres. Dentro de dicho proceso, el Derecho irá perdiendo su contenido divino y su sentido trascendente, profanándose, lenta pero inexorablemente, de igual modo, como se avinagra un vino bueno.

³⁵ Supiot, A. (2008) op cit; 15.

³⁶ Supiot, A. (2012) op cit; 67.

³⁷ Conforme el primer libro de la Biblia, Génesis.

³⁸ El verdadero nombre de Dios.

³⁹ R. Guenón, desarrolla esta idea en su obra “*La palabra perdida*”; op. cit. En igual sentido, J.L. Borges, en su poema “*El Golem*”.

He aquí el origen, metafísico y transcendental, del llamado principio de “*autonomía de la voluntad*”; desarrollado más tarde, por el racionalismo formal kantiano; el racionalismo realista Hegeliano; el racionalismo naturalista de Puffendorf, el iluminismo francés de Domat, Pothier y Duranton; el individualismo de Vélez, entre otros.

Esta génesis filosófica del fenómeno “*contractualista*”, fue acompañada de otras razones de orden “*práctico-funcional*” al nuevo sistema de producción, industrializado y a gran escala, que hizo necesario las declaraciones francesas del año 1791: El principio de “*libertad de contratar*” (*Decreto de “Allarde”*)⁴⁰ y “*la desintegración de las cofradías y corporaciones de artes y oficios*” (*Ley de Chapelier*)⁴¹. Aunque, en rigor, expresándolo sin ambages, podríamos decir que existió una única razón de orden político: La consolidación de una “*matriz contractualista*” sobre la cual debía de estructurarse una sociedad “*individualista liberal*”, que garatice el pleno desarrollo del nuevo modo generalizado de aprovechamiento de la fuerza de trabajo ajena: el trabajo asalariado.

Sin embargo, no tardaron mucho tiempo, aquellos hombres “*libres e iguales*”, en conscientizar que, con la desaparición de los rituales y sus cofradías, habían perdido algo muy valioso, siendo arrojados al mismo mundo de siempre, pero, ahora, sin el sosten de los vínculos colectivos de antaño, ni el amparo de sus estatutos.

Será, asimismo, Supiot A., quien retomando el antiguo aforismo latino “*pacta sunt servanda*”, atribuido a *Paulus*, explicará el proceso de compensación del equilibrio perdido con la desaparición de los rituales. Así, siguiendo al autor, la “*fides*” (*confianza; buena fe; falta de malicia; respeto a la palabra empeñada*) será el vehículo

⁴⁰ Que dispuso que “...*toda persona será libre de realizar tal negocio o de ejercer tal profesión, arte u oficio que le parezca bien*”,

⁴¹ Que dispuso “...*el aniquilamiento de todos los tipos de corporaciones de ciudadanos del mismo oficio o profesión*...”

por el cual el *synállagma* intentará recobrar la fuerza y protagonismo perdidos, en el nuevo escenario jurídico⁴².

Así, la regla moral, según cual, la palabra empeñada debe ser honrada con la lealtad de un buen siervo a su amo, convertida -ahora- en valor jurídico (*principio de buena fe*), será la “*ratio*” o medida que brindará la seguridad jurídica ofrecida, otrora, por el rito. A partir de entonces, la voluntad (“*voluntas*”), ya bilateral (acuerdo), ya unilateral, pasará a ser la fuente jurígena por excelencia; la mayor garantía para la plena realización del “*libre alvedrío*”⁴³.

Esta nueva matriz jurígena, tendrá anclaje en el contrato, como modo de regulación por excelencia entre individuos “*libres e iguales*”.

El contrato será, merced a esta nueva cosmovisión, la “*ley más justa*”, la “*regla más noble*”, la “*forma natural y racional de autocomposición de interes*”; tanto así, que “*quien diga contrato, dirá justo*”. Pero, no obstante todo ello, la regla establecida por la voluntad libre en acuerdo de partes mostrará, prontamente, sus deficiencias como modo de regulación de una sociedad signada, históricamente, por relaciones de dominación, explotación y aprovechamiento; con un fundamento estrictamente económico, es decir, utilitario y orientado -unidireccionalmente- hacia un mismo objetivo: la producción de bienes y servicios tendientes a la exclusiva satisfacción de necesidades materiales del hombre⁴⁴.

He aquí, a cara lavada, el “*mito del progreso*”; punta de sable del cientificismo moderno. La creencia, según la cual, el proceso signado por la ciencia positiva, la tecnología, la dominación de la naturaleza, la satisfacción óptima de necesidades materiales, el confort, sería el camino recto que llevara, inevitablemente y como verdad

⁴² Intento que, lamentablemente, quedará en tentativa.

⁴³ En rigor de verdad, entre el concepto de “*libre alvedrío*” y “*libertad jurídica*” existe un abismo. Sin embargo se ha recurrido a la pseudo analogía con fines exclusivamente retóricos.

⁴⁴ Conf. Carnelutti, F (2008); op. cit.

incontrastable, a la realización más plena del destino de los hombres, es decir, a su felicidad. Lamentablemente, este mito no tenía nada de realidad⁴⁵.

Como bien observa Castel R. (1995):

“...La metamorfosis que tuvo lugar a fines del siglo XVIII puede interpretarse a partir del encuentro entre estas dos formas de individualización. El individualismo "positivo" se impuso tratando de recomponer el conjunto de la sociedad sobre una base contractual. Mediante la imposición de esta matriz contractual se pedirá o exigirá que los individuos carecientes actúen como individuos autónomos. ¿Qué es, en efecto, un contrato? "El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan con una o varias otras a dar, a hacer o no hacer algo. Es un acuerdo voluntario entre seres "independientes y autónomos", como dice Louis Dumont, que en principio pueden disponer libremente de sus bienes y sus personas. Estas prerrogativas positivas del individualismo también se aplicarán a individuos que, en cuanto a la libertad, conocen sobre todo la falta de vínculos, y de la autonomía, la ausencia de sostén. En la estructura del contrato no hay en efecto ninguna referencia a cualquier colectivo, salvo el que constituyen los contratantes entre sí. Tampoco hay ninguna referencia a protecciones, salvo las garantías jurídicas que aseguran la libertad y la legalidad de los contratos”⁴⁶.

En este orden del pensar, afirma Carnelutti F. (2007), siguiendo a Hobes, que el hombre, que es lobo del hombre (“*homo homini lupus*”) no logró escapar al proceso de vértigo de una libertad integrada solo por valores de primer grado, elementales, apegados a las necesidades de la “*carne*” y a la inmanencia de las cosas; por lo que, rápidamente, aquella “*Libertad*” proclamada como cabeza del “*trivium*” revolucionario

⁴⁵ Elíade Mircea, es quien en “*Mito y realidad*” (op cit) expone que, en rigor, la mitología cuenta con un fundamento anclado en la realidad, puesto que consiste en los misterios de la real condición humana, expresados en lenguaje simbólico.

⁴⁶ Castel R. op cit.

(“*Libertad, igualdad, fraternidad*”), mostró su marcada tendencia al abuso de poder, a la explotación del débil por el fuerte, al ejercicio irregular de los derechos, a los excesos de la posición dominante...a la indiferencia del otro⁴⁷.

Ante dicho escenario, el sometimiento del sector social vulnerable y subordinado, el asalariado (*la nueva clase o estamento social constituido por una masa que ya ni siquiera gozada de la protección estatutaria de las cofradías medioevales cuando todavía dominaban la formas artesanales de producción*)⁴⁸, generó la tensión social propicia para el surgimiento de la llamada “*cuestión social*” como fiel expresión de la incipiente clase asalariada que, retornando a la organización colectiva como peregrino a los brazos de su “*mater tellus*”, se levantó contra los exabruptos del capitalismo en su nueva fase de industrialización.

En nuestro país, el maestro de la “*Escuela Platense de Derecho Social*”⁴⁹, Juan Ramírez Gronda (1945) expresó, con supina claridad, esta idea:

“... Ya había dicho, Josehp Callaux, en frase que nos complace citar con frecuencia, refiriéndose al liberalism ortodoxo: “...Ocurrió todavía (después del triunfo de la Revolución) que discutiendo con el patrón, el obrero ya libre, absolutamente libre, no fué en realidad, sino dueño de optar entre la miseria y las condiciones de trabajo que al amo del dinero le placiese fijar”⁵⁰

Más allá de la buena voluntad de los revolucionarios franceses, lo cierto, fue que el cambio derivó en el fenómeno de “*pauperismo*”, entendido, como la nueva pobreza

⁴⁷ El “*organismo*” de Fouillée y, más tarde, el “*solidarismo*” de Duprat, son claros ejemplos del pensamiento crítico que reaccionó contra el individualismo nihilista modernista, de fines del siglo XIX, al que contrapuso, la existencia de valores espirituales de signo inverso, arraigados en la profundidad del instinto gregario, como la solidaridad y la colaboración entre los seres humanos.

⁴⁸ Chevalier, L. op cit, pág. 255.

⁴⁹ Fundada en el ámbito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, en la primera mitad del siglo XX por Leónidas Anastasi y Alejandro Unsain, continuada por Mario Deveali y Juan Ramirez Gronda, y consolidada por Ricardo Cornaglia, Angel Gatti y Moisés Meik. Bajo la inspiración, admiración y guía de los últimos, nació la idea de esta obra colectiva.

⁵⁰ J. Ramirez Gronda, en “*Derecho del Trabajo*”, pág. 26; y en “*El contrato de Trabajo*”, pág. 165.

-moral y material- a que se había sumido la sociedad toda (con algunas excepciones), convertida –ahora- en “*individualismo de masas*”⁵¹.

Castel R. reflexiona sobre el inocultable “*pauperismo*”⁵² que el liberalismo económico había producido a mediados del siglo XIX en Francia, del siguiente modo:

*“...Dejando de lado las "exageraciones", no hay duda de que cientos de miles de hombres, mujeres y niños, trabajaban hasta catorce o dieciséis horas por día, durante su corta vida, en las primeras concentraciones industriales, a cambio de salarios de miseria, totalmente librados al arbitrio patronal, reducidos a la condición de máquinas para producir ganancia, y rechazados en cuanto dejaban de servir...”*⁵³.

Así, bajo esta coyuntura histórica convulsionada y fruto de un “*nuevo pacto social*” firmado con “*sangre obrera*”, surgió el “*nuevo paradigma negocial*” regido por un nuevo derecho: el contrato del modelo social.

A continuación, analizaremos sus caracteres típicos y diferenciales.

4.- El contrato del modelo social y el proceso de integración fontal.

Se afirma, con acierto, que el Derecho es un producto de la Historia, lo cual equivale a decir, que es el resultado de la evolución cultural de los pueblos. Los

⁵¹ Expresión con la que se designó al conglomerado de individuos, libres, independientes y autónomos, pero sin protección estatutaria alguna ni sentido de pertenencia, propios de los antiguos colectivos de trabajadores que, desde el medioevo, poblaban Europa.

⁵² Término con el cual se designa a la “*nueva pobreza*” de la Europa post-industrial.

⁵³ Castel R (1995); op cit.

romanos, que bien sabían de estas cuestiones, lo expresaron en un célebre aforismo “*ubi societas, ibi ius*” (“*donde hay sociedad, hay derecho*”).

En este orden de ideas, el Derecho es, por añadidura, un fenómeno esencialmente colectivo, en tanto que es conducta intersubjetiva reglada, sin lo cual, no hay orden ni paz, que son condiciones indispensables para la constitución estable y continua de cualquier sociedad.

Desde esta perspectiva, si se quiere histórica, el método más adecuado para el análisis del fenómeno jurídico como el que nos ocupa (*el contrato, su esencia y su medida*), estará determinado por la naturaleza histórico-socialógica de su objeto.

Ante la desesperante situación de miseria social que hemos descrito, la doctrina autoral no tardó en hacerse oír.

Otro exponente de la “*Escuela Platense*”, Cornaglia R. (2004), expresa con meridiana claridad, los dos principios determinantes y tipificantes del “*nuevo modelo contractual*”, al afirmar:

“...Observado históricamente el derecho del trabajo comenzó a estructurarse a partir de las teorizaciones sobre el principio de indemnidad del trabajador (mediante la doctrina del riesgo profesional puesta a prueba en los juicios por accidentes de trabajo). Su segundo paso trascendental lo dio con la afirmación del principio de estabilidad, que a su vez, encontraría su campo de prueba y experimentación en los juicios por despido. Ambos principios generales del derecho del trabajo (indemnidad y estabilidad del trabajador), sentaron las bases de la construcción jurídica del contrato más importante de la modernidad, en el que se basaría la economía capitalista...”⁵⁴

⁵⁴ Cornaglia R. op cit. pág.9.-

Las reflexiones de Cornaglia R., revelan la esencia misma del contrato del modelo social, a partir de su máximo exponente (*no el único*): el contrato de trabajo; cuyo norte será, motivado por los exabruptos del período anterior (*pauperismo; descolarización y mortalidad infantil, incremento de las enfermedades y accidentes del trabajo, miseria, marginalidad, etc*), la protección legal del estamento social más homogéneo y amplio de la historia: el asalariado; víctima de los males del capitalismo industrial⁵⁵.

Así, el fin tuitivo que caracterizará al “nuevo contrato del modelo social”⁵⁶, estará signado por aquellos dos caracteres diferenciales: la “indemnidad” del empleado y la “estabilidad” del empleo; existiendo entre ambas notas una conexión inescindible, una relación “*medio-fin*”, en la que la “estabilidad” es la regla instrumental de derecho por la que se realiza el principio de “indemnidad”⁵⁷. No la única, cierto, pero de suma importancia. Acaso no hay mayor desamparo, desprotección y afectación perniciosa - material y moral- que la convalidación legal de un ilícito dañoso como el despido sin causa? Acaso, no se viola el principio de indemnidad y la garantía de seguridad contractual que en éste se funda?

Sin embargo, en cuanto observamos dichos “*caracteres diferenciales*” en profundidad, advertimos, a lo lejos, la silueta del *synállagma*.

⁵⁵ Todavía resuena, manatial de júbilo y esperanza, aquella primavera del derecho social (década, del 2004 al 2014) de la que nació, como flor sempiterna de la historia judicial nacional, el célebre considerando 10º del recordado fallo “Vizzoti c/ Amsa SA” (21/09/2004) de la Corte de Justicia de la Nación, que dejó establecido para la posteridad, que el artículo 14 bis de la constitución Nacional, tiene y tendrá, un solo destinatario último: los trabajadores asalariados, como “*sujetos de preferente tutela constitucional*” que son y serán.

⁵⁶ Y decimos “*contrato del modelo social*”, sin limitarnos a su máximo exponente, el contrato de trabajo, puesto que la “*cuestión social*” ha condicionado, como fenómeno histórico-cultural, a la teoría general del contrato, que tuvo por consecuencia, la intervención legal del contrato en general, sin restricciones ni exclusivismos de ninguna índole. Cabe señalar, por casos, al contrato “*de consumo*” y al contrato de adhesión que, junto al contrato de trabajo, configuran la “*triada social del intervencionismo legal*” como mecanismo eficaz de protección de la parte hiposuficiente de dichos contratos (*consumidor; deudor bancario; trabajador*)

⁵⁷ Por el que, a su vez, se realiza el supremo valor de la dignidad.

Porque, en rigor, la posibilidad de una relación de trabajo “estable” y “segura”, que se prolongue tanto como la vida útil del trabajador, durante cuyo lapso, el resarcimiento del daño padecido esté asegurado mediante una “*garantía de seguridad*” (que es obligación contractual de resultado), halla asidero común, en aquel principio general llamado *synállagma*⁵⁸.

Así, mientras Cornaglia R. fue el infatigable defensor del principio de “Indemnidad”, por su parte, la regla instrumental de “Estabilidad” contó con la asérrima defensa de otro fiel exponente de la “Escuela Platense”, Moisés Meik. Al respecto, el propio Cornaglia R. (2004) nos dice:

*“...El doctor Moisés Meik, hace unos cinco años aproximadamente, padeció uno de los arrebatos juveniles que caracterizan a su rica existencia intelectual. Decidió que era hora de reinstalar un antiguo debate en la doctrina nacional, referido al principio de estabilidad en el contrato de trabajo. No existió curso o conferencia que dictara, o congreso en el que participara, en el que dejara de plantear, “machaconadamente”, la cuestión. Revisó los alcances de ese principio general del derecho del trabajo, planteó las posibilidades de cambio de pautas conceptuales que lo limitan en la doctrina, desafiando con propuestas de lege lata y de lege ferenda el estado de cosas actual”*⁵⁹

El contrato (en su primordial sentido) volvía a resurgir de su aparente letargo, al quedar nuevamente determinado, en su “esencia” y “validez”, por aquella idea primigenia de “trato-voluntario, mutuo y recíproco, útil y equitativo” al que nos referimos en los dos primeros acápites del presente estudio. .

En dicho contexto, surgió la discusión doctrinaria y jurisprudencial en torno a cuál era la fuente de regulación por excelencia de la relación jurídico-laboral. Se

⁵⁸ El *synállagma* es el nombre de la equidad, en materia contractual.

⁵⁹ Cornaglia, R. (2004); op cit; pág.1.

diferenciaron así, dos corrientes hermenéuticas. Una, enrolada detrás de la idea de la fuente “*contrato*”. Otra, encaminada detrás de la fuente “*ley*”.

Así, conforme una primera postura, “*contractualista*”, la tradición liberal que había hecho senda para el desarrollo industrial y el progreso debía continuar siendo el norte hermenéutico, sobre el cual evolucionar. Dentro de esta concepción, múltiples juristas debatieron sobre la naturaleza del contrato, reduciendo la misma, ya a la “*venta de fuerza o energía*” de trabajo ajeno (*Carnelutti*); ya a la “*locación del uso*” de dicha fuerza (*Domat*); ya al “*mandato*” por el que se delega una labor (*Vélez*). Todas estas, figuras contractuales heredadas de la tradición jurídica romana que el liberalismo económico y el nihilismo modernista habían adoptado con beneplácito y deseaban perpetuar, como hijos legítimos de la lógica de aprovechamiento económico de las cosas.

En este marco “*contractualista*”, la autonomía de la voluntad (*individualista por definición*) continuaba siendo el principio rector, la piedra angular sobre la cual seguía contruyéndose la teoría general del contrato, sin ataduras, libre del *synállagma*.

Por el otro lado, una postura de signo inverso, la “*relacionista*”, para la cual, el modelo liberal de contrato había dado muestras de acabada falta de idoneidad para equilibrar una relación económicamente desequilibrada y moralmente decadente⁶⁰; por lo que debía de ser superado, con premura, por una relación jurídico-laboral regulada exclusivamente por la ley, considerada el último resabio de garantía de seguridad e instrumento de protección adecuado, ante el avasallante avance del capitalismo industrial y sus lamentables consecuencias sociales.

⁶⁰ La expresión “*moralmen decadente*”, es empleada en el sentido de caída a una dimensión o ámbito de realidad axiológico elemental, de primer orden, en que hallan su desarrollo, valores existenciales menores, utilitaristas y funcionales, relativos a las necesidades de primer grado de orden material. Ello no implica, una consideración negativa vinculada a juicios sobre su bondad o justicia, sino que pretende evidenciar la existencia de diferentes grados u órdenes axiológicos, sincrónicos y complementarios, en clara relación jerárquica de prioridad.

Muchos autores creen hallar aquí, el origen mismo del “*Derecho del Trabajo*” como rama jurídica autónoma, como “*Nuevo Derecho*”⁶¹, cuyo objeto de regulación (*la relación jurídica de aprovechamiento de la fuerza de trabajo ajeno*), será amparado mediante principios fundantes como el “*Synállagma*” y la “*Indemnidad*”; y reglas instrumentales de derecho como la “*progresividad*”, la “*estabilidad*” y la “*irrenunciabilidad*”, ente otras. Con el fin de equilibrar y armonizar el desequilibrio estructural generado por las tensiones internas de la moderna sociedad industrial.

Para esta corriente (“*relacionista*” o “*legalista*”), la relación de trabajo y sus múltiples implicancias, trascendían los límites estrechos de la figura tradicional del contrato, como instituto de autoregulación de intereses “*inter-pares*” (*entre sujetos libres, iguales e independientes*), en estado crítico; haciendo necesario la integración legal del contrato mediante cláusulas inderogables, impuestas por la ley, que consagraban derechos irrenunciables. Asimismo, la idea de “*causa-fin-objetiva*”, de origen legal, comenzaba a ganar protagonismo.

El *synállagma* volvía, así, a resurgir de sus cenizas cual ave Fénix; retomando su rol histórico de criterio (“*ratio*”) o medida de validez en el nuevo contrato del modelo social.

En esta línea del pensar, el Estado Nacional, desde su soberana facultad legislativa recibida del pueblo, sería el único competente para determinar el contenido y alcance fundamental de las relaciones de trabajo asalariado, es decir, el reconocimiento y dimensión de los derechos y deberes sociales, de ese nuevo estamento social, ya incorporados expresamente en la Carta Magna⁶².

En efecto, dicho estado, comienza a adquirir los caracteres propios de un “*Estado Providencia*” o “*Benefactor*”, antecedente del actual “*Estado Social de*

⁶¹ Conforme la “*denominación*” empleada por señeros juristas como León Duguit; Alfredo Palacios; Francesco Carnelutti y Ricardo Cornaglia, entre otros.

⁶² Fenómeno histórico, conocido como “*Constitucionalismo Social*”.

Derecho”, destinado a convertirse en el modelo estadual más difundido entre las repúblicas democráticas modernas. En síntesis, la relación “*capital-trabajo*” se había convertido en una cuestión de Estado y, en tanto así, sujeta a una intensa regulación legal, constitucional e infraconstitucional.

Presentado, en prieta síntesis, el dilema doctrinario que se suscitó sobre el contrato hacia fines de siglo XIX, intentaremos superarlo críticamente mediante lo que hemos dado en llamar: “*proceso de integración fontal del modelo social*”.

Si la libertad es la síntesis resultante de la tensión existente en el binomio “*voluntad-ley*”, el cambio superador propuesto, no podrá, bajo ningún pretexto, implicar el descarte de alguno de estos elementos, bajo pena de perder algo muy valioso.

Por contrario, deberá ser la integración complementaria de ambos elementos, en una misma figura jurídica, regida, de modo simultáneo y coadyuvante, por la “*subjetiva voluntad de las partes*”⁶³ y la “*objetiva voluntad de la ley*”.

El “*contractualismo puro*” había tocado fondo. Por su parte, el “*legalismo duro*” traía consigo el riesgo de la arbitrariedad y la nulidad de la libre voluntad hasta la negación misma de la persona.

Se hacía necesario, hallar el punto equidistante⁶⁴, entre ambas posturas.

El mentado “*proceso de integración fontal*” acontece en el seno mismo del “*contrato del modelo social*”, operando sobre los tres elementos esenciales⁶⁵ que lo configuran, según la moderna teoría general, a saber: *acuerdo, objeto y causa*.

⁶³ Ya bien individual, ya bien colectiva.

⁶⁴ Que, siguiendo a Arias Gibert, E., op cit, hemos de denominar: “*Negocio jurídico laboral*”.

⁶⁵ A los que se deben sumar, los caracteres típico y diferenciales, cuando del contrato de trabajo se hable.

Sin perjuicio del alcance general que, en la teoría del contrato social, adquiere el mentado “*proceso*”, analizaremos su implicancia a partir del contrato de trabajo, por considerarlo como el contrato del modelo social por antonomasia.

Será la Ley -*con sus atributos de objetividad, publicionismo, imperatividad, inderogabilidad, nulidad*- la fuente que intervendrá el acto, operando sobre su estructura misma, a fin de obtener la síntesis superadora que hemos dado en denominar: “*negocio jurídico laboral*”⁶⁶.

Sería injusto no mencionar, como precursor de esta designación, al professor Enrique Arias Gibert (2006), como así también, al gran maestro Ernesto Krotoschin (1949)⁶⁷, quien en su célebre “*Tratado*”, ya hace referencia con vehemencia, desde una postura ecléctica, al “*carácter mixto*” de la fuente de regulación de la relación jurídica laboral, integrada por la ley (*f fuente de derecho público*) y sus “*debeles legales*”, y el contrato (*f fuente de derecho privado*) y sus “*obligaciones contractuales*”, entre las que destaca, la obligación contractual de seguridad como realización del deber general de no dañar a otro (*principio de indemnidad*).⁶⁸

Sentado lo expuesto, veamos de qué modo opera la mentada integración fontal en el contrato de trabajo.

En relación al elemento “*acuerdo*”, la fuerza imperativa y vinculante de la ley social (*basada en el interés público que sirve*), atraviesa el alma misma de la expresión volitiva de las partes (*el “animus” o “intención contractual”*) que nada tiene que ver con las motivaciones personales de aquellas ni con su mero discernir; sino por contrario, se identifica con el “*sentido jurídico*” que determinará el alcance o la eficacia del acto.

⁶⁶ Conforme Arias Gibert, E. (2006); op cit.

⁶⁷ Krotoschin, E (1949); op cit.

⁶⁸ Tema que abordaremos, *in extenso*, en el acápite siguiente.

Así, por caso, la Ley Social interviene el contato, otorgándole “*sentido laboral*”, de modo que su consecuencia, no podrá ser otra que el nacimiento de una relación jurídico-laboral, regida por el derecho laboral, que hemos de llamar “*negocio jurídico laboral*”; siendo ello lo determinante, más allá de la intención de las partes que solo juega un papel secundario como “*príus-psíquico*” o requisito mínimo indispensable del “*Ser*” libre.

Se ha dicho, con razón, que la intención es “*querer lo que se sabe*”, siendo por ello una operación intelectual que necesariamente supone el conocimiento previo de la índole y circunstancias contractuales. Sin embargo cala más hondo que el discernimiento, al diferenciarse de esta mera operación cognitiva con la que mantiene una relación de presupuesto.

En la “*intención*”, se compromete la voluntad jurídica del “*sujeto-parte*”, es decir, su deseo y su quehacer jurídicos, unidireccionalmente orientados, más allá de la mera contemplación cognitiva o reflexiva de las circunstancias y sus consecuencias, hacia la consecución de la utilidad deseada, alineada con el fin legal.

Se observa aquí, la íntima conexión existente, entre la “*intención-subjetiva*” de las partes y la “*causa-fin-objetiva*” del negocio, cuando la primera de halla correctamente encaminada. Pero, sucede que a veces, esa congruencia no se cumple.

En este sentido, por caso, quien haya discernido las consecuencias obligacionales de su obrar, quizás (*puede que nunca*), pretenda obviarlas por motivos de estricta índole económica, recurriendo para ello, a la simulación de modos de operar, aparentalmente, no laborales; ergo, figuras ajenas a la lógica proteccionista de la Ley Social y sus bondades; entre ellas: el *synállagma*.

Esta “*intención*”, claramente ilícita, es denominada “*fraude a la ley*”, puesto que, generalmente, se vale de la aplicación de una norma no laboral que opera como norma “*de cobertura*”. De modo que se aparenta cumplir. Pero, en el fondo, se encubre

la real intención defraudatoria de “*deslaborizar*” una relación contractual esencialmente laboral y reglada bajo el amparo del proceso de integración fontal y sus virtudes correctivas. Y, todo ello, con el fin directo de desobligarse -indebidamente- de *deberes* impuestos por el “*Derecho del Trabajo*”, y de *obligaciones* emergentes del “*Contrato de Trabajo*”.

En estos casos, el “*proceso de integración fontal*” funciona a favor de la parte más vulnerable de la relación, el trabajador, mediante la “*sustitución ficcionaria de la intención defraudatoria del empleador* (aún cuando cuente con el consentimiento de aquel) *por la objetiva voluntad legal*”; de modo que, cualquiera que haya sido el sentido que se hubiera atribuido al contrato, éste quedará subsumido al sentido, interpretación y alcance, dictados por la Ley Social. No solamente al inicio de la relación contractual, sino asimismo durante toda su indeterminada vigencia, y, con igual fuerza, a su finalización, mediante la regla instrumental de “*estabilidad*” que, con fundamento en el principio de “*synállagma*”, intentará compensar la armonía perdida, manteniendo “*indemne*” al trabajador (*Principio de Indemnidad*).

Cornaglia R. (2004-2), expresa al respecto:

“...*Hay una contradicción lógica insostenible en afirmar la vigencia del principio de estabilidad, y al mismo tiempo, legitimar el derecho de despedir, como acto constitutivo de la libre rescisión del contrato, ejercido en forma unilateral y discrecional*”⁶⁹.

A su turno, la intervención legal también actúa sobre el elemento “*objeto*”, esto es, sobre el “*contenido jurídico-patrimonial*” del negocio, valiéndose para ello, de la imposición inderogable de un contenido mínimo de derechos y obligaciones, indisponibles e irrenunciables para las partes: un “*nucleo duro*” del contrato.

⁶⁹ Cornaglia R (2004-2) op cit; 3.

A esta intervención legal sobre el objeto o contenido negocial, refieren las normas de los art. 12⁷⁰, 14 y 15 de la ley 20744 (L.C.T.). A ello debemos sumar, la conquista de mejores condiciones de labor (*mayores derechos*), fruto de la negociación, ya individual, ya colectiva, entre las partes que, hallándose irrevocablemente adquiridos en el patrimonio del trabajador, le son irrenunciables, o indisponibles gratuitamente, según comprometan o no el orden público, respectivamente.

De igual modo, la intervención legal actúa -a su turno- sobre el elemento “*causa-fin*” del contrato, entendido como la “*transformación última*” que, en el mundo del derecho, el negocio está llamado a operar. Dicho de otro modo, el “*efecto jurídico principal*” que configura la nota típica del negocio realizado, revelando su utilidad y distinguiéndolo de otras figuras.

Así, aunque las partes contratantes, tengan la intención de celebrar un contrato de locación de servicios o, en el mejor de los casos, alguna modalidad atípica laboral de plazo determinado, regidos ya bien bajo la órbita del derecho civil, administrativo, commercial, o laboral, respectivamente, ya bien por error, ya bien por mala fe, cierto será que, a pesar de la plena y *prima facie* válida voluntad de las partes, más allá del “*nomen iuris*”⁷¹ (*nombre jurídico*) adoptado por ellas, no obstante todo ello, nada afectará la indole ni la eficacia laborales del negocio, quedando al amparo de los principios y reglas de la Ley Social.

El “*acuerdo de voluntad*”, esencia misma del contrato, es condicionado en cuanto a su existencia válida y su eficacia por el “*synállagma*”, a través del proceso de integración fontal que, como hemos descrito, opera a través de la intervención objetiva de la Ley Social, su lógica y sus bondades, sobre los elementos estructurales del

⁷⁰ En este sentido, la reforma a la norma fue muy importante, puesto que, a diferencia del texto de 1976, ahora, había un reconocimiento expreso de la irrenunciabilidad de los derechos y condiciones laborales nacidos del contrato individual de trabajo, aun por encima del mínimo legal inderogable, ya bien de la ley, ya bien del convenio colectivo de trabajo.

⁷¹ Resuena aquí, el fallo de la C.S.J.N. in-re “*Perez, A. c/ Disco S.A*” (2019)

negocio (*acuerdo, objeto y causa*), condicionándolos y orientándolos, hacia la compensación equilibrada de las reales desigualdades existentes en la sociedad capitalista.

Que, el argumento desplegado magistralmente, en su voto, por el Dr. Horacio de la Fuente, en la célebre causa “*Velazco c/ Celulosa*”, del año 1998, configura a nuestro entender, la exposición más clara y precisa en favor de la necesaria intervención legal del contrato de trabajo, en sintonía con nuestro proceso de integración fontal.

La argumentación desplegada en el voto del citado precedente, en torno al “*valor relativo del acuerdo de voluntad*” en el contrato de trabajo, es un modelo ideal de razonamiento fundado que justifica la transcripción en su parte pertinente:

“ (...) Para resolver la cuestión planteada debemos ahondar uno de los temas que hace a la esencia misma del Derecho del Trabajo, cual es el valor que cabe acordarle a la voluntad del trabajador ante acuerdos que lo perjudican injustificadamente, teniendo en cuenta el estado de necesidad y la evidente situación de desigualdad. Como dijimos en otra oportunidad "la desigualdad que se da en la relación impide acordarle pleno efecto a la voluntad del trabajador salvo, por cierto, que se trate de acordar modificaciones que no lo perjudiquen, o bien que lo beneficien. Realmente no se concibe que el trabajador, o cualquier otra persona en su sano juicio, acepte alteraciones contractuales que lo perjudiquen, renunciando así, voluntariamente, a derechos adquiridos o que tiene la expectativa legítima de adquirir en el futuro. Y si acepta el cambio que lo perjudica, será evidente que lo hace por necesidad, forzado por su situación de inferioridad jurídica y económica que lo obliga a optar por el mal menor, frente a otros que se le ocasionarían en caso de no acceder a la imposición patronal (represalias, despido, etc.). Y el derecho del trabajo, no puede ignorar esta realidad". (Renuncia de derechos y modificaciones del contrato de trabajo, LT t. XXXIV, pág. 1). En el caso concreto que nos toca resolver, el acuerdo

novatorio de las condiciones de trabajo resulta nulo de nulidad absoluta en razón de que en violación de la normativa vigente, el mismo perjudica grave y notoriamente a Velazco, sin que este obtenga ningún beneficio o ventaja a cambio de la modificación contractual que, en solo provecho del empleador, lo priva sin causa o razón alguna de derechos adquiridos y legítimamente incorporados a su patrimonio. En esas condiciones, el referido acuerdo novatorio resulta violatorio, por un lado, del principio de irrenunciabilidad de derechos (art. 12 LCT), en cuanto Velazco a través de dicho acuerdo está renunciando a derechos que le son indisponibles, y el empleador no ha arrimado ningún elemento de prueba que acredite que el actor ha obtenido a cambio contraprestaciones o ventajas que descartan la existencia de una renuncia prohibida (me remito a mi trabajo cit. "Renuncia"; pág. 8/9). Por otro lado, en el caso particular del personal de la industria papelera, la rebaja salarial contenida en el acuerdo peyorativo resulta también inválida por ser violatoria del art. 8 de la convención colectiva Nro. 349/75 entonces vigente (año 1978), que expresamente disponía que en caso de descenso de categoría de una máquina continua, no podrán rebajarse los salarios de los obreros..." (el art. 6 del convenio vigente Nro. 72/89, establece idéntico texto). En otros términos, la rebaja salarial convenida, por resultar violatoria del principio de imperatividad de las normas laborales, será nula y "se considerará sustituida de pleno derecho" por la norma imperativa violada, en el caso el convenio colectivo Nro. 349/75 (art. 7, 13 y 44, LCT) –(para evitar confusiones adviértase que no aludo al concepto equívoco de irrenunciabilidad de normas o de leyes, que se usa habitualmente, sino al más jurídico y preciso de imperatividad de las normas, reservando el término irrenunciabilidad para aludir exclusivamente a la renuncia de derechos)-. Por ambas razones, tanto porque genera una renuncia de derechos prohibida como porque viola una norma imperativa expresa, el acuerdo novatorio en cuestión, celebrado en el año 1978, resulta inválido, por

lo que procede declarar su nulidad a pesar del tiempo transcurrido (17 años), ya que por tratarse de una invalidez absoluta la acción respectiva es imprescriptible (art. 7, 12, 13 y 44, LCT y arts. 872 y 1047 del Código Civil, me remito a mi trabajo citado, "Renuncia ...", pág. 9). Pero además hay otra razón fundamental para negarle validez a la rebaja injustificada de categoría y de remuneración dispuesta unilateralmente por el empleador. Esta decisión resulta también nula de nulidad absoluta en cuanto viola lo dispuesto por una norma imperativa (art. 66 LCT), que impone límites al ius variandi al prohibir que se alteren "modificaciones esenciales del contrato". Y por tratarse de una nulidad absoluta la misma resulta inconfirmable, e irrenunciable la respectiva acción de nulidad, por lo que la decisión patronal no puede ser convalidada por la conformidad posterior del trabajador, en nuestro caso expresado de un modo tácito en razón de su comportamiento posterior al no objetar la alteración que lo perjudica. Dicho en otros términos, el consentimiento posterior del trabajador sea expreso o tácito, no produce efectos jurídicos, en tanto no se puede sanear o confirmar un acto pasible de nulidad absoluta. Y en tanto la decisión patronal es nula de nulidad absoluta la acción respectiva resulta imprescriptible, por lo que a pesar del tiempo transcurrido procede también declarar la nulidad de la disminución de categoría y de remuneración dispuesta unilateralmente por el empleador en violación de la ley imperativa. Pronunciada la invalidez de la decisión unilateral del empleador, o en su caso del acuerdo modificadorio, se tendrá por no realizada la rebaja de categoría y de remuneración (efectos ex tunc), y por lo tanto quedarán plenamente vigentes las condiciones de trabajo anteriores, esto es las que regían hasta el momento de su sustitución ilegal”⁷²

Sentado ello, podemos concluir, que existe una fuente de regulación de la relación de trabajo, que hemos dado en llamar: “negocio jurídico laboral”. Cuya

⁷² C.N.A.T; S. VI, “Velazco c/ Celulosa” (1998).

naturaleza mixta, convencional y legal, ha venido a superar dialécticamente las deficiencias del contrato del modelo liberal, mediante una nueva y única fuente de regulación de las relaciones sociales.

En síntesis, la integración fontal, es el proceso dialéctico por el cual la figura contractual tradicional del modelo liberal (contrato clásico), es atravesada por la Ley Social, sus principios y reglas, para asegurar el más pleno desarrollo del proyecto de vida del ultimo destinatario del derecho, el Hombre⁷³, en condiciones de indemnidad y estabilidad, pero por sobre todo, en una relación de equilibrio signada por el Sýnállagma. Respetando la voluntad de las partes, cierto es, pero sin subsumirse a ella; de igual modo como sabe hacerlo un sabio maestro o un buen padre.

Cornaglia R (2001-3), al respecto, expresa:

“...El derecho del trabajo legitimó la rebelión contra los excesos que la libre contratación produjo, creando instituciones jurídicas para ello. Batalló con el liberalismo, desde diversas posiciones filosóficas alternativas, intentando su superación dialéctica. Del desarrollo de sus institutos fundamentales, se perfilaría la que fue su figura jurídica por excelencia: el contrato de trabajo”⁷⁴.

Nos encontramos, actualmente, transitando esta etapa histórica, plegada de embates; puesta continuamente a discusión y a prueba. Y ello, no obstante la importante contribución que a la causa de la defensa de los débiles y desposeídos de la Tierra, ha significado el llamado “*ritmo universal de los Derechos Humanos*” que, más allá de sus logros, de igual modo como la marea sufre de la Luna sus afluentes, parece aumentar o disminuir su impronta al son de los acontecimientos sociales, económicos

⁷³ Esta idea, que nos remite al precepto “*pro-homine*”, ha sido tratada en extenso por el autor de este capítulo en “*El precepto Pro-homine*”, op cit.

⁷⁴ Cornaglia, R (2001-3); op cit; 4.

y políticos del país. Porque, como afirmamos al inicio del presente acápite, el Derecho es, ante todo, un producto de la Historia.

Sentado lo expuesto, pasemos al análisis de la situación en nuestro derecho interno.

A su turno, la Ley N° 20.744 (1976) de regulación del “*Contrato del Trabajo*” en Argentina, en su artículo primero (“*Fuentes de regulación*”) expresamente dice “...*El contrato de trabajo “y”⁷⁵ la relación de trabajo se rige...*”, enumerando luego una serie de fuentes de regulación subsumibles, en definitiva, a dos de ellas, a saber: La ley (*inc. “a”*); y la voluntad de las partes (*inc. “d”*). En síntesis: el tradicional binomio ya referido.

El texto de la norma es categórico en cuanto al reconocimiento del contrato de trabajo como principal (*cuando no única*) fuente jurígena de la relación laboral. Ello permite conjeturar el predominio de la doctrina “*contractualista*” en el espíritu de la ley. Su claridad de expression, torna inadecuado toda exegesis por fuera de la interpretación puramente gramatical⁷⁶. Asimismo, igual precisión cabe, en cuanto a la fuente de regulación mixta, integrada, ya bien por la “*voluntad objetiva de la ley*”, ya bien por el “*acuerdo de las partes*”. De modo, que la idea de un “*negocio jurídico laboral*” como fuente de regulación, única y mixta, de la relación jurídica laboral, no resulta ajena y mucho menos incompatible con el espíritu de la Ley de Contrato de Trabajo que nos rige.

Sentado ello, veamos de qué modo se integran las normas de los artículos 21 y 22 y, a su turno, la presunción del artículo 23, del mismo cuerpo legal.

⁷⁵ Entrecomillado nuestro.

⁷⁶ Conforme el actual artículo 2 de Código Civil y Comercial de la Nación, el sentido de las leyes debe ser interpretado, ante todo, mediante el método gramatical, esto es, conforme las “*palabras de la ley*”.

Por su parte, el artículo 21, dispone que *“habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios, en favor de otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración”*. (sic; subrayado nuestro).

De la simple lectura del texto normativo, no quedan dudas de que la nota típica y diferencial del contrato de trabajo, frente a los demás contratos, está dada por el *“compromiso de realizar trabajos a favor de quien tiene la potestad de dirigirlos”*, que, no es otra cosa, que la *“subordinación jurídica”*, signada por el *“poder de dirección”* en cabeza -exclusivamente- del empleador; lo cual, en definitiva, conlleva *“ajenidad del trabajador en la organización, utilidades y riesgos de la explotación”*.

Así, la asimetría existente entre la situación del empleador y la del trabajador, torna necesario la compensación balanceada del proceso de integración fontal, como nueva nota típica de esta parcular figura contractual. Proceso que, cierto es, no debe estar inspirado por un espíritu de *“retaceo”* tendiente a mesquindar la insoslayable *“posición dominante”* del empleador, sino por contrario, debe inspirarse en la ampliación generosa de principios y reglas instrumentales de derecho en favor de la tutela efectiva y la optimización jurídica de la *“posición hiposuficiente”* del trabajador, a fin de restaurar el equilibrio necesario, perdido en el lodazal de la inequidad social. Que, en efecto, a eso aspira el *synállagma*, principio por el cual se realiza el valor jurídico fundamental de todo Estado de Derecho: la Justicia Social.

A su turno, la norma del artículo 22 del mismo cuerpo legal refiere a la relación laboral nacida, ya no de un contrato de trabajo, sino de una mera situación de hecho con efectos jurídicos laborales atribuidos por la ley. Ahora bien, si la mayoría de la doctrina (*cuando no toda*) está de acuerdo en considerar al contrato de trabajo como un acto bilateral de contenido patrimonial, tracto sucesivo e informal y perfeccionamiento consensual (*“solo-consensu”*), surge absurda la distinción legal; puesto que,

trascendiendo el negocio jurídico laboral (*en rigor, todo contrato no literal*) el frío papel que lo instrumenta, no surge claro ni coherente tal distingo. Donde la ley no distingue, no debe el intérprete distinguir. Pero qué, a sido la ley la autora de la malsana distinción. De modo que, cabe al intérprete⁷⁷ re-orientar el texto normativo hacia su sentido auténtico y coherente a todo el sistema que nute al instituto.

Afortunadamente, el artículo 23 de dicho cuerpo ha corregido el marcado sinsentido, al consagrar una presunción en favor de la existencia de contrato de trabajo, ante el simple “hecho de la prestación de servicios”, salvo, claro está, que se acredite lo contrario por las circunstancias, causas o relaciones que lo motiven. Presunción, por cierto, relativa que admite prueba en contrario (“*iuris tantum*”), pero que genera una inversión de la carga probatoria (“*onus probandi*”) en cabeza del empleador, quien tendrá a su cargo el deber de desacretirar la subordinación jurídica presumida por la ley ante la simple situación fáctica del hecho prestacional.

Más allá de estas consideraciones peculiares, lo cierto es que para la lógica expuesta por la norma, toda prestación de servicios es, prima facie, un contrato de trabajo, mientras no se demuestre lo contrario. De este modo, se unifica aquella vieja disputa entre “*contractualistas*” y “*legalistas*”. Pero, en modo alguno, ha sido en favor del “*contractualismo*”, como pudiéramos inferir de la ligera lectura del artículo 23. Puesto que, en rigor de verdad, el genuino sentido y alcance de la norma, refieren a la nota típica de la “*subordinación jurídica*”, cuya entidad, hace presente los principio de indemnidad, equidad y, en especial, el *synállagma*, como fuerza legal compensatoria de la profunda desigualdad social de quien ha sido declarado por la propia Corte de Justicia de la Nación como “*sujeto de preferente atención constitucional*”⁷⁸: el trabajador asalariado.

⁷⁷ Algunos autores, motivados por el intento de salvar el sinsentido de la norma, han visto en ella, los gérmen de la discusión doctrinaria suscitada entre “*contractualistas*” y “*legalista*”, que hemos referido.

⁷⁸ Conf. Considerando 10º del célebre fallo de la CJN in re “*Vizotti*”, del 12/09/2004.

Porque, como ha dicho la Corte en otro lugar del mismo decisorio, es el Hombre el señor de todos los mercados, y no éstos, el señor de los hombres. Que, ha sido este sentido, humanista y desmercantizado, el adoptado por el artículo 4 de la ley de Contrato de Trabajo, para definir al “trabajo” (*principal objeto del negocio jurídico laboral*) como “*actividad productiva y creadora del hombre en sí...*” La cual, ante todo, es inescindible de la digna humanidad que la produce.⁷⁹

Y, la dignidad, como se sabe, configura el bien supremo en la escala axiológica de los bienes jurídicos⁸⁰.

5.- El contrato de trabajo y la pervivencia del synállagma en la garantía contractual de seguridad como obligación de resultado.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 1716⁸¹, define a la responsabilidad y unifica sus tradicionales categorías (*contractual/extracontractual*) al centrarse en el elemento antijuricidad que, asimismo, define en su artículo 1717⁸².

¿Pero, qué quiere significar el Código cuando dice antijuricidad?

Según la doctrina autorial que participó en la comisión reformadora⁸³, se trata de una antijuricidad que es objetiva y concreta; que se distingue de otra, “*genérica*” y

⁷⁹ Criterio de la CJN in re “Vizotti”; “Aquino”; “Madorrán”; “Alvarez”; “Llerena”; entre muchos otros.

⁸⁰ Fallo de la SCBA in re “Dalale” (2013)

⁸¹ Art. 1716. “*Deber de reparar. La violación al deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado...*”

⁸² Art. 1717. “*Antijuricidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*”.

⁸³ Conforme Sebastián Picasso (2013) en “*La antijuricidad en el Proyecto de Código*”.

“*abstracta*”, identificada con toda transgresión legal con prescindencia de su correlato pernicioso.

Por el contrario, la antijuricidad del actual Código, nos remite, a la necesidad de un daño⁸⁴ concreto y objetivo, a todo interés lícito o no reprobado expresamente por la ley⁸⁵, ya bien individual, ya bien de incidencia colectiva⁸⁶.

Así, conforme esta nota objetiva y concreta, la antijuricidad es una especie del género “*ilicitud*”, vinculada, especialmente, a un daño injusto o, lo que es igual, “*injustamente causado*”.

Asimismo, esta antijuricidad es “*material*”; esto es, no “*formal*” ni “*normativa*”; sino identificada con toda lesión a cualquier interés humano no reprobado expresamente por la ley; sin necesidad de que sea un interés expresamente reconocido (*derecho subjetivo*).

Tampoco resulta menester, la transgresión a un deber u obligación expresamente consagrados, ni la violación de una expresa prohibición; siendo suficiente, la simple ofensa -potencial y/o actual- al deber de no dañar (“*alterum non laedere*”)⁸⁷ mediante cualquier acto u omisión.

⁸⁴ Al igual que en el derecho romano, donde en el pasaje del Digesto 9.2.5.1, Ulpiano no cuenta que “...*sed quod non iure factum est, hoc est contra ius...*”, esto es, que todo daño se presume realizado en contra del derecho.

⁸⁵ Es decir, siempre y cuando no se trate de un interés expresamente prohibido.

⁸⁶ La recepción positiva de los derechos de incidencia colectiva ha sido valorada como un progreso. En este sentido la norma del art. 1737 C.C. y Com. dice: “...*Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el derecho, que tengo por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*”.

⁸⁷ En nuestro país, ha sido el maestro Cornaglia R., quien ha defendido con más fuerza y desde hace años, a través de su vasta obra, el rol fundamental del “*principio de indemnidad*” (*recogido por el art. 19 de la Carta Magna*) como piedra basal de todos los demás principios y reglas de derecho (*progresividad, prevención, reparación integral, primacía de la realidad, irrenunciabilidad, responsabilidad solidaria y objetiva, synállagma, estabilidad, etc.*)

Como se observa, la mera alteración disvaliosa del estado normal de indemnidad, que implica todo riesgo, resulta suficiente razón, para la configuración de culpa, ergo, para la activación de la función preventiva de la responsabilidad⁸⁸.

En suma, conjugando ambas notas configurativas, la “*antijuricidad*” del Código remite a todo “*riesgo*” (*daño potencial*), o “*perjuicio*”⁸⁹ (*daño actual*), “*injustamente causado*” (arts. 1710, inc. a), 1717, 1737 s.s y c.c del C.C y Com), contra cualquier interés humano no reprobado expresamente por el Derecho; con prescindencia de la índole, lícita o ilícita, de la actividad por cuyo motivo u ocasión aconteció el daño.

Llegado el punto, cabe reseñar, siguiendo a la más prestigiosa doctrina romanista⁹⁰, que fue (*¿cuándo no?*) el derecho Romano, el que utilizó, por vez primera, la expresión “*damnum iniuria datum*” (*daño injustamente causado*).

La célebre *Lex Aquilia*⁹¹ (286?), fue la fuente que identificó la “*culpa*” con la “*injuria*” y, a esta, con todo “*daño injustamente causado*” (“*damnum iniuria datum*”).

Hasta ese momento, desde la Ley de las XII Tablas (año 451 a.C), la “*injuria*” se refería, exclusivamente, a los delitos dolosos, denominados “*contumelia*”. Como ocurría en los supuestos “*membris ruptio aut ossis fractio*” (*tabulas VIII y IX*), en los que el daño era consecuencia inmediata de un golpe directo (“*pugnus*”; “*ictus*”); o del

⁸⁸ No debemos caer en el error, a razón de una lectura ligera del art. 1711 C.C. y Com. cuando dice “...No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución...”, que nos lleve a pensar que la culpa resulta ajena a la idea de prevención. Todo lo contrario, generalmente, la culpa siempre está presente. La dispensa de la norma responde a la emergencia propia de todo riesgo, que exige su atención con la máxima celeridad, como un deber primordial de todo ciudadano, aun por quien no haya tenido siquiera intervención en el riesgo creado. Que, ello surge del art. 1710, cuando dice “*toda*” persona, tiene el deber “...en cuanto de ella dependa...” Todo lo cual, no excluye el análisis judicial de la culpa, oportunamente.

⁸⁹ Nos ha resultado adecuado el uso de los vocablos “*riesgo*” y “*perjuicio*” para distinguir el daño potencial del actual, respectivamente, ya que en rigor, durante el estado de riesgo todavía no hay, en sentido jurídico, perjuicio; sino por contrario, sólo una probabilidad razonable sobre éste. No obstante ello, no se ignora que es uso y costumbre en el derecho, la identificación del vocablo “*perjuicio*” con los daños causados más allá del emergente (lucro cesante; pérdida de chance, desvalorización, etc).

⁹⁰ Bonfante, P- Ferrini, C- Fadda, C- Ricobbonno, R - Scialoja, G (1931) en “*Digesta Iustiniani Augusti*”.

⁹¹ En rigor, se trató de un plebiscito que adquirió fuerza de ley luego de la sanción de la ley Hortensia.

impacto con un objeto contundente (*daño con la cosa*); o, en su faz moral, la lesión maliciosa y directa al honor de otro (*“infamia”*); o los embrujos o maldiciones a personas, cosas o lugares (*“carmen furiosus”*). Todas estas, figuras delictivas regidas por la malicia perniciosa del dolo.

La idea de culpa será comprendida, a partir de ahora, como *“todo daño injusto”*.

Indudablemente, estamos ante una idea *“objetivada”* de culpa, vinculada a la ausencia de una razón legal y objetiva que justifique la producción del daño, más que al análisis de la real intención (*animus*) del agente.

A su turno, la codificación Justiniana del siglo VI, conservó este sentido de culpa, a partir del cual, fue construyendo un sistema de valoración de la conducta humana, valiéndose para ello, de la observación empírica del orden natural de las cosas y de un intrincado análisis casuístico, por medio de inducción.

Así, fueron fijándose patrones de conducta, cánones de actuación, reglas del obrar cuidadoso y previsor, criterios de apreciación⁹², mediante la inferencia lógica del modo más conveniente y equitativo (*“bono et aequo”*) de actuación, conforme el curso natural y ordinario de la vida y sus circunstancias. Los múltiples casos analizados en los Títulos 2do y 3ro. del Libro IX del Digesto (*D.9.2-3*), bajo la rúbrica *“De Legem Aquiliae”*, son prueba cabal de la aplicación de dicho método.

Como puede apreciarse, esta idea primordial de culpa, identificad a todo daño injustamente causado, se aleja de la primitiva función punitiva del *“Ius”* arcaico, basada en el castigo de la intención maliciosa (*dolo*), aproximándose a la función preventiva y/o resarcitoria del Derecho.

⁹² Por ejemplo, aquellos por lo que se distinguió a la culpa leve y, dentro de esta, a la *in-concreto* y a la *in-abstracto*.

Las locuciones latinas “*cautio damnun infesti*”, “*in integrum restitutio*” y “*status quo anque*”, son muestra clara de esa transformación.

No obstante el innegable progreso que, para la cultura jurídica toda, significó este cambio de dimensión paradigmática, sin embargo, todavía faltaba superar un escollo: la acción u omisión directas, a las que aludía la mentada Lex, mediante la expresión “*corpore corpori datum*”. A esa tarea, se avocarían los pretores por medio de la regulación edictal, adaptando y corrigiendo, más todavía, las imperfecciones derivadas del rígido *Ius* de los *quirites*.

En síntesis, la idea de culpa había cambiado, vinculándose con la idea de causalidad. Nos explicamos:

La fórmula latina “*corpore corpori datum*”, que exigía la existencia de un daño causado por acción u omisión propia y directa del agente (“*cuero sobre cuero*”), logró ser superada recién con la vinculación de la idea de culpa al error de conocimiento no excusable de la relación causal existente entre el acto u omisión y sus consecuencias dañosas, que no tardó en manifestarse como un claro signo del progreso científico que ya comenzaba a vislumbrarse desde la diáspora de la República romana.

Será, a partir del Derecho Romano Clásico (*que no sin razón fue llamado “época de oro”*), durante los siglos I a.C a III, cuando del serio y constante trabajo de las escuelas de jurisperitos⁹³, sumado al pujante desarrollo del derecho pretoriano (*edictos de los pretores*), surgirá una idea ampliada de culpa, vinculada al objetivo elemento causalidad y distanciada de la intención del sujeto.

Nace así, por vez primera, la noción de causa determinante (“*conditio sine qua non*”) que, tres siglos más tarde, durante el derecho post-clásico o Bizantino, será tratada en detalle en los Títulos 2do. y 3ro. del Libro IX del Digesto.

⁹³ Sabinianos y Proculeyanos.

Bajo esta nueva comprensión, el respeto a la indemnidad⁹⁴ de la persona y de sus bienes, será consecuencia natural del conocimiento correcto de una regla de “causalidad” que, conforme la índole del negocio (*contrato*), y/o las circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar, obliga al sujeto, en cada caso, a su observancia.

En otras palabras, su cumplimiento, no es consecuencia de las reglas de azar, la casualidad, o la diosa Fortuna; sino de un discernimiento adecuado de la regla de causalidad material de los hechos.

Así, por el título 2do. del Libro IX, fueron regularon distintos supuestos dañosos con prescindencia del requisito de la causalidad elemental o directa (“*corpore corpori datum*”), cuyo límite infranqueable era el daño con el empleo o arrojado de una cosa contundente (daño “con” la cosa), en los que se inculpó al dueño o guardián del riesgo o daño causados “por” las cosas colocadas o suspendidas (“*positum et suspensus*”)⁹⁵ y/o derramadas o vertidas (“*deiectum effusum*”), con fundamento en el error de discernimiento inexcusable de regla promedio casual de los hechos (“*culpa in vigilando*”).

Como se advierte, un adecuado análisis de responsabilidad en dichos casos debe ser realizado, necesariamente, bajo el prisma de la culpa; puesto que sólo resulta posible la formulación de un juicio de valor sobre la conducta y, va de suyo, las cosas no pueden actuar.

Así, por más buenas razones didácticas que, el riesgo o el perjuicio brinden al pedagogo, las expresiones “*fue causado por la cosa*” (*ser, o inerte*) o, “*por su riesgo o vicio*”; no debe perderse de vista que ellas son sólo eso, “*expresiones*”, que no liberan

⁹⁴ El principio de indemnidad halla su fuente constitucional en el art. 19 de nuestra Carta Magna cuando dice “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.*” (destacado nuestro)

⁹⁵ Actual art. 1760 del C.C. y Com.

al juez, de su deber de indagar la causa real y profunda del daño que, por debajo del lastre de “*cosas*”, “*riesgos*” y “*vicios*” de la superficie, hallará, seguramente, en la conducta culposa de alguien⁹⁶.

Por su parte, los supuestos de responsabilidad fueron ampliados en el título 3ro. del mismo Libro, cuando se inculpó al dueño o guardián, del riesgo o daño causado “*por*” sus animales (“*pauperies*”)⁹⁷ (*culpa in vigilando*); al principal, del riesgo o daño causado “*por*” su dependiente, mandatario y/o cesionario (“*culpa in eligendo*”); al contratante, del riesgo o daño causado “*por*” motivo u ocasión del negocio (“*depositum*”; “*locatio-conductio*”; “*hospitium*”) (*culpa “in-vigilando” o “in-eligendo”*, según el caso).

Se advierte aquí, en el devenir evolutivo de la idea de culpa, el reconocimiento de nuevos modos de imputación, si se quiere indirectos o mediatos, de las consecuencias dañosas del obrar, sobre los que, siglos más tarde, el derecho moderno construirá la lógica de imputación objetiva. Sin embargo, cabe dejar en claro, el derecho romano nunca reconoció tal modo de atribución, limitándose al análisis de casos varios (Título 3ro; D.9), para los que halló solución mediante la “*culpa in vigilando*” y “*culpa in eligendo*”, superándose así, el valladar que representaba la causalidad directa del “*corpore corpori datum*”.

Pero, aún en estos casos, seguía siendo el obrar u omisión culposa del agente la causa determinante del daño. Por lo que no puede afirmarse que el derecho romano consagró una “*responsabilidad objetiva*” pura, o depurada de toda idea de culpa⁹⁸, ni de su lógica.

⁹⁶ Como veremos más adelante, en relación al negocio jurídico laboral, la regla será de signo inverso.

⁹⁷ Actual art. 1759 del C.C. y Com.

⁹⁸ Como sí ocurre con el daño in itinere o la obligación de seguridad de ciertos contratos.

Sentado ello, a partir del derecho romano Clásico, lo que resultó reprochable, ergo, antijurídico, fue el yerro inexcusable de discernimiento sobre el conocimiento causal de los hechos, en grado de condición determinante del daño.

Si bien, es cierto, esta idea de culpa tiene de “*subjetivo*” su necesaria remisión a la voluntad del sujeto actuante⁹⁹; de igual modo, se “*objetiviza*”, por su estrecha e inescindible vinculación al objetivo elemento de la causalidad¹⁰⁰. Asimismo, la finalidad preventiva adquirió, a partir del derecho clásico, un importante lugar, cuando el Pretor admitió una medida cautelar (“*cautio damni infecti*”) a quien acreditase temor-serio y razonable- de que un daño acontezca (“*damnum metus causae*”).¹⁰¹ Como puede advertirse, la cautelar de origen legal, prevista en el actual art. 1711 del Código¹⁰², halla una reminiscencia incontestable en el derecho romano.

A su turno, los arts. 1756, 1757 y 1758 del actual Cuerpo, receptan los tradicionales supuestos de la mal llamada “*responsabilidad objetiva*” (*daño con la cosa; daño por el riesgo y/o vicio de la cosa y/o la actividad; hechos de terceros*). Al respecto, cabe considerar, han operado algunos cambios en relación a la regulación del Código Velezano. Por caso, sin fundamento expreso, se derogó el supuesto de inversión del “*onus probandi*” de la culpa, previsto por el art. 1113 del Código de Vélez, modificado por la Ley 17711, para el caso del daño “*con*” la cosa “*no riesgosa ni viciosa*”, para el que la culpa se presumía, “*iuris tantum*”, debiendo el demandado

⁹⁹ Pues el discernimiento, la intención y la libertad, constituyen la voluntad jurídica del obrar.

¹⁰⁰ Toda el derecho romano, preclásico y clásico, estaba influenciado por la cosmovisión “*naturalista*”, sobre la cual, la obra “*De rerum natura*” de Tito Lucrecio Caro, es su máxima expresión. Asimismo, en una carta dirigida por este filósofo a su amigo Meneceo, expresamente dice “*...Epicuro no tiene por diosa a la Fortuna, como creen algunos, pues para Dios nada se hace sin orden ni tampoco por causa inestable...*”

¹⁰¹ La fuente romana (Gayo; *Institutas*) dice: “*damnum infectum est damnum nomdum factum, quod futurum veremur*”

¹⁰² El Código de Vélez, en nota pertinente, explicaba las razones por las cuales el codificador había preferido la no admisión de esta cautelar romana “*cautio damni infecti*” que, según Vélez, había sido fuente de múltiples conflictos en el pasado.

demostrar que su obrar hubo sido diligente, a razón de que se extremaban los cuidados debidos y esperados por el simple hecho del empleo de una cosa.

Ahora bien, sentado lo expuesto, analicemos la evolución que el instituto de la reparación ha experimentado en relación a los riesgos y daños acontecidos en “*ocasion*” del “*negocio jurídico laboral*”.

Ante todo, cabe una aclaración de orden epistemológico. Por “*ocasion*”, debemos comprender al nuevo paradigma de atribución, en el cual, la idea tradicional de “*causalidad*” es reemplazada por la idea de “*causa*” que, a diferencia de aquella (*caracterizada como relación causal explicativa adecuada de los hechos*) viene a constituirse como situación, posición o colocación en riesgo de la persona que trabaja por el hecho o motivo del negocio jurídico labora.

La Ley de Contrato de Trabajo, en sus artículos 75 y 76 (*conforme modificación introducida por la Ley de riesgos del Trabajo nro. 24557*), regula la cuestión relativa a la responsabilidad del empleador por los daños y perjuicios sufridos por su dependiente, sobre sus bienes, “*por el hecho y en ocasion*” del trabajo.

Trataremos en primer orden la norma del artículo 76, por considerar que en ella se consagra, adecuadamente, el *principio de indemnidad*, cuando expresa “*El empleador deberá (...) resarcirlo (al trabajador) de los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasion del mismo (del trabajo)*”.

Pensamos que no hubiéramos hallado mejor forma de expresar, con alcance general, el mandato constitucional que prohíbe dañar, previsto en el principio de indemnidad del artículo 19 de la Carta Magna. Y ello, toda vez que conforme el actual artículo 15 del Código Civil y Comercial, por bienes, debemos entender al “*haber jurídico de la persona*”, integrado ya sea por bienes materiales (“*cosas*”, *conf. art. 16 CCyCN*), ya sea por bienes inmateriales (*derechos, obligaciones y garantías*); ya bien susceptibles de valor económico, o no. La expresión del art. 16 que dice “*Los derechos*

referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico...”, deja en claro, zanjando toda duda, que existen otros bienes no susceptibles de valor económico, como por caso, la dignidad, la igualdad, la libertad, el cuerpo humano, la salud y la vida, entre otros.

En este sentido, nos hallamos ante otro verdadero cambio de paradigma, de matiz epistemológico que, sobre el tradicional concepto de *“patrimonio”*, ha operado merced a la reforma del 2015. De modo que con el término *“bienes”*, hoy se designa todo un universo jurídico, a la luz del cual, la garantía de seguridad prevista en la norma del artículo 76 de la L.C.T, cobra una dimensión totalizante en cuanto vela por la *“indemnidad del haber jurídico de la persona que trabaja”*, en su totalidad.

Sentado ello, cabe ahora precisar la expresión *“por el hecho o en ocasión del mismo”*. Como ya mencionamos, la norma refiere a la *“causa”* del daño, que no necesariamente, debe confundirse con la *“causalidad”*, sino por contrario con el *“estado de disponibilidad del que, sobre la conducta del trabajador subordinado, goza todo empleador por motivo u ocasión del contrato de trabajo”*. Así, siempre que dicho estado esté presente, ya dentro o fuera de la jornada y/o del lugar habituales de trabajo, ya bien yendo o regresando al lugar del mismo (*in itinere*), habrá daño en ocasión del contrato de trabajo, cuya consecuencia no será otra que la activación de la garantía tácita de seguridad a favor de la indemnidad total de la persona humana que labora. Que, ello convierte a la *garantía de “seguridad”* de la que hablamos, en una obligación nacida del propio contrato como *“obligación de resultado”*.

En otras palabras, la *“causa fuente”* de la obligación de reparar *“todo resultado dañoso”* es el *negocio jurídico laboral*, intervenido por la norma del artículo 76 de la Ley Social en el seno del proceso de integración fontal, siendo irrenunciable y superior al arbitrio de las partes.

De este modo, siendo en rigor, “*causa objetiva*” del daño, la actividad laborativa misma en “*condición de subordinación*”; situación no dependiente de la voluntad de las partes quienes no pueden siquiera modificar ni hacer renuncia de ella; resulta ajustado a la lógica del equilibrio prestacional que conlleva el *Synállagma* la solución de que todo daño que acontezca por motivo u ocasión de la ejecución del negocio jurídico laboral, comprometa la responsabilidad del empleador con prescindencia de cualquier factor subjetivo de atribución.

Así, la garantía de seguridad, como obligación de resultado e integrada tácitamente al contrato de trabajo por imperio de la norma del artículo 76 de L.C.T, no requiere ningún acto u omisión culposa del empleador (*como mal sugiere alguna doctrina y jurisprudencia*); tampoco ningún incumplimiento o violación de leyes de seguridad, salubridad e higiene (*como pareciera inferirse del artículo 75 en su actual redacción*); puesto que la causa determinante del daño ha sido la colocación en posición de dañado del hombre que trabaja a favor de otro quien tiene, además, el poder de dirigirlo y la propiedad exclusiva del fruto de esa labor, merced al negocio jurídico laboral, legalmente integrado.

Resulta interesante en relación al análisis, lo dicho más arriba sobre la “*antijuricidad material*” del actual artículo 1717 del C.C y C.N, según el cual, lo que compromete la responsabilidad es la producción de un “*daño injusto*”, aunque ello no implique la violación a ninguna disposición normativa expresa, puesto que la antijuricidad es una especie de ilicitud, que no se identifica con la afectación de una prohibición expresa que, en efecto, trasciende. De este modo, el artículo 75 del mismo cuerpo legal -conforme la reforma de la ley 24557- queda vacío de contenido, al menos, después de la mentada reforma de la ley civil.

El professor Cornaglia R. lo ha dejado en claro al afirmar que “...*Resulta necesario invertir el orden tradicional en la consideración del juicio de responsabilidad, de los presupuestos fácticos de la sanción. Priorizar el hecho del*

daño a la conducta de dañar en función de las responsabilidades por riesgo. En todas las responsabilidades, el juicio de atribución sólo se da si se constata el daño. Pero el resultado daño juega distinto en cuanto a la atribución de responsabilidad. En la subjetiva el daño debe tener vinculación causal con la conducta culposa dañante. En la objetiva el daño es juzgado como parte de la actividad dañosa. Esta actividad se valora en función de un criterio jurídico de costo-beneficio. El beneficio es la legitimación relativa de la capacidad de dañar. El costo es el resultado objetivo del daño producido... ”¹⁰³

Frente a dicho contexto, impregnado de la lógica del seguro, “*la garantía de seguridad en el contrato de trabajo responde a un Synallagma en el que la prestación de reparación de la indemnidad afectada, está asegurada*”¹⁰⁴ Vemos, nuevamente, la impronta del principio de Synállagma en su relevante e histórica función reequilibrante de las relaciones intersubjetivas, a fin de hacer de estas, relaciones ajustadas a los supremos valores jurídicos de la dignidad, la igualdad, la libertad y, por sobre todo, la justicia social.

Y mal haríamos en pensar, que ello constituye una cuestión de vanguardia propia de esporádicos y novedosos criterios judiciales. A contrario, la garantía de seguridad como obligación contractual de resultado, es decir, como garantía, ha sido materia de tratamiento por el profesor Juan María Bialeto Massé (1904) en su célebre “Tratado de la responsabilidad civil en el derecho Argentino bajo el punto de vista de los accidentes del trabajo”, o por el profesor Quesada. En igual sentido, a nivel jurisprudencia, el célebre fallo de la C.J.N in re “Monreal de Lara de Hurtado” (1916), siguió los lineamientos planteados y argumentados por la Casación francesa en el fallo de 1896 in re “*Teffaine*” en el que la justicia de ese país, condenó al empleador al pago de la indemnización por la muerte del maquinista Teffaine, a causa del estallido de la

¹⁰³ Cornaglia R. (1992); op cit.

¹⁰⁴ Cornaglia R. (2008); op cit.

caldera, sin adentrarse siquiera en el particular análisis de la culpa, ya del operario, ya del patrón; ni en la violación expresa de la ley sobre seguridad e higiene, cuestiones por demás soslayadas que no impidieron la condena pecuniaria, en el entendimiento correcto de que la garantía de seguridad es, naturalmente, de garantía de la indemnidad total de trabajador, en otras palabras, de resultado.

Sentado ello, cabe agregar, la garantía contractual de seguridad, como obligación de resultado, no pretende brindar un trato privilegiado a un determinado estamento social (el asalariado), sin más, sino que por contrario, tiene por fin la “*equidad*” que, bajo el resto del *synállagma*, penetra en el negocio jurídico laboral mediante el proceso de integración fontal supra descrito, con el fin último de lograr el re-equilibrio en una relación socialmente desigual y económicamente asimétrica.

No obstante ello, esta obligación de resultado -como todo en el derecho- no es absoluta, admitiendo supuestos de excepción como, por caso, la manifiesta, inexcusable y acreditada culpa del damnificado, o el manifiesto caso fortuito capaz de excluir del riesgo propio de la actividad a la consecuencia dañosa, salvo, claro está, cuando haya sido renunciado.

Ahora bien, sentado lo expuesto, debemos referirnos a los inconvenientes lógicos y de validez, que toda indemnización tarifada implica, en el contexto actual de las acciones sistémicas por riesgos del trabajo. Así, el *syallagma* sufre una considerable merma, al grado de su desnaturalización, frente una desequilibrante tarifa basada exclusivamente en razones económicas vinculadas al control de costos de producción.

No quedan dudas, luego del desarrollo argumental -histórico y metajurídico- desplegado en los acápites precedentes, en torno a la idea de *synállagma* como criterio o medida de validez del negocio jurídico laboral y su consecuente relación jurídica signada por el desequilibrio y la desigualdad, de que la tarifa atenta contra el principio de reparación integral o plena consagrado por la Ley Civil para el común de los

habitantes de la Nación. Cuanto más todavía, merece su reconocimiento la clase social asalariada, hiposuficiente desde el punto de vista negocial, dependiente desde el punto de vista jurídico, y, por sobre todo, vulnerable desde el punto de vista económico y social.

Por ello, creemos conveniente la urgente reforma de la Ley 24557 conforme sus modificatorias, en cuanto consagración de un sistema de opción excuyente con una puerta de acceso restringida por la burocracia administrativa y sus plazos nunca razonables. Que, no solo asegure la libre opción del trabajador dañado, sino asimismo, su pleno resarcimiento extra-tarifario, lejos de cualquier instancia administrativa y/o prejudicial como estadio necesario y obligatorio del que se dependa el agotamiento de la vía y, en definitiva, a la garantía constitucional de acceso irrestricto a la Justicia.

Que, todo ello, es una imposición de este principio, general y grande, del que hemos dado cuenta y que los Griegos llamaban *Synállagma*.

6.- Bibliografía.

Aristóteles (1985) *Ética Nicómaquea*. Gredos. Madrid.

Barassi-Deveali-Sussini (1953) *Tratado de Derecho del Trabajo*. Alfa. Buenos Aires.

Barassi L. (1949) *Il Diritto del Lavoro*. Giuffré. Milano.

Bloch L. (1934) *Luchas sociales en la antigua Roma*. Claridad. Buenos Aires.

Bonfante, P.- Ferrini, C.- Fadda, C.- Ricobbonno, R. - Scialoja, G (1931) “*Digesta Iustiniani Augusti*”. Giuffré. Milano.

Carnelutti, F. (2007) *Cómo nace el Derecho*. Temis. Bogotá.

Castel, R. (1995) *Les métamorphoses de la question sociale: Chronique du salariat*. Fayard. París.

Chevalier, L. (1984) *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris pendant la première moitié du XIXe siècle*. 2ª ed. Hachette. París.

Cornaglia R. (1993) El Principio de Indemnidad y la formulación de un derecho de Daños Laborales. Rev. “*Doctrina Laboral*”. Errepar. Año VIII. N°92. T° VII, pág. 379.

_____ (2001-1) Reforma laboral. Análisis crítico. Aportes para una teoría general del derecho del trabajo en la crisis. La Ley. Buenos Aires.

_____ (2001-2) Reflexiones sobre el contrato de trabajo. Su naturaleza jurídica y su crisis actual. Rev. “*Doctrina Laboral*”. Errepar. T. XV; N° 193. Buenos Aires.

_____ (2001-3) El Contrato de trabajo y las tendencias que lo jaquean. Acta de ponencias al III Encuentro de Institutos de Derecho del Trabajo. Quilmes. Buenos Aires.

_____ (2002) Contrato de trabajo versus locación de servicios. Un conflicto propio de las profesiones liberales. Rev. “*Doctrina Laboral*”. Errepar. Tomo XVIII. Nro. 208. Buenos Aires.

_____ (2004-1) La propiedad del cargo. El acto discriminatorio que priva de ella y su nulificación. En el diario “*La Ley*”. Año IXVIII. Nro. 58. Buenos Aires.

_____ (2004-2) Reflexiones sobre el despido como acto jurídico nulo. Rev. “*Doctrina Laboral*”. Errepar. T. XVIII; N° 227. Buenos Aires.

_____ (2008) La obligación contractual de resultado en la ley de Riesgos 24557. Rev. “*Derecho Laboral y Seguridad Social*”. Lexis Nexis. Buenos Aires.

Deveali, M. (1964) *Tratado de Derecho del Trabajo*. La Ley. Buenos Aires.

Di Pietro, A (1980) *Ius fasque est* (Estudio sobre las relaciones entre lo jurídico y lo sagrado en el primitivo derecho romano). Rev. “*Prudentium Iuris*”. UCALP. N° 1. La Plata.

_____ (1987) *Verbum Iuris* (traducción y comentarios a las institutas de Gayo). Abeledo Perrot. Buenos Aires.

- _____ (2004) Los negocios jurídicos patrimoniales y los contratos en el derecho romano. Abaco. Buenos Aires.
- D'Ors, A (1984) Cuatro logros del genio jurídico romano. Rev. "*La ley*". Buenos Aires.
- Duguit, L. (2007) Las transformaciones del Derecho (Público y Privado). Comares. Madrid.
- Dumézil G. (1908) La religion romaine archaïque. Payot. París.
- Duprat G. (1913) La solidaridad Social. Peyró Carrió-Jorro. Madrid.
- Elguera, E. (1951) La Teoría del contrato en el Derecho Clásico y en el Justiniano. Rev. de la Facultad de Derecho de la UBA. V.6 (24). 3. Buenos Aires.
- Elíade, M. (1998) Lo Sagrado y lo Profano. Paidós. Barcelona/Buenos Aires/México.
- Ferrini, C. (1908) Manuale di Pandette. S.E.L. Milano.
- Fouillée, A. (1909) L Idée Moderne du Droit. Hachette. París.
- Gatti, A. (2000) Ley de contrato de trabajo. BdeF. Montevideo-Buenos Aires.
- Goldenberg, I. (1988) La responsabilidad derivada de actividades riesgosas. Rev. "*Jurisprudencia Argentina*". T. II. (552) Buenos Aires.
- Guénon, R. (1927) El Rey del Mundo. Versión digital. "*Scribd*". 09/03/22.
- _____ (1932) La palabra perdida y nombres sustitutivos. Versión digital. "*Scribd*". 09/03/22.
- Grimal, P. (1972) El Siglo de Augusto. Eudeba. Buenos Aires.
- _____ (2008) Historia de Roma. Paidós. Barcelona/Buenos Aires/México.
- Guardini, R. (1963) El ocaso de la edad moderna. Guadarrama. Madrid.
- Hegel, G.F. (1968) Filosofía del Derecho. Claridad. Buenos Aires.
- Jhering von, R. (2018) La lucha por el Derecho. Dykinson. Madrid.
- Krotoschin, E. (1962) Tratado práctico de derecho del trabajo. Depalma. Buenos Aires.
- Lenel, O. (1889) Palingenesia: Iuris Civilis. I-II. Versión digitalizada. "*Scribd*". 11/03/22.
- Meik, M. (2004) Derecho fundamental al trabajo y protección efectiva contra despidos ilícitos con nulidad y reincorporación. Rev. "*In dubio pro operario*". Buenos Aires.

- _____ (2015) Estudios críticos de derecho del Trabajo. Legis. Buenos Aires.
- Medina, G. (2012) La fuente de derecho romano ante el hecho social. Rev. “*Anales de Legislación y Jurisprudencia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*”. UNLP. Nro 42. La Ley. La Plata.
- _____ (2015) El precepto Pro-homine y el fenómeno de globalización. Rev. “*La Causa Laboral*”. Ed. A.A.L. Año XIV. N°60. Buenos Aires.
- _____ (2020) La enseñanza del Derecho Romano. Ed. UFLO. Buenos Aires.
- _____ (2019) La responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación: La violación al deber de no dañar. Rev. “*Anales de legislación y jurisprudencia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*”. UNLP. Nro. 49. La Ley. La Plata.
- _____ (2019) Discriminación objetiva: El despido sin causa como acto discriminatorio. Bases para una teoría general de los derechos humano. Editorial Académica Española. Riga.
- Menger, A. (1898) El Derecho Civil y los pobres. Victoriano Suárez. Madrid.
- Mommsen, T. (1919) Editio Maior. Istinini Augusti. V.I. Bertolini. Milán.
- Paricio, J. (2008) Una historia del contrato en la jurisprudencia romana. Aranzadi. Pamplona.
- Otto, R. (2016) Lo Santo. Alianza, Madrid.
- Palacios, A. (1920) El Nuevo Derecho. Lajouane. Buenos Aires.
- _____ (1937) La fatiga y sus proyecciones sociales. Vanguardia. Buenos Aires.
- Pufendorf Von, S. (2015) Historia del Derecho Natural y de Gentes. Versión digitalizada: Archivo <http://hdl.handle.net/10016/22079>. Madrid. (al 21/02/22)
- Ramirez Gronda, J. (1945) El Contrato de Trabajo. La Ley. Buenos Aires.
- Ripert G. (2001) Aspectos jurídicos del capitalismo moderno. Comares. Madrid.
- Rosenkrantz, C. (1998) Tres concepciones de la Justicia Correctiva. Rev. de Derecho de la Universidad de Palermo. Buenos Aires.
- Schulz, F. (1960) Derecho Romano Clásico. Bosch. Barcelona.
- Spengler O. (1976) La decadencia de occidente. T° I-II. Espasa-Calpe. Madrid.

Supiot, A. (1996) Introducción a las reflexiones sobre el Trabajo. Rev. *“Internacional del Trabajo”*. V.15. Nro.6. Buenos Aires.

_____ (2008) El Derecho del Trabajo. Heliasta. Buenos Aires.

_____ (2012) Homo Iuridicus. Siglo XXI. Buenos Aires.

Vallespinos, C. (1983) El mundo moderno y la crisis del contrato. Rev. *“La Ley”*. T. D (962).-