

Reproducido en www.relats.org

EL CONTRATO DE TRABAJO Y LAS TENDENCIAS QUE LO JAQUEAN

Ricardo J. Cornaglia.

Publicado en el Tomo de Ponencias del Tercer Encuentro de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, organizado por el Instituto de Derecho del Trabajo del Colegio de Abogados de Quilmes, abril de 2001

1.- LIBRE CONTRATACIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO.

Es notorio el ataque regresivo que sufrieron los institutos del derecho del trabajo en los últimos años. La legislación social, en líneas generales, ha operado a partir de prácticas restauradoras del poder apropiativo del empleador. Lo hizo en el marco de una esquizofrenia. Contradiendo las leyes a las constituciones sociales y operando en contra de las mismas.

Para ello se eligió a la empresa como nuevo protagonista y objeto de protección. Una protección que se operativizó

transfiriéndole poderes y derechos de los trabajadores, vaciando de sentido el mandato constitucional, que en materia de trabajo ordena legislar para asegurar esos derechos y de esta forma ordenar progresivamente, el rescate de una estado de desposesión, que los estados de derecho social, unánimemente reconocieron como causa y fundamento de las cláusulas constitucionales, en las que se basa el garantismo.

Trataremos de analizar cómo esas tendencias regresivas, vienen poniendo en jaque al contrato de trabajo, como tal.

No observaremos en este trabajo, a las prácticas flexibilizadoras, en cuanto ellas operaron dentro mismo del contrato de trabajo, restando eficacia y desactivando poderes de protección que alcanzaban a los trabajadores.

Trataremos ahora de abordar, el reemplazo “in totum” del contrato de trabajo. Su total desactivación, en circunstancias en que el tráfico apropiativo del trabajo humano, es retirado de esfera de competencia y dominio. En la enseñanza del derecho del trabajo, se suele incurrir en la ligereza de sostener, que el mismo nace de la revolución industrial. En realidad, lo que nace con esa revolución es la libre contratación del trabajo, siendo ello una condición incansablemente reivindicada por el liberalismo.

Esta inexactitud tiene consecuencias significativas.

Para la libre contratación, bastó con la locación de servicios, instituto de pobre desarrollo en los códigos napoleónicos.

Más de un siglo trascurriría antes de que la cuestión social, vaciara de poder y desplazara a la locación de servicios y los vestigios finales de las formas estatutarias de la apropiación del trabajo humano.

Con la libre contratación del trabajo, la humanidad trató de superar las formas estatutarias de apropiación y en especial el esclavismo, una institución que si alguna vez había significado un salto humanitario en cuanto al trato del enemigo, ya repugnaba a la conciencia de todos, menos la de aquellos que conservaban una cuota importante de poder ejercitándose en la relación de dominación propia del amo y el esclavo.

2.- SUPERACIÓN DIALÉCTICA DE LA LIBRE CONTRATACIÓN.

En realidad, el derecho del trabajo, nace institucionalizando la rebelión contra los excesos que la libre contratación produjo. Batalla con el liberalismo, intentando su superación dialéctica, y del desarrollo de sus instituciones fundamentales, se perfilaría la que fue su figura jurídica por excelencia: el contrato de trabajo, con todo lo que el mismo implica de negación clara de la libre contratación.

Un contrato intervenido por el estado y los colectivos que operan en el mismo, sirvió de rehén, para una democracia de patrones, que de seguir indefinidamente las tendencias propias de acumulación de la riqueza en la era del capitalismo, tornaba al poder político representativo del pueblo, en una farsa plutocrática.

El contrato de trabajo pasó a ser, en las democracias sociales o el estado social del derecho, una necesidad manifiesta de sus estructuras, que reciclan sus vicios y virtudes.

Este contrato de la era moderna, hijo del conflicto y la huelga, se tornó en una institución ambigua, que ponía a prueba la resistencia contra la libre contratación, pero también legitimaba la condición del asalariado. Condición

propia del dependiente, sujeto pasivo de una relación de dominación.

El siglo XX fue el siglo de la plasmación del contrato de trabajo, institución que se vio desde el comienzo jaqueada. Su debilidad contrastaba con su necesidad.

3.- LA BATALLA CONTRA LA LOCACIÓN DE SERVICIOS.

La primer tarea, que debió dar esta nueva figura jurídica, fue la de desplazar a otras instituciones, que antes sirvieron al efecto de la legitimación de la apropiación del trabajo humano. Y si bien resultó triunfante de su enfrentamiento con el esclavismo, la servidumbre y el trabajo corporativo medieval, lo cierto es que su batalla contra la locación de servicios, se sigue manifestando aún hoy. Renace a partir de las modas flexibilizadoras, como natural expresión de una restauración conservadora, que se viste con ropajes de modernidad, pero opera burlando a la experiencia histórica.

Hoy, no faltan juristas que se encargan de la reaparición de la "locatio servis", dándole una significación e importancia, que no se corresponden con los siete artículos que el Código Civil (1623 a 1629) le dedica.

En forma progresiva y a partir del intervencionismo de los contractualistas (Sauzet, Sainctelette, Josserand), franceses y belgas, (en nuestro país, primero Biale Massé, luego Colmo y Anastasi), que desarrollan la idea de la garantía y deber de seguridad, como condición insoslayable, en la apropiación del trabajo dependiente, el saber jurídico sublima la locación de servicios en el contrato de trabajo. Estas ideas nutren a la doctrina del riesgo profesional y van plasmando en principio general del derecho del trabajo, fundante de la disciplina, de indemnidad del trabajador.

En un excelente fallo, hace algunos años, León Schuster estudiando la evolución histórica de las instituciones del derecho del trabajo, resumía los orígenes del deber de seguridad y la doctrina del riesgo, pasando por alto la labor pionera de Biale Massé: Parece innegable que quien crea un riesgo debe soportar las consecuencias que se derivan del mismo. Y se relaciona con esto el “deber de seguridad” que le es inherente al empleador. Esta doctrina del deber de seguridad cuyo inicio data de la elaboración efectuada por los célebres juristas, Sainctelette de Bélgica y Sauzet de Francia (conf. Paul Pic “Traite Elementaire de Législation Industrielle”, 5ª. Ed., Paris, 1922, p. 723)¹, fue desarrollada entre nosotros, primero por el doctor Leonidas Anastasi y más tarde por Ernesto Krotoschin. Como explica el citado Paul Pic, el patrón es “un deudor de seguridad”. Debe a cada instante, siguiendo la fórmula de M.N. Sainctelette y Sauzet, “poder restituir al obrero sano y salvo; si el patrón no devuelve al obrero sano y salvo, falta a sus obligaciones y debe una reparación siempre que el patrón no pruebe alguna falla del obrero que le sea imputable (obra y lugar citados)”.²

Las nuevas doctrinas, que revolucionarían a la teoría general de la responsabilidad, se asientan con relativa fuerza en el comienzo del siglo XX. Cobraría sentido y se haría evidente con la legislación y el constitucionalismo social.

El reemplazo de la locación de servicios, por el contrato de trabajo, (una contratación, cada vez más intervenida), hizo que la doctrina mayoritaria y prevaleciente,

¹ Debe tenerse en cuenta que Sainctelette publicó su “Responsabilité et garantie”, en Bruzelas en 1884 y por su parte Sauzet, dio a conocer su monografía “Responsabilité des patrons vis a vis des ouvriers”, en Francia, en Revue Critique, en el año 1883. (Esta nota nos pertenece).

² Ver: “Caruso, Nelson R. c/ Skifater S.A.”, Tribunal del trabajo n° 2 de San Martín, del 31-3-78. En Rev. Derecho Laboral, T. 22, 1980, pág. 39 y ss.

considerara a dicha locación como una modalidad contractual anacrónica y casi no subsistente.

En una reciente sentencia, esto es recogido por Horacio de la Fuente, en los siguientes términos: "En otro orden de ideas, es oportuno recordar que -según doctrina prevaleciente-, no puede considerarse subsistente a la locación de servicios como relación contractual típica distinta de la relación de trabajo (López- Centeno-Fernández Madrid: "Ley de contrato de trabajo comentada" - Bs. As.- 1978- T. I, pág 236), habiéndose incluso sostenido que la misma expresión "locación de servicios" es una terminología anacrónica, basada en circunstancias históricas desaparecidas", así como también que "su supervivencia en el derecho moderno es un fenómeno sorprendente" (Borda: "Tratado de Derecho Civil argentino- Contratos" - Bs As. - 1962 - T II, pág 10").

³

Y esto debió ser dicho y sostenido para resolver a favor de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, en la relación laboral entre una cuidadora de enfermos y su empleador. Cambiando la orientación de la Sala VIa., de la C.N.A.T, que con anterior y distinta integración, mantenía criterios que renegaban del contrato de trabajo, y expulsaban a esos mismos trabajadores fuera de los límites del derecho del trabajo. Restándoles solo el refugio de la locación de servicios, a la que se la hacía renacer de las cenizas, como al ave fénix.

³ Ver: D.L. Errepar No. 187, p. 265, marzo del 2001. "Leguizamón, Ana María c. Celcer, Tadeo s. despido", Sala VIa. de la C.N.A.T., 16 de junio del 2000.

4.- OTRAS PRÁCTICAS DESACTIVANTES DE LA PROTECCIÓN Y EL CONTRATO. LAS COOPERATIVAS DE PRODUCCIÓN Y TRABAJO.

Otra tendencia desactivadora del contrato de trabajo, se advierte en lo referente a las cooperativas de trabajo, haciendo de los actos asociativos un culto y olvidando que en estas instituciones, los importantes son los trabajadores.

Para ello se opera desde una abstracción de la conceptualización de la cooperativa de trabajo, caracterizándola como una estructura asociativa, desvinculada de las protecciones mínimas del trabajo, en una contradicción manifiesta con la realidad.

Los ideólogos del cooperativismo que se apoyan en esa abstracción, no bajan por medio de la razón crítica a las relaciones ínter subjetivas de dominación, que constituyen el material de conductas humanas que, en definitiva, es la cooperativa de trabajo.

Conduce esta abstracción del asociacionismo (útil a la burocracia cooperativa), a la convalidación del poder constituido en el seno de la entidad, relativizando a la producción y el tráfico apropiativo del trabajo, que consisten en la verdadera razón de ser de este instrumento.

Así la experiencia del cooperativista sumergido en un orden de dominación tan real como el de cualquier trabajador de empresa capitalista, es deformada. Tergiversada. Disfrazada tras la paradoja de la autogestión de su no poder. El cooperativista de trabajo, en la realidad, es el paria de los trabajadores. Se lo desapodera del magro patrimonio que le reconocen las leyes sociales.

Esa conceptualización, encubre una práctica represiva. Lo reprimido es el reclamo obrero, tras el velo de la autogestión.

La autogestión y el asociacionismo, se transforman así en prácticas de dominación, escamoteando el sentido liberador que las justifica. Dominación que se ejerce sobre el salario mínimo legal y de convenio, que por vía de los contadores del poder burocrático se pasa a llamar anticipo de retornos. Sobre la jornada máxima legal, la protección contra el despido arbitrario, los accidentes de trabajo, el trabajo de los menores, la acción sindical. Van cayendo una a una las conquistas del movimiento obrero, a mérito de un socialismo de la corporación.

Las prácticas de ese tipo de asociacionismo, se transforman en los poderes perdidos a mérito del contrato de trabajo negado.

La doctrina que responde a este propósito, se afirma en un concepto básico, que es otorgarle un sentido único a la naturaleza del acto asociativo.

La jurisprudencia que sostiene la imposibilidad de la protección a los asociados, invoca dogmáticamente este concepto en forma reiterada, sin desarrollarlo, ni subsumirlo en el derecho positivo argentino. Ni a nivel del art. 14 bis de la Constitución nacional, que ordena la protección de los trabajadores en cualquier forma de organización que el trabajo adopte, ni a mérito de la L.C.T., que en su art. 27, admite expresamente que el socio, pueda ser empleado.

Ejemplos del sector de la jurisprudencia que se afirma en esta conceptualización dogmática, se vienen reiterando y en ellas se apoya un arsenal de normas de la administración y poder ejecutivo al servicio de las prácticas regresivas de la flexibilidad laboral.⁴

⁴ "No existe contrato de trabajo subordinado entre el socio de una cooperativa de producción regularmente constituida e inscripta como tal y el ente societario, por la mera circunstancia de la actividad realizada por aquél como típico acto cooperativo".

En definitiva, esa doctrina arrasa con el contrato de trabajo, sin otra razón que la invocación mágica del acto asociativo, como única dimensión legal posible del trabajo prestado en cooperativas.

Para llegar a eso, aunque las precisiones no caractericen a los fallos que se apoyan en esa práctica dogmática, debe además obviarse toda valoración de la tesis de la yuxtaposición o pluridimensión de las conductas que revisten el doble carácter de cumplir prestaciones propias del derecho de asociación y relativas al contrato de trabajo dependiente.

Entender la tesis pluridimensionante, implica un esfuerzo para el intérprete, encajonado en las prácticas de la aplicación de los institutos del derecho, a partir de métodos de interpretación correspondientes a la investigación, que responde a criterios de causalidad exclusiva y lineal.

Esto tiene que ver con la idea, abstracta, contradecida muchas veces por la realidad, de que las sanciones, deben guardar única relación de causa a fin, con una también única conducta.

Para ello es conveniente reducir las conductas a actos. Practicar a los fines del saber jurídico un reduccionismo conceptual, que reduce la complejidad de las conductas a la simplicidad de los actos.

SCBA, L 44271 S 7-8-90, Juez SALAS (SD). "Payer, Eduardo Feliciano c/ Primera Cooperativa

Obrera del Vidrio "El Progreso Ltda" s/ Despido". DJBA t. 140 p. 69 - SS 1992 t. 5 p. 36 - AyS t.

1990-II p. 834. MAG. VOTANTES: Salas - Laborde - Rodríguez Villar - San Martín - Negri.

Idem: SCBA, L 46266 S 18-6-91, Juez SALAS (SD). "Cuevas, Rodolfo F. c/ Coop. Obrera Portuaria de Estibajes Ltda. (COPEL) s/ Accidente de trabajo". TSS 1992 t. 5 p. 36 - AyS t. 1991-II p.228 - DJBA t. 142 p. 204. MAG. VOTANTES: Salas - Rodríguez Villar - Pisano - Mercader - Laborde.

Idem: SCBA, L 46545 S 23-7-91, Juez SALAS (SD). "Yañez, Ángel Custodio c/ C.O.P.E.L. s/ Accidente de trabajo". TSS 1992 t. 5 p. 36 - AyS t. 1991-II p.575 - DJBA t. 142 p. 248. MAG. VOTANTES: Salas - Rodríguez Villar - Vivanco - Negri - Mercader.

Idem: SCBA, L 51190 S 5-10-93, Juez PISANO (SD). "Paillan, Domingo c/ Coop. Obrera Portuaria de Estibajes Ltda. (C.O.P.E.L.) s/ Accidente de trabajo". MAG. VOTANTES: Pisano - Salas - Rodríguez Villar - Negri - Vivanco.

Así, la complejidad de la conducta del trabajador, sometido al orden de dominación con la tecnoburocracia asociativa, se transforma en un acto simple de aporte societario, donde idealmente, está cambiando su prestación por el retorno asociativo.

Tras esa ficción se refugia, el acto de pagar las remuneraciones mínimas de la ley y el convenio, con un anticipo de los retornos, sujeto a un ajuste futuro referido a una distribución de utilidades hipotéticas; las vacaciones y los descansos diarios y semanales, pasan a ser materia flexible, manejable por la tecnoburocracia, que se supone es respetuosa, de la seguridad e higiene, (hasta que se demuestra lo contrario, como por otra parte sucede con cualquier patrón) y así se van desgranando las relaciones con los mínimos derechos subjetivos de los trabajadores- socios, que garantizan asegurar un trabajo dignamente.

Es indudable que todo trabajo prestado en una cooperativa de trabajo, que es una asociación destinada a organizar trabajo, es un acto cooperativo. Pero lo grave es que por sostenerse esto, se pase a considerar que deja de poder ser conceptualizado como trabajo dependiente. Hay en ello un escamoteo conceptual que será necesario recalcar, para poner fin a un debate, que originado en la resistencia de la tecnoburocracia cooperativa a someterse a los controles de la legislación social, ha ganado a buena parte de la jurisprudencia.

No todo acto asociativo en una cooperativa de trabajo es un acto propio de una conducta que corresponda a una prestación contractual. Cuando lo es, además de poder ser subsumido en las relaciones jurídicas que regulan a las asociaciones de este tipo, deberá ser asumido por el derecho del trabajo y su normativa legal y convencional colectiva.

Suponer que las conductas del hombre en su inmensa complejidad social, cuando refieren a trabajos desempeñados para legitimar su apropiación, pueda ser objeto de una exclusión de este tipo, a mérito de la apropiación que pueda hacer una organización autogestionaria, es contradecir en definitiva la razón de ser histórica de esas organizaciones, que respondieron siempre al propósito de conquistar poderes y derechos para los trabajadores.

Toda la doctrina al servicio de ese interés desmantelador de poderes de los trabajadores, construye su posición a partir del acto asociativo, en una discutible posición de "lege ferenda", como si el derecho positivo argentino vigente lo permitiera.

La tesis confusionista, hace de la cooperativa de trabajo un ámbito extraño a la protección del orden público laboral, a partir de un tratamiento "in peius".

Encaja en la zona peligrosa del neo-liberalismo, batallador de la flexibilidad laboral, que termina irremediabilmente en las prácticas sociales de la restauración conservadora.

Al hacer del acto cooperativo, un no contrato de trabajo, saca de centro la relación laboral y tiende a la desafiliación social, con todos sus efectos negativos en lo que hace a la cohesión social.

En esto expresa claramente una ideología de derecha, que reclama la división de los trabajadores, y su descategorización como tales.

Responde bien al discurso del "fin del trabajo". Encaja en esto que sostiene Robert Castel: "Definitivamente, y creo que hoy hay que decirlo con mucho más vigor, ya que desde la salida de mi libro, esos discursos sobre "el fin del trabajo" se han multiplicado. Creo que esas posiciones son sumamente peligrosas, porque comportan una vuelta a pequeñas comunidades que serían como

reservas al estilo "indio" norteamericano, donde el trabajo habrá sido desconectado de los mercados. Yo creo que hay que conservar simultáneamente el mercado y el trabajo, disciplinando al primero con regulaciones provenientes del segundo".⁵

5.- LA EDUCACIÓN COMO EXCUSA DEBILITANTE DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Y con el mismo sentido, se ha operado con insistencia y en un marco de contradicciones, buscando en la educación laboral la excusa, para desactivar y debilitar al contrato de trabajo. Ejemplo de ello ha sido la contradictoria y vacilante regulación que se ha llevado a cabo de los contratos de aprendizaje y pasantía.

Y en especial, las prácticas fraudulentas que de estas figuras hace el poder público, en el contrato de empleo estatal, y la gran empresa en el contrato de trabajo de la actividad privada.

Es notorio ello, con referencia a las pasantías, haciendo de la educación un falso culto, e ignorando que en el tráfico apropiativo del trabajo, el conocimiento especialmente interesa al apropiador, tanto o más que al dador apropiado. Y en función de ello cargan los costos de la educación sobre el educando, pagando mal su trabajo, pero sin dejar de obligarlo a la enajenación del propio esfuerzo creador.

En otros casos es notorio, que el rol desactivante de la protección pasa por operar desde la conceptualización que se hace del empleador, atribuyéndole falta de relación con las actividades lucrativas. Y desde esa óptica, sosteniendo que la asunción del riesgo de la

⁵ Ver: "Es una trampa focalizar todo en el desempleo", reportaje a Robert Castel, sociólogo, por Marcelo Matallanes. Publicado en Página 12, el 15/8/87, pág. 8. En su respuesta Castel refiere a su libro "La metamorfosis de la cuestión social -una crónica del salariado".

contratación laboral, sólo está reservada a la empresa, figura con la que se ha tratado de eclipsar, opacar y debilitar los magros poderes del que se supone es el sujeto protegido del derecho el trabajo.

Pese a todos esos escarceos, debilitantes del contrato de trabajo, desactivantes de su figura, sigue siendo éste el contrato que legitima al empleador en su apropiación del trabajo ajeno. El instrumento por excelencia que constituye al empleador en propietario del trabajo de otro. Por contrapartida, también es el contrato que le da la propiedad al trabajador no solo de los salarios. Con él ingresan también en el patrimonio del dependiente, las condiciones existenciales que determinarán en la mayor parte de los hombres, el espacio económico que ocupan en la sociedad. Las propiedades económicas que refieren a su persona.

6.- LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LOS PODERES QUE SE ENFRENTAN EN SU SENO.

Para mejor valorar, la naturaleza y función del contrato de trabajo, resulta necesario, indagar sobre el juego de los poderes enfrentados en su seno.

Por lo tanto retomaremos esa tarea casi olvidada, en esta hora de crisis de las instituciones del derecho del trabajo, ya que se nos ocurre más necesaria que nunca.

En el derecho moderno, la importancia de esta fuente normativa en regulación de la existencia cotidiana de los hombres, fue resaltada por Carnelutti en estos términos: "No hay, en el derecho moderno, otra especie de contrato que tenga mayor importancia que el contrato de trabajo".

Para mejor entender a esa nueva figura contractual, el jurista italiano indagó en el derecho romano, buscando sus raíces en la "emptio" (venta) y la "locatio" (locación).⁶ Escribió Carnelutti, en función de la relación entre el contrato de trabajo, la venta y la locación: "Esta figura (se refiere a la locatio operis o según los casos la locatio operarum) que, como se verá, es una de las menos felices entre las concepciones jurídicas romanas, tuvo sin embargo una vida muy larga, tanto que vive todavía, tal cual era, en el Código Napoleónico. Pero cuando los alemanes, durante el siglo pasado, sujetaron los conceptos del derecho romano, y más ampliamente, del derecho privado, a una elaboración muy profunda, su innegable fragilidad no pudo resistir a la crítica que, muy fácilmente, se formuló ante este dilema: o el contrato de trabajo es locación del hombre o no es locación. Al no osar sostener la primera solución, los juristas alemanes adoptaron la segunda, y en Alemania, la terminología romana fue abandonada, para hablar, según los casos de Arbeitsvertrag (contrato de trabajo) o de Werkvertrag (contrato de obra)." ⁷

La regulación normativa del trabajo, se lleva a cabo a partir del hombre como objeto y sujeto de transferencias patrimoniales, a mérito de la legitimación de ciertos poderes. Estos poderes legitimados llegaron a ser tan intensos, como para generar un estado de dominación absoluto, para con los esclavos. Ellos interesaban únicamente como patrimonio de otros hombres. En los esclavos, el sujeto del tráfico apropiativo quedaba en condición de objeto y cosa.

⁶ En Roma, se operaba económicamente en materia del trabajo de los libres, a partir de "especies locationis", (las "locatio operis" y "locatio operarum"). Pero la principal fuerza de trabajo se transfería a partir de la "emptio servis", (venta de esclavos). Aunque también se producía la locación de esclavos de otro por la "locatio servis".

⁷ Ver: Francisco Carnelutti, en "Contrato de trabajo", D.T. 1948- pág.225 y ss.

Ludovico Barassi vinculó al objeto del contrato de trabajo con el trabajo mismo (valga la redundancia).

Resulta útil recordar, que entre Barassi y Carnelutti, se produjo un diálogo conceptual doctrinario, a partir de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, muy enriquecedor. Sostuvo el gran procesalista italiano: "Sin embargo, el esfuerzo de Barassi, sinceramente admirable, más que resucitar la concepción romana, sirvió para liquidarla definitivamente, porque a la luz de un análisis profundizado se vio claramente que objeto de la locación no puede ser más que la cosa, de donde brota el trabajo, y no el trabajo en sí".

Esta no había sido la posición original de Carnelutti, en su primer etapa había sostenido la vinculación del contrato de trabajo con la "emptio".⁸

Pero de allí en más, el pensamiento de Carnelutti, osciló en un proceloso y creativo mar de dudas y aunque terminó vinculando al contrato de trabajo esencialmente con la "locatio hominis", lo hizo a partir de una artificiosa distinción entre hombre y persona. Superando la repugnancia de considerar posible la existencia de derechos subjetivos al respecto, admite la disposición locativa del hombre.

En el proceso de hominización no prejuiciosa del derecho del trabajo, sostiene que no hacerlo correspondería a una superstición, que como todas las supersticiones, es difícil de desarraigar. Y refiriéndose a nuestra realidad nacional, auguró: "Pero en Italia los últimos síntomas permiten prever que la verdad, también en esta etapa del

⁸ "En una diversa y bien opuesta dirección se mueve mi estudio, ya antiguo, sobre "Las energías como objeto de las relaciones jurídicas". El asunto fundamental de este estudio no atañe propiamente al trabajo humano, sino a la energía eléctrica. Sin embargo, la tentativa de una construcción más general me llevó a considerar en general a todos los contratos relativos a la prestación de energía, inanimada o animada y, por lo tanto, a colocar en este amplio cuadro, también el contrato de trabajo. Así la consideración de la energía, es decir, del trabajo mismo, como objeto del contrato, orientó mis esfuerzos hacia el tipo de la venta más bien que hacia la locación. En esa etapa del desarrollo del estudio, la concepción del contrato de trabajo estuvo a punto de desviarse de las directivas romanas.", Carnelutti, Francisco, "Contrato de trabajo", D.T. 1948, pág. 225 y ss.

camino científico, no está ya lejos. Me parece probable que su marcha en la Argentina pueda ser aún más ligera".

En el cautivante divagar intelectual del jurista de la Universidad de Roma, hacia 1948, había un acercamiento no culminado a la concepción del derecho a partir de las relaciones intersubjetivas sociales, afirmando el protagonismo del hombre.

Sin embargo, preferimos, la que él mismo, con el tiempo terminó calificando como una postura supersticiosa. Inspirada en mágica intuición de la juventud, cuando vinculaba los conceptos trabajo – conducta - energía y venta.

Es cierto que vincular al hombre como cosa en el derecho, y develar cómo el mismo ha sido objeto de mercadeo y apropiación es rendir culto a la realidad histórica sin tapujos. Pero creemos que en su caso, también es caer en una trampa que sólo la filosofía jurídica puede superar.

Hay un prejuicio dogmático en el no querer cosificar al hombre. El hombre como cosa es causa.

Cosa, etimológicamente, quiere decir, al mismo tiempo, objeto de posible aprehensión valorativa. Y ello es muy importante para un derecho privado afirmado en la estructura social de la valoración apropiativa. Del orden de valores que surge de la dominación, para y, por la apropiación. Aunque la apropiación se refiera a servicios y no a mercaderías.

Además, cosa, etimológicamente, también es causa.

En el discurso jurídico que legitima socialmente a los poderes, reconocer al hombre como cosa objeto de valoración es necesario y posible. Ayuda a observar al trabajo desde la óptica del poder, para descubrir lo que los hombres pueden hacer con los hombres.

Conceptuar al hombre como cosa, nos resulta lógico, valorándolo como causa fuente de conductas. Cuando lo que interesa como objeto de lo normado es una transferencia o tráfico de poderes entre los hombres.

El trabajo humano es la energía, (como bien lo advertía el intuitivo Carnelutti), que interesa al derecho como conducta posible de ser apropiada.

Para la lógica insolidaria del pensamiento económico actual, no es el hombre el objeto especial de sus desvelos. Sólo interesa en función de ciertas conductas.

De todo ello, da mudo testimonio, el lacerado cuerpo del trabajador del presente. A ese cuerpo olvidado, se lo enferma por el trabajo, se lo explota y, si es necesario y útil para el interés del apropiador, también se lo mata o se lo tortura trabajando. Y todo esto se hace por lo que el hombre puede dar de sus conductas.

Por eso es que, sostenemos, se debe vincular la venta de la energía humana, incluso, su conocimiento, (su conducta trabajo), como objeto del contrato que nos interesa, para preservar la causa: el hombre.

Visualizamos, pues, las relaciones analógicas con la "emptio" romana, como duro testimonio de la realidad social. Y lo hacemos, antes que con la "locatio" de unos supuestos hombres libres, (de dudosa libertad real económica entre los romanos ayer y de manifiesta situación de dominación no libre entre nosotros, hoy). Y precisamos, que lo que se usa, es la conducta laboral, como objeto del contrato. Esta es la cosa - causa que se apropia, sin devolución, con desgaste por el uso y goce. Que se enajena y, por lo tanto, está más cerca de la venta que del alquiler, puesto que quien se apropió de ella, puede que la use y goce, pero lo que es más importante está en condición legal de transmitirla incorporada a los bienes, servicios y mercaderías

producidos. En realidad, los realiza en ellos y para el trabajador, esto significa la enajenación del mismo.

Lo que resulta más notorio desde que cesó el esclavismo. Porque la libertad, que se llegó a enajenar a razón de jornadas de 16 horas diarias durante la revolución industrial, no era de la totalidad de la existencia del hombre. Solo fue la enajenación de la conducta laboral, (sus energías creadoras bienes, cosas y servicios, producidos con ella). Con lo cual debe advertirse que lo que se disponía, no podía ser el hombre en su totalidad, sino una parte de sus atributos. Un espacio de su personalidad jurídica.⁹

Mucho lograron apropiarse los amos, los señores feudales, los maestros del medioevo y los patrones, de la conducta del hombre, pero siempre existió una residual capacidad existencial, que el trabajador como tal, reivindicó para sí mismo. Y además, si los poderes que logró reservarse no fueron suficientes, otros poderes que le eran ajenos, compitieron con el poder de los patrones reivindicando derechos con referencia a su conducta: entre ellos la iglesia y la nación, que necesitaban disponer de las cargas de sangre y culto.

Es, en definitiva, la enajenación del trabajo, una transferencia patrimonial (y también de poder), que no deja de ser tal (y más cerca de la venta que de la locación), ni siquiera en los países que reconocen y legitiman regímenes de participación en las ganancias. Ya que en esos casos la transferencia patrimonial

⁹ Sostenía Ludovico Barassi: "Recuerdo como Chatelain, ("De la nature du contrat de travail entre ouvrier et entrepreneur", Paris, 1902), en su tiempo, había buscado coonestar aquella doctrina (se refería a la doctrina de Marx, según el cual el producto del trabajo pertenece a quien con sus propias energías lo ha puesto en existencia) con el sistema de los Códigos de tipo latino, admitiendo que el trabajador, dada la estructura capitalista de la sociedad, se ve constreñido a renunciar por anticipado a aquella propiedad que le corresponde, vendiendo al empresario, mediante el contrato de trabajo, su parte de aquella propiedad. El precio de tal venta sería el salario que, por lo tanto, no se limitaría a ser la retribución del trabajo. De este modo, el contrato de trabajo vendría a estar construido con la fusión de dos elementos contradictorios: la asociación y el intercambio". Tratado de Derecho del Trabajo. Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, T. I, pág 354.

cumplida con el trabajo prestado, se constituye en el aporte societal, que amplía los derechos del trabajador en la empresa, pero sin reserva de derecho alguno directo sobre los bienes, servicios, mercaderías en los que incorporó su trabajo.

No dejamos de advertir que la civilización, tuvo etapas en que ha legitimado las locaciones o la venta de los hombres. Pero dirigimos nuestro esfuerzo actual, a la construcción de una teoría general del derecho, que reserve al hombre una cuota existencial de indisponibilidad social mayor. De respeto a su individualidad viviendo en sociedad. Y para ello, nos resulta mejor admitir el contrato de trabajo que supere dialécticamente al pasado, la venta de la energía y el conocimiento, sabiendo que así el trabajador se preserva mejor, que con la locación de su persona.

Admitimos, que la delicada distinción entre las transferencias patrimoniales de la venta y la locación, encubren relaciones de poder a partir de transferencias de patrimonios. Patrimonios que en definitiva no dejan de ser las propiedades de los hombres. Y en el caso de los trabajadores más humildes, las casi únicas propiedades que mantienen, en su estado de desposesión, son su cuerpo y su fuerza de trabajo.

Como ejercicio teórico podría también, quizás, haberse comparado esas transferencias de los patrimonios de los hombres, con el usufructo a título oneroso, a partir de considerar al trabajo del hombre como objeto de uso y goce. Y a sus energías (trabajo), como la prestación patrimonial transferida en función del ejercicio del poder legitimado. Lo cual no dejaría de demostrar que éste es un ejercicio intelectual útil tan sólo para conceptualizar las conductas reguladas a mérito de los poderes ejercidos.

A Barassi, le resultó útil la "locatio hominis", para precisar la naturaleza asociativa del trabajo y desembocar en su

discurso justificador de la colaboración. El Barassi de la reconstrucción italiana luego de la guerra, (contemporáneo del constitucionalismo social italiano), se carga de preguntas sobre la democratización del trabajo y para ello, teoriza institucionalmente a la empresa y subordina el intercambio a la asociación.

Aunque la asociación (útil al colaboracionismo del maestro italiano), tiene una sugerente imagen democrática, comparada con la venta, para nosotros, ambas no dejan de ser el terreno que sirve a la zona de conflicto de los poderes. Y nos interesa todo esfuerzo, que no sirva para disimular la verdad, tras las formas jurídicas.

Advertimos por ejemplo, la lucha por el poder, aún en la empresa democratizada, con libre juego del participacionismo sindical, a la cogestión y hasta la autogestión. Porque en todas ellas, el hombre sigue enajenando su propiedad (trabajo), a mérito de la apropiación legitimada y a partir de ello es protagonista de un conflicto de intereses, desde un estado de necesidad, que revela su debilidad.

Esto es notorio cuando uno advierte el estado de desposesión actual del trabajador en las cooperativas de trabajo. Tras un resaltar el asociacionismo de una izquierda aparente, se hace del art. 27 de la L.C.T., un texto sin sentido. Y tras ello, se termina por desactivar al fuero laboral y toda la legislación social, cuando se trata del trabajo apropiado por esas cooperativas.

Con todo un arsenal de recursos distractivos, en los fallos se resuelve el caso por la vía del fraude, cuando la razón de ser de que deba responder la asociación ante sus asociados, cuando de trabajo apropiado se trata, está en la apropiación misma, (no en el engaño), necesaria y funcional para este tipo de empresas. Ineludible.

Y sobre esto cabalga otra forma de desactivar el contrato de Trabajo como tal, de socavarlo. Ella refiere a la figura del empleador. Cuando se sostiene, que para ser tal, se debe alcanzar la categoría de la empresa.

En esta línea se opera haciendo del patrón, sociedad, asociación, u hombre, una entelequia. Y se lo hace, especulando con el disparate de que ciertas apropiaciones no obligan, por cuanto quienes se apropian no lo hacen con espíritu de lucro.

Como si el lucrar sólo fuera una condición de la empresa capitalista y ésta el desideratum del derecho del trabajo.

Y para ello no queremos transitar el equívoco camino conceptual de distinguir al hombre de la persona, en los términos carneltuttianos, cuando pretendía la legitimación de la locación del hombre a mérito de distinguirlo como persona. Distinción que Barassi, termina críticamente por tolerar "a la sombra de una reconstrucción sistemática puramente conceptual". Y anotaba la conformidad de Cassi y de Deveali, en "Il rapporto di lavoro", Milán, 1937, sosteniendo que "En el fondo, éste es el sentido en que puede afirmarse con pleno respeto por la dignidad del trabajador, que el derecho a la prestación de este último implicaba un uso de su persona".

Para nuestra apreciación, el derecho es un saber referido a la conducta humana, que ha elaborado el concepto jurídico de persona como centro de imputación de normas. Nos interesa el discurso del poder entre las personas, para saber finalmente conceptualizar al hombre de carne y hueso. Para potencializarlo en sus facultades creadoras, (también el trabajo), lo que es decir, preservar su poder natural y anular las tendencias que lo limitan y lo anulan (en algunos casos poderes legitimados que no dejan de ser injustos, pese a que los ejerzan otros hombres).

Y en esa línea de pensamiento, también tomamos distancia de Barassi o Deveali, (ambos tenían mucho en común), que insertaban el uso locativo de la persona trabajador, a mérito de su subordinación, a la teoría de la empresa.¹⁰

Y en este juego de los postulados de la transferencia del poder entre las partes del contrato de trabajo, nos resulta fácil comprobar que:

- a) A mayor grado de subordinación, mayor grado de dominación.
- b) A mayor grado de especialización en la tarea contratada, corresponde menor grado de dominación.
- c) A mayor dominio personal, le corresponde mayor transferencia patrimonial.

Las conceptualizaciones que practicamos pueden ser vinculadas con el estudio crítico de la reforma laboral. En cada uno de los institutos reformados, le sugerimos al lector, tratar de realizar algunos ejercicios comparativos con referencia a:

- a) El poder de dirección empresaria.
- b) Las modalidades de contratación.
- c) El tiempo de trabajo y su correlato con los descansos.
- d) Las remuneraciones.
- e) El derecho a no trabajar a mérito de la huelga.
- f) La remuneración.

El contrato de trabajo como fuente normativa, será observado desde una perspectiva histórica, afectada por los instrumentos jurídicos de la reforma.

Si en el contrato de trabajo afectado por la reforma, visualizamos mejor el objeto del mismo, podremos advertir la naturaleza de lo reformado.

¹⁰ Ver Ludovico Barassi, obra citada pag 351. Sostiene: "No excluyo que la conclusión a que Carnelutti y yo hemos llegado pueda admitirse aún hoy en nuestro Código, el cual se limita a insertar el régimen de la relación de trabajo en el de la empresa, dejando libre al jurista para reconstruir a su modo la estructura del contrato de trabajo."

Si el objeto del contrato de trabajo toma forma, podremos reivindicar su valor con más claridad.

Si hasta el presente, dentro del derecho argentino y a partir de la Constitución, el trabajo que debe ser protegido por las leyes, es objeto de apropiación legitimada en el actual reparto de los poderes aceptados por la sociedad, en la venta del mismo, a partir del equilibrio contraprestacional que fija sus condiciones y su valor económico, no pueden los gobiernos introducir formas que destruyan su valor. Y esto es lo que por múltiples mecanismos, la reforma viene haciendo.

Las normas que se dictaban con anterioridad, reconociendo un estado de desposesión, y tratando de superarlo, avanzaban por el camino de la progresividad, creando intervenciones destinadas a garantizar los precios en función de un estado de necesidad de las partes, a mérito de esbozar respuestas a la cuestión social. Idea culminante de la civilización en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX.

Pero los instrumentos jurídicos del progreso, son válidos únicamente para un progreso que no puede ser reducido a la conceptualización economicista del progreso tecnológico. La restauración de un orden conservador consolidado, a mérito de un estado de injusticia reconocido, no tiene justificación posible para usar los mismos instrumentos que repudiara para acentuar la injusta lógica de su sistema. La desregulación regresiva, es una regulación a la baja, y ello implica operativa extraña a la autonomía de las partes en el contrato, orquestada por poderes reales, que a su mérito están consiguiendo una monstruosa transferencia de recursos, perfectamente apreciable en la macro y en la micro economía.

Están transfiriendo poderes que, implican legitimar daños sin reparación, a cargo de los beneficiados por las

transferencias, con agravio del derecho de propiedad que ampara al objeto del contrato en el que se vende el trabajo.

La prohibición de regresión en materia de conquistas sociales y propiedades individuales y colectivas alcanzadas por los trabajadores, es conceptualizada en la doctrina alemana con la palabra "regreziionsverbot".¹¹

Si lo que se alquila es el hombre el tráfico de poderes encubierto en la reforma, es también agravante del derecho de propiedad si se reconoce como lo hacía Carnelutti, los derechos de propiedad sobre los hombres como posibles. Nosotros visualizamos mejor el tema reconociendo el posible tráfico económico de ciertas y únicamente ciertas, conductas de los hombres. Para el caso, el trabajo humano dependiente, base de la economía capitalista a partir de su compra-venta.

Cuando el objeto del contrato es desapropiado, desprotegiendo al trabajador por el poder público, gravitando como extraño en beneficio de la parte que compra y en perjuicio de la que vende, no se está sólo permitiendo una mayor capacidad de uso ("locatio" beneficiada), sino se está liberando del pago a una "emptio" (venta no consentida o compra sólo pagada en parte).

Así conceptualizamos la inconstitucionalidad en la regulación de la fuente contrato de trabajo, a mérito de múltiples instrumentos jurídicos de la reforma, que agravan el sentido protectorio del art. 14 bis, pero también, el derecho de propiedad de los arts. 14 y 17 de la C.N., sobre los que la restauración conservadora se apoya, únicamente cuando sirven a un orden de dominación empresaria.

¹¹ Dice Pierre Bourdieu, que se trata ésta de una palabra magnífica y señala el sentido que puede alcanzar para controlar las fuerzas del mercado financiero, a partir de las instituciones que la conceptualicen. (Ver: "Contrafuegos", editorial Anagrama, Barcelona, 1999, p. 59).

Si el hacer del hombre es el objeto apropiado por los empresarios con la compra implícita en el contrato de trabajo, no resulta una abstracción desplazar la cuestión principal del hombre a su obra.

La lógica del lucro alcanza con suma facilidad a la apropiación de su obra (el trabajo), pero no escapa a las contradicciones de su naturaleza. El lucro es esclavo de la propiedad y los conservadores deberían conocer mejor sus propias limitaciones, o revelar que su manejo del poder es arbitrario e irracional, con lo que a mérito de rendir culto al orden, con normas como las sancionadas, sólo crean el caos.

7.- SÍNTESIS FINAL.

Hemos abordado tres prácticas sociales de desactivación del contrato de trabajo, sin pretender con ello abarcar toda la realidad social, en la que el lector podrá encontrar otras expresiones de la misma tendencia.

En el estudio del contrato de trabajo y las actuales influencias que lo jaquean, el principio de progresividad, hace a la funcionalidad del derecho, armoniza al hombre con el universo y lo proyecta en su realización. Por contrapartida, el principio de regresividad, además de ignorar al pasado como experiencia, pretende repetir lo irrepetible, porque la vida del hombre y su historia como valores, son irrepetibles.

El contrato de trabajo regresivo, modulado laboriosamente por la reforma laboral, desactivado de las protecciones del trabajador, avanza osadamente por vía de la regresividad, hacia su negación a mérito del asociacionismo obrero, o con la

Reflexiones sobre el contrato de trabajo. Su naturaleza jurídica y su crisis actual, en revista Doctrina Laboral, Errepar, Buenos Aires, septiembre de 2001, año XVII, tomo XV, n° 193, pág. 799.