

SINDICALIZACION DE TRABAJADORES MARGINADOS, LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL Y AUTOTUTELA COLECTIVA: UNA PROPUESTA DE AGGIORNAMENTO DEL MODELO SINDICAL ARGENTINO

Héctor Omar García

SUMARIO: I. Introducción. II. Autonomía sindical y sindicalización de trabajadores autónomos, pseudoautónomos y desocupados. III. Una noción más amplia de profesionalidad. III.a) Funcionalidad como base de profesionalidad. III.b) ¿Podemos hablar de profesionalidad social?. III.c) Otro concepto de sindicato. IV. Asumir la tutela de trabajadores en negro y pseudoautónomos. V. Asumir la tutela sindical del desempleado. V.a) Afiliación. V.b) Autocobertura del desempleo. Una dosis de voluntarismo no viene mal. VI. Mecanismos heterónomos de protección. VI.a) Libertad, libertad, libertad. VI.b) La noble igualdad. VI.c) Borradores de lege ferenda. VII. El fin de esta historia.

I. Introducción

Ya estamos *viviendo* el siglo XXI. Para algunos, el siglo XX se derrumbó junto con el Muro¹. Tal vez finalizó tiempo antes, durante la crisis petrolífera que detuvo al mundo organizado por Taylor, Keynes y Ford. Tampoco se sabe con precisión si el tercer milenio comenzó con la Guerra del Golfo, con la inauguración de Internet o cuando Taichi Ohno “pensó al revés” la fábrica de automóviles Toyota. Al menos, se sabe que no ha comenzado en todas partes al mismo tiempo; y en esto nada tienen que ver los husos horarios. Lo cierto es que este nuevo curso de la *Poshistoria* no sólo nos permite habitar el porvenir. Nos posibilita convivir, aunque no sin cierta asincronía, a vanguardistas y rezagados, viajeros en el tiempo y estancados en un presente continuo, real o virtual. No importa demasiado. Lo verdaderamente importante es que la felicidad experimentada por el ser humano que ha trascendido al tiempo puede desvanecerse como un sueño, ante la sensación de espacialidad *única* —tan vasta y ubicua como inabarcable y elusiva, tan propia y liberadora como ajena y opresiva— del globo terráqueo. Nada menos.

En la nueva geografía sin tiempo, el *ciudadano-del-mundo* trabajador de la Argentina, mientras observa —fibra óptica mediante— a su homólogo de Francia o Japón en su puesto de trabajo, participando de una huelga o disfrutando de sus vacaciones, recibe del mismo *empresario-del-mundo*, empleador de ambos, ponderación y retribución diferentes aunque demuestre contracción al trabajo y rendimiento similares. Con todo, si es por encontrar desigualdades en el mundo del trabajo, huelga el estudio comparado del trabajo en el mundo. Aun dentro de un mismo ámbito estatal, acontecen fenómenos de *desestandarización* del trabajo, individualización masiva de relaciones laborales, informalismo y parasubordinación² en la contratación, deslaboralización de funciones y aislamiento de categorías sociales, con

¹ Cf. HOBBSAWM, Eric J., *Historia del Siglo XX*, ed. Crítica, Grijalbo Mondadori, Bs. As., p. 15. Este autor, analizando lo que denomina “siglo XX corto” —etapa comprendida entre “el estallido de la Primera Guerra Mundial y el hundimiento de la U.R.S.S.”— encuentra “indudable que en los años finales de la década de 1980 y en los primeros de la de 1990 terminó una época de la historia del mundo para comenzar otra nueva”.

² ROMAGNOLI, Umberto; *El Derecho, el Trabajo y la Historia*, CES, Madrid, 1997, p. 168.

su correlato de insolidaridad y desagregación de intereses colectivos³. Esta fragmentación horizontal en la colectividad del trabajo⁴ es procreada, entre diversas causas concurrentes, por el hecho de que la libre circulación de la economía a escala mundial encuentra su factor simbiótico en un derecho del trabajo resignado a la territorialidad. En una palabra, un derecho *cerrado* o acotado al espacio jurídicopolítico de los Estados⁵. Un derecho organizado como “sistema de protección social basado sólo en el trabajo y no en su ausencia”⁶.

A falta de un derecho internacional del trabajo, en nuestra materia tampoco encuentran cabida los *conflicts of law*: los jueces, aplican siempre y en forma excluyente el derecho del trabajo del Estado⁷.

Como el “americano” de Greene, la normativa atinente a las organizaciones sindicales de trabajadores —nuestro “derecho sindical”— se ha mantenido impasible ante los cambios ocurridos en la población laboral y en los contenidos y relaciones del trabajo. “Legislación y negociación colectiva, jurisprudencia y doctrina se han quedado paradas en la confortante certeza de la eterna centralidad del trabajo subordinado a tiempo completo e indefinido en la organización jurídica del mundo de la producción”⁸, justamente cuando “la hegemonía cultural de la industria, y en especial de la gran empresa, está en declive”; cuando “el predominio cuantitativo y político del trabajo subordinado sobre el autónomo se ha agotado”⁹.

Estos problemas actuales, que apenas he enunciado rápidamente, me sugieren como hipótesis, que el derecho sindical argentino necesita dar el salto hacia el siglo XXI respondiendo al menos a algunos de ellos en la medida que afectan a sindicatos y especialmente a trabajadores sindicalizables. Se trata, en definitiva, de aportar propuestas de modificaciones a la regulación heterónoma y autónoma, que contribuyan a permitir o estimular la generación de los cambios en la estructura, la acción y la actitud de las organizaciones sindicales, que a su vez permitan mejorar las condiciones de búsqueda de soluciones a tales problemas. Ello implica sostener, como premisa inicial, cierto déficit de correlato entre el *Modelo Sindical Argentino* —tal como está plasmado en la ley 23.551, su reglamentación y la interpretación y aplicación que de ellas hacen los sindicatos— y algunos de los cada vez menos nuevos fenómenos sociales. Este punto de partida es doble, porque conlleva un juicio crítico en cuanto al régimen normativo argentino y su (in)compatibilidad con el convenio 87 de la OIT. A modo de complemento, intentaré abocetar algunas sugerencias de modificaciones posibles a la normativa vigente en materia de asociaciones sindicales.

³ Cf. BAYLOS GRAU, Antonio; *Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo*, Revista de Derecho Social n° 1, ed. Bomarzo, Albacete 1998, p. 24/5.

⁴ BAYLOS GRAU, A., *Igualdad...*, cit., p. 24.

⁵ LYON-CAEN, Gérard, en su conferencia dictada durante las Jornadas sobre Globalización y Derechos Sociales, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.B.A. y Contextos, Revista de Derecho Social, en Buenos Aires, octubre 21 y 22 de 1998, expresó que “*El Derecho sigue siendo un Derecho nacional... Además, recurriendo a la técnica, al concepto de las leyes, ahí hay que buscar cuál es el Derecho competente para determinar un cierto vínculo jurídico. Y por supuesto, el Derecho que sigue siendo el Derecho “más nacional” de todos es el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”.

⁶ ROMAGNOLI, U., *El Derecho...*, cit., p. 171, con cita de RODRIGUEZ-PIÑERO, M., *Quale futuro per il diritto del lavoro*, en *Il futuro del lavoro in Europa*, Instituto Europeo di Studi Sociali, Bari, 1994, p. 130.

⁷ Cf. LYON-CAEN, G., conferencia cit.

⁸ ROMAGNOLI, U., *El Derecho...*, cit., p. 168.

⁹ ROMAGNOLI, U., *El Derecho...*, cit., p. 169.

II. Autonomía sindical y sindicalización de trabajadores autónomos, pseudoautónomos y desocupados

El art. 1° del decreto 467/88, reglamentario de la Ley de Asociaciones Sindicales —N° 23.551— define como trabajador a los fines de esta ley “a quien desempeña una actividad lícita que se presta en favor de quien tiene la facultad de dirigirla”. Esta redacción, que contiene al concepto de trabajo delineado por el art. 4° de la LCT¹⁰, excluye conceptualmente del régimen de asociaciones sindicales a los trabajadores autónomos o cuentapropistas y, en la práctica, también a los pseudoautónomos, a los que trabajan en relación de empleo no registrado y a los desocupados. Tales exclusiones han merecido críticas desde diversos enfoques de doctrina. Corte destaca que la restricción reglamentaria resulta contraria al espíritu de la ley 23.551 y al amplio alcance del art. 14 bis de la Constitución Nacional¹¹; y Meguira, con una visión sociojurídica del problema, encuentra al concepto tradicional de trabajador-dependiente desbordado por una “crisis de profesionalidad” ligada a “fenómenos de sobre-explotación, desprotección y desamparo (que) se expresan, no solamente en el seno de la empresa, sino también fuera de ella”¹². Estas críticas se emparentan con la arenga lanzada por Elffman contra el acotamiento del espacio tuitivo de la ley laboral “al trabajador con empleo permanente, ‘en blanco’, en empresa o establecimiento estable (...) destinado a casi nadie”¹³. Como advierte Vázquez Vialard, “no basta con que la norma jurídica establezca un esquema adecuado; se requiere, además, que el órgano social tenga auténtica vida, es decir, una armónica implantación en la cultura de la comunidad global, no sólo en la del sector más vinculado a esa realidad”¹⁴.

El condicionamiento de “trabajo subordinado” se perfecciona por medio de otros dos preceptos que limitan el derecho individual de sindicalización, reglamentando la entrada y la salida de la organización sindical. El art. 2°, inciso b), del decreto 467/88 enumera entre las causales admisibles del rechazo a la solicitud de afiliación: “no desempeñarse en la actividad, profesión, oficio, categoría o empresa que representa el sindicato”. Reproducida esta norma en los estatutos sindicales, el derecho de sindicalización de los trabajadores autónomos y desocupados acaba esfumándose, tanto para constituir sus propias organizaciones como para incorporarse a asociaciones profesionales constituidas por trabajadores dependientes.

El art. 6° del decreto, que reglamenta al art. 14 de la Ley, implica la práctica caducidad de la afiliación de los trabajadores que han perdido su empleo, luego de vencido un plazo de seis meses desde la extinción del vínculo laboral. Aquel artículo consume una inconstitucionalidad por extralimitación de su competencia reglamentaria, dado que implica la pérdida automática del derecho de pertenecer a la organización sindical —aunque diferida al transcurso de los seis meses— por la mera circunstancia de la pérdida del empleo; precisamente, lo contrario

¹⁰ “Constituye trabajo a los fines de esta ley, toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla mediante una remuneración”.

¹¹ CORTE, Néstor; *El modelo Sindical Argentino – Régimen legal de las asociaciones sindicales*, 2da. ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni Eds., Santa Fe, 1994, p. 113.

¹² MEGUIRA, Horacio David; *La representación sindical en la ley argentina*, DT 1998-B, p. 2205.

¹³ ELFFMAN, Mario; *Pasado, presente (¿y futuro?) del derecho del trabajo y de la seguridad social*, Relaciones Laborales y Seguridad Social n° 14, Bs. As., 1996, p.149, citado por VALDOVINOS, Oscar, en *Las relaciones del trabajo al final del siglo XX*, Derecho colectivo del Trabajo, varios autores, ed. La Ley, Bs. As., 1998, p. 314.

¹⁴ VAZQUEZ VIALARD, Antonio; *Estructura sindical argentina*, en *Revista de Trabajo*, Año 2, n° 7, MTySS, Bs. As., 1995, p. 107.

de lo que el art. 14 de la ley 23.551 intenta evitar, delegando a la autonomía estatutaria sólo la posibilidad de restringir o reglamentar el ejercicio de los derechos electorales en caso de darse aquella mencionada circunstancia¹⁵.

Sin embargo, nuestro sistema reconoce empíricamente la existencia de casos de sindicalización de trabajadores no dependientes¹⁶ —aunque muchos de ellos son anteriores a la vigencia de la ley 23.551 y su reglamentación—, lo que pone de manifiesto la necesidad de que la regulación heterónoma habilite con objetividad, precisión y generalidad la sindicalización de los trabajadores por cuenta propia —a condición de que a su vez no sean empleadores— para que las futuras generaciones de organizaciones de este tipo no nazcan como hijos ilegítimos o aberraciones genéticas del paternalismo estatal. Esto bien vale el costo de bajar del podio que nuestro ordenamiento jurídico comparte con el de Pakistán por impedir a los trabajadores por cuenta propia la posibilidad de afiliarse a los mismos sindicatos que los asalariados¹⁷.

En tren de revelar incoherencias, la práctica de la administración pública nacional, incluido el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, registra la experiencia lamentable de emplear trabajadores imponiéndoles la extensión de facturas o recibos de honorarios. Esta *gaffe* de nuestro gendarme laboral suele justificarse mediante latiguillos con sordina jurídica, que desafinan más o menos en este tono: “*No hay norma que permita a las asociaciones sindicales intervenir en prestaciones que no impliquen relación de dependencia, tal una modalidad no laboral como es la pasantía y una actividad autónoma como lo es la prestación hecha en virtud de contratos de locación de servicios y de locación de obras*”¹⁸.

¡Actividad autónoma! Quien depende de un determinado ingreso para su subsistencia y dedica su servicio personal a ejecutar actos, obras o servicios a favor de otra persona, es —para bien o para mal— un trabajador, asalariado y dependiente. Si no, que lo diga el art. 22 de la ley de contrato de trabajo. A este fin no importa que el trabajador no cuente con el *título* de su condición de asalariado-dependiente. Así como nada obliga al abogado defensor exigir al reo la prueba a priori de su inocencia, no se entiende por qué los trabajadores organizados sindicalmente deben tener prohibido el *acto de fe* en sus pares cuando éstos son víctimas del fraude laboral. El sindicato no es un ente arbitral ni imparcial sino defensivo y sectorial. Puesto “en el banquillo”, el trabajador parasubordinado o en negro goza de presunción de inocencia: a sabiendas de que las apariencias engañan, la Ley de Contrato de Trabajo presume la relación de dependencia “*aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar al contrato*” (conf. art. 23, 2° párrafo, LCT). Y sobre aquello de

¹⁵ El art. 14 de la LAS expresa: “*En caso de jubilación, accidente, enfermedad, invalidez, desocupación o servicio militar, los afiliados no perderán por esas circunstancias el derecho de pertenecer a la asociación respectiva, pero gozarán de los derechos y estarán sujetos a las obligaciones que el estatuto establezca*”.

¹⁶ Por ejemplo, el Sindicato de Conductores de Taxis de la Capital Federal (personería gremial n° 460), la Federación Nacional de Conductores de Taxis (personería gremial n° 1.382) y el Sindicato Único de Fleteros de la República Argentina (inscripción n° 1.806), entre otros.

¹⁷ OIT: *El Trabajo en el Mundo. Relaciones laborales, democracia y cohesión social, 1997-98*; Organización Internacional de Trabajo, Ginebra, 1997, p. 37.

¹⁸ El fragmento de dictamen transcrito es imaginario. Cualquier semejanza con alguno que Usted, estimado lector, haya padecido alguna vez, es pura coincidencia.

“no hay norma que permita”, habría que releer el art. 19 de la Constitución Nacional y el art. 2 del Convenio 87¹⁹.

Con semejante respaldo, menos aún se entiende por qué los sindicatos se han puesto el sayo de tal limitación, que no proviene de la ley propiamente dicha y viene a contramano de la Constitución Nacional y los tratados internacionales, incluidos los convenios de la OIT. Tal vez será porque “es más fácil perder un reino que una costumbre”²⁰, o porque “no entendieron que, en materia de trabajo, se escribe «contrato» pero se pronuncia «relación»”²¹.

III. Una noción más amplia de profesionalidad

III.a) Funcionalidad como base de profesionalidad.

El concepto de sindicato que predomina en doctrina se apoya fundamentalmente en la idea de funcionalidad. Ojeda Avilés, tomando en cuenta dos caracteres del ente colectivo, la *funcionalidad* y la *instrumentalidad*²² —cualidad, esta segunda, que en definitiva constituye una derivación de la primera—, nos muestra al sindicato desde una doble óptica: como “persona privada que interviene directamente en la organización en masa de las relaciones industriales” y, a la vez, como “sujeto titular de los poderes de la autonomía colectiva”²³. Alonso Olea y Casas Baamonde, lo pintan como “asociación permanente y autónoma sin fin de lucro de trabajadores por cuenta ajena para el progreso económico y social de sus miembros, especialmente para el mantenimiento y mejora de sus condiciones de trabajo a través de la contratación colectiva”²⁴. De esta manera, toman en cuenta la “funcionalidad dependiente” —o asalariada— individual de los trabajadores que lo integran, como pivot de su definición del sujeto colectivo. También Palomeque López lo ve como “organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses económicos y sociales, frente a los de los empleadores y sus organizaciones y eventualmente, frente a los de cualquier otro sujeto privado o público”²⁵. Para Fernández Madrid, los sindicatos son “grupos asalariados tendientes a la protección y al mejoramiento de sus propios intereses en el plano profesional”²⁶. Mayor vastedad tiene el concepto que aporta Caubet, quien, al definir al sindicato como “agrupación organizada de trabajadores, creada por ellos para la defensa y el mejoramiento de su situación profesional y —en el

¹⁹ “Los trabajadores y los empleadores, *sin ninguna distinción y sin autorización previa* tienen el derecho de constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones...” (negrita agregada).

²⁰ ROMAGNOLI, U., *El Derecho...*, cit., p. 112.

²¹ ROMAGNOLI, U., *El Derecho...*, cit., p. 61.

²² Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio; *Derecho Sindical*, 7ma. edic., Tecnos, Madrid, 1995, p. 131.

²³ OJEDA AVILÉS, A.; op. y loc. cit.

²⁴ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, 14ª edic. revisada, Universidad Complutense, Madrid, 1995, p. 512.

²⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos; *Derecho Sindical Español*, 4ta. edic.. Tecnos, Madrid, 1991, p. 35, citado por FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos, en *Panorama del sindicalismo argentino. Evolución del derecho colectivo*, varios autores, *Derecho Colectivo del Trabajo*, cit. en nota 13, p. 331.

²⁶ FERNANDEZ MADRID, J. C., *Panorama...*, cit., p. 319.

ámbito de nuestra ley 23.551— de sus condiciones de vida en general”²⁷, elimina los condicionantes de trabajo asalariado y por cuenta ajena y la especificidad profesional como contenido único del interés tutelado. Esta noción presenta coincidencias esenciales con la definición sindical plasmada en el artículo 356 de la Ley Federal del Trabajo de México: “asociación de trabajadores o patronos, constituida para el estudio, mejoramiento y defensa de sus respectivos intereses”.

Pero la *funcionalidad* no es el único factor configurante de la *profesionalidad* que hace posible la sindicación. Además de los ámbitos “clásicos” de nuestro sistema —actividad, oficio, empresa— los sindicatos pueden organizar su representatividad subjetiva conforme a diversos criterios. A modo de ejemplo, dentro de una misma rama de actividad y empresa se pueden distinguir las tareas fabriles de las administrativas, y a su vez, las directivas o jerárquicas, de todas las demás. En el mundo existen agrupamientos conforme a la orientación ideológica y confesional de los trabajadores (Francia e Italia)²⁸; en el Reino Unido y EE.UU. son característicos los sindicatos generales²⁹; en Guatemala, se clasifican entre sindicatos “campesinos” y “urbanos”; y en Chile se permite sindicalizar a los trabajadores transitorios³⁰. El Comité de Libertad Sindical juzgó compatible con el Convenio 87 la sindicación de trabajadores en período de prueba³¹.

También es posible el nucleamiento sindical a partir de una homogeneidad de *clase* o de *situación social*, que de ningún modo colisiona con los tipos y formas diseñados por los artículos 10 y 11 de la ley 23.551, con respecto a los cuales, bajo la lupa de Fernández Madrid³², las variantes mencionadas constituirían calificaciones meramente contingentes con respecto a los modelos legales. Aquellas variedades de organización sindical no son incompatibles con nuestro sistema, a condición de que vistan los diseños estructurales de tipicidad legal. Son plenamente válidas como principios de organización o factores aglutinantes. Quien acaba de perder su empleo y mantiene la voluntad de reinserción laboral y de pertenencia a un colectivo organizado de trabajadores, debe continuar siendo considerado un trabajador de “la misma actividad” o el “mismo oficio o profesión”.

Tampoco sería ilícita la sindicalización a base de la homogeneidad de sexo, especialmente si conlleva una finalidad tuitiva de un grupo humano con hiposuficiencia social o económica particularmente acentuada. El art. 7 de la ley 23.551 prohíbe a las organizaciones ya constituidas “*dar un trato discriminatorio a sus afiliados*”, de ningún modo constituirse a partir de la afinidad o comunidad de situación, condición, pensamiento o rasgo característico, siempre —claro está— que esto no encubra un fin o conducta intolerante, contrario a nuestro orden constitucional. Por ejemplo, sería admisible un “sindicato de primer grado de organistas femeninas agnósticas temporeras de coros y orquestas estables de iglesias

²⁷ CAUBET, Amanda B., *Acción sindical: reflexiones sobre la responsabilidad del sindicato por daños*, Doctrina Laboral, Errepar, n° 147, noviembre 1997, T. XI, p. 1080.

²⁸ Véase SPYROPOULOS, Georges, *Sindicalismo y sociedad – Problemas actuales del sindicalismo en el mundo*, Humanitas, 1991, pp. 133 a 145.

²⁹ SPYROPOULOS, G., *Sindicalismo...*, cit., pp. 62 a 65.

³⁰ DE BUEN, Néstor, *Organización y funcionamiento de los sindicatos*, en *el Derecho sindical en América Latina*, varios autores, coordinado por ERMIDA URIARTE, O. y OJEDA AVILÉS, A.; Fundación de Cultura Universitaria, 1ª. edic., Montevideo, 1995, p. 69.

³¹ OIT: *La Libertad Sindical*, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 4ta. edic. revisada, Ginebra, 1996, p. 54, párr. 237 y 238.

³² FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Panorama...*, cit., p. 352.

católicas de la Patagonia” —sin perjuicio de que conseguir la personería gremial dentro del sistema actual le costaría no poco trabajo. Tengamos presente que el Comité de Libertad Sindical “*ha subrayado la importancia que atribuye a que los trabajadores (...) puedan de manera efectiva constituir con plena libertad organizaciones de su elección y afiliarse libremente a ellas*”, y que “*el libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos implicaba la libre determinación de la estructura y la composición de estos sindicatos*”³³. Pero sobre todo, recordemos que los sindicatos son una realidad construida por seres humanos con necesidades e intereses comunes, no categorías abstractas premoldeadas o creadas por un *fiat* de la autoridad estatal³⁴. Legislación y vanguardia, juntas, constituyen un oxímoron. La autogestión de los sindicatos advino antes que su reconocimiento jurídico. De otro modo, nunca se habrían abierto paso en la Historia.

III.b) ¿Podemos hablar de profesionalidad social?

Un caso de ejercicio de la autonomía constitutiva con vocación por extender la sindicalización efectiva a sectores marginados —adoptando un criterio de afiliación compatible con una idea de profesionalidad más vasta—, en nuestro sistema lo constituye el estatuto de la Central de los Trabajadores Argentinos (CTA), que incluye a: “*a) los trabajadores activos; b) los trabajadores sin trabajo; los trabajadores beneficiarios de alguna de las prestaciones del régimen previsional público o privado, nacional, provincial o municipal; y c) los trabajadores autónomos y cuentapropistas en tanto no tengan trabajadores bajo su dependencia*”. La nueva central sindical argentina autodetermina su ámbito personal de representatividad a partir del abandono de la *funcionalidad* como única usina de profesionalidad³⁵, abriendo paso a la construcción de una idea mucho más interesante, que podría denominarse —porque no se me ocurre nada mejor— *profesionalidad social*. Su margen de sindicación tiene amplitud similar a la de la central obrera actualmente más representativa —entre “las” más representativas— de España³⁶, esto, aun antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de agosto/1985, que en su art. 3.1 permite la afiliación de “*los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación (...) a las organizaciones sindicales constituidas*”³⁷.

³³ OIT: *La Libertad Sindical...*, p. 63, párr. 274 y 275.

³⁴ O, como observa FERNÁNDEZ MADRID, “el sindicalismo es una realidad que se impone por sí, antes de ser una construcción jurídica”. Véase FERNÁNDEZ MADRID, J. C., *Panorama...*, cit., p. 319.

³⁵ La CTA complementa esta modalidad de sindicalización con la afiliación individual directa del trabajador. El art. 4° de su estatuto establece que “*La afiliación se efectivizará a través del sindicato, unión, asociación o federación de cualquier tipo, afiliada a la CTA, a la que pertenezca el trabajador, y/o en su defecto, en forma individual a través de la organización local, provincial o regional de la CTA*” (negrita agregada). Sobre la idea de “crisis de profesionalidad”, véase MEGUIRA, H., op. y loc. cit. en nota 12.

³⁶ La Confederación Sindical de Comisiones Obreras, que comprende dentro de su ámbito subjetivo de actuación: “*a) Los trabajadores/as en activo o en paro, pensionistas y jubilados/as y desempleados/as a la búsqueda de su primer puesto de trabajo. b) Los trabajadores/as autónomos que no tengan trabajadores/as a su servicio. c) Las personas que presten su servicio bajo el control y la dirección de otra, sea cual fuera la forma jurídica que adopte esta relación laboral*”.

³⁷ Pero les prohíbe a estos trabajadores “*fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica*”. Considero que esta limitación carece de razonabilidad en lo que respecta a los trabajadores cuentapropistas, para quienes puede resultar imposible hallar organizaciones “ya constituidas” de trabajadores

El sujeto sindicalizable actual se construye a partir de un status o situación social, más que a partir de su condición de subordinado, asalariado o prestador laboral efectivo. La condición de trabajador se adquiere a partir de la dependencia “de un empleo”, antes que de la dependencia “de un empleador”; a partir de su necesidad de un salario, no de la percepción efectiva del mismo.

III.c) Otro concepto de sindicato.

Desde esta construcción de una noción más amplia de profesionalidad, es posible remozar la idea de sindicato. Idea que —lejos de toda vocación esencialista— podría ser enunciada descriptivamente a través de un concepto que, de paso, no deje afuera a las organizaciones de grados superiores, más o menos en estos términos: *organización que nuclea con carácter estable a trabajadores dependientes y autónomos, se encuentren los mismos en actividad o no —siempre que, a su vez, no sean empleadores—, y también a otros entes colectivos constituidos por trabajadores, destinada a la defensa y promoción de los intereses individuales y colectivos de los mismos, desprovista de finalidad lucrativa y dotada de facultades especiales de representación y de garantías jurídicas sobre su estructura, su acción y sobre las personas que desempeñan cargos o funciones en ella.*

IV. Asumir la tutela de los trabajadores en negro y pseudoautónomos

Si la fe sindical en la afirmación del trabajador sobre su *profesionalidad de hecho* no mueve montañas, la idea de autotutela lleva implícita la disponibilidad jurídica de medios para verificar la existencia de elementos “estructurales” o configurantes de la relación de empleo invocada por el trabajador no debidamente registrado que demanda afiliación o sindicalización: v. gr., “1. *calificación profesional o valencia...*; 2. *Horario de trabajo...*; 3. *Remuneración...*; 4. *Lugar de trabajo*”³⁸. Basta una simple constatación ocular por cualquier funcionario gremial, que hasta puede ser reservada con respecto al empleador evasor si se quiere no exponer al trabajador a la eventual pérdida de su empleo, o podría tener relevancia probatoria en un eventual juicio que promoviera el trabajador disconforme con la falta de blanqueo.

Lo que no tiene lugar en la idea de autotutela es la interferencia estatal o patronal. Si la casa no se reserva exclusivamente para sí el derecho de admisión y éste queda restringido a los que reciben matrícula del Estado y diploma del empleador, no hay autotutela ni autonomía sindical sino cooptación.

De ahí en más, todo sindicato que se precie debería contemplar estatutariamente, como mínimo, la afiliación de trabajadores *con desempeño* dentro de su ámbito de profesionalidad sin perjuicio de la falta de registro de la relación o contrato y de las constancias instrumentales emitidas o impuestas por el empleador con apariencia de locación de obra o prestación profesional autónoma (v.gr., recibos de honorarios, etc.). Porque “la circunstancia de que el trabajador no figure en las registraciones laborales del empleador no obsta a que exista relación laboral, por cuanto los libros, aun llevados en legal forma, no hacen plena

no autónomos que los representen. Por otra parte, no encuentro justificación alguna para privar a esta categoría de trabajadores de un derecho humano fundamental como es la libertad sindical constitutiva.

³⁸ Cf. CNATr., sala VI, julio 6-996; Alvarez, Marcos c. Clínica y Maternidad Santa Isabel, DT 1998-B, 2271.

prueba de su contenido... (y) los datos allí volcados, por emanar exclusivamente del empleador, son inoponibles al dependiente”³⁹.

V. Asumir la tutela sindical del desempleado

V.a) Afiliación.

Luego de tantas restricciones y autocensuras, el derecho individual de sindicación es nulo para trabajadores no dependientes y desempleados. Y su correlato, el derecho colectivo “de defender y representar”, sufre un estrangulamiento reglamentario que sólo permite el paso de una delgada cobertura, útil a quienes menos la necesitan —Dios le da pan a quien no tiene dientes.

En la actualidad, los mayores problemas del trabajador no empiezan cuando ingresa al trabajo sino cuando lo pierde. Segregar al trabajador o abandonarlo a su suerte en ese preciso instante implica consagrar la insolidaridad y fomentar la desmovilización, potenciando la “crisis de credibilidad” y la “pérdida de influencia” de las organizaciones⁴⁰, que aferradas a estrategias arraigadas en su añoranza, aparecen como “elementos pasivos” del cambio social o externo —o simplemente sometidas a él—⁴¹. Con tal proceder, los sindicatos coadyuvan a la agudización de su propia debacle, que ya no puede seguir considerándose provisional ni meramente coyuntural⁴². Al desempleado hay que defenderlo desde antes que lo sea, y continuar en su defensa después de que ha comenzado a serlo. El primer paso en la tutela colectiva de este trabajador consiste en admitir su ingreso y permanencia dentro de la organización sindical. Los sindicatos deben asumir esta preocupación que, indudablemente en la actualidad, forma parte de los *principales* intereses de los trabajadores⁴³, ya sea a través de la modificación de sus estatutos o de la acción sindical.

V.b) Autocobertura del desempleo. Una dosis de voluntarismo no viene mal.

La solución del problema del desempleo es materia de política económica y social. Su cobertura le corresponde, en primer lugar, al Estado. Se requiere el ejercicio del poder público para imponer las conductas y contribuciones que hagan falta. Pero, si esto no ocurre, la autotutela ¿debe quedar acotada a la negociación, la presión, la huelga u otros medios de acción *externa*, es decir, destinados a obtener como resultado el dar o el hacer de un tercero? (llámese Estado, empleador o comunidad). No necesariamente. Nada impide a las organizaciones sindicales atravesar un camino de ingeniería gradual para enfrentar este problema mediante la gestión o asistencia subsidiaria que suelen poner de manifiesto en

³⁹ CNATr., sala III, ago-26-996, Montull, Hugo c. Cajigas, Víctor y otro, DT 1997-A, 523.

⁴⁰ SPYROPOULOS, Georges, encuentra cuatro “indicadores” de la crisis sindical. Tales son: baja de las tasas de sindicalización, pérdida de influencia, crisis de credibilidad y desmovilización de los trabajadores. Al respecto, pueden consultarse sus dos trabajos: *La nueva configuración de las relaciones de trabajo en Europa: evolución del papel del Estado y de las organizaciones sindicales y empresariales*, en TySS, 1997, pp. 4 y 5; y *El futuro de los sindicatos*, en Revista de Trabajo, Año 2, n° 7, MTySS, Bs. As., 1995, p.44.

⁴¹ SPYROPOULOS, G.; *El futuro...*, cit., p. 45.

⁴² SPYROPOULOS, G.; *El futuro...*, cit., p. 47.

⁴³ En el programa periodístico “A dos voces”, emitido por TN el 14 de abril de 1999, el titular de la CGT, Rodolfo Daer, aseguró que “el peor temor de una persona que está trabajando es perder el empleo”.

misceláneas como el turismo social, la cobertura médica, el fomento del deporte o la cultura y varios etcéteras de *extensión sindical*. Si la defensa de los intereses del trabajador abarca “*todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida*” y su “*realización plena*” (art. 3, ley 23.551) como persona humana integral, ¿por qué descartar la hipótesis de cobertura sindical del desempleo?⁴⁴ Llevada a cabo a través de fondos recaudados mediante una cuota especial o de la constitución de patrimonios de afectación —con participación o no de los afiliados en la administración—, las posibilidades son múltiples. La voluntad, no tanto.

VI. Mecanismos heterónomos de protección

VI.a) Libertad, libertad, libertad.

Si al momento de reglamentar la ley, el discurso normativo padece dislexia, cuando de la Constitución Nacional se trata, el cuadro se complica con amnesia. ¿No decía el art. 14 bis que aseguraba al trabajador la organización sindical *libre*? (También dice *democrática*, pero de eso nos ocuparemos en otra ocasión.)

Contra esta desmemoria, el Comité de Libertad Sindical advierte que “*el derecho de los trabajadores a constituir libremente las organizaciones de su propia elección no puede considerarse existente si no es plenamente reconocido y respetado de hecho y de derecho*”⁴⁵.

VI.b) La noble igualdad.

Por otra parte, “el Comité” ha sentenciado que “*todos los trabajadores —con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía— deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho a organizarse*”⁴⁶. Es que “el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”, según el art. 2 del Convenio 87, lo tienen todos “*los trabajadores (...) sin ninguna distinción*”. Más aún, la operatividad directa de este derecho es imperativa para el Estado argentino —si bien no a partir del himno nacional— al menos desde la ratificación de los convenios 87 y 98 de la OIT. Entre muchas disposiciones expresas, destaco que el art. 11 del Convenio sobre la Libertad Sindical y la protección del Derecho de Sindicación, obliga a nuestro país a “*adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación*”. También lo es por la virtualidad superlativa de instrumentos internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional a través de su propio art. 75, inc. 22, como son —entre otros— la Declaración Universal de Derechos

⁴⁴ MEIK hace referencia la obligación del Estado de “*proveer seguridad digna, es decir suficiente desde el plano de la satisfacción de las necesidades de la gente desempleada (...) sin perjuicio de la consagración de una red social de contención complementaria e independiente de la acción estatal, que puede surgir de la propia comunidad, sindical, obra social e instituciones populares*”. Cf. MEIK, Moisés; *Crónica de un drama social anunciado*. Contextos, Revista Crítica de Derecho Social, año 1997, n° 1, p. 280.

⁴⁵ OIT: *La Libertad Sindical...*, p. 64, párr. 271.

⁴⁶ OIT: *La Libertad Sindical...*, p. 53, párr. 235.

Humanos de la ONU (1948), cuyo art. 23, apartado 4°, garantiza a “(t)oda persona (...) el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo art. 2° consagra de manera unívoca el derecho de toda persona “a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses”.

VI.c) Borradores de lege ferenda.

Contando con instrumentos de jerarquía normativa superior que garantizan el derecho de sindicación —como los referidos tratados internacionales y convenios de la OIT—, para hacer definitivamente operativa esta garantía bastaría, en nuestro sistema, derogar el art. 1° del decreto 467/88. Es muy dudosa la conveniencia de una definición normativa de trabajador. De todos modos, sería aconsejable una reforma a dicho artículo que —por ejemplo, respetando la técnica de definición nominalista adoptada por la redacción vigente— integrase en el concepto de trabajador, a los fines de la Ley de Asociaciones Sindicales, los diversos supuestos de sujetos sindicalizables, que se enumeran, a título de propuesta, en el siguiente esbozo de texto normativo:

“A los fines de la Ley, se entiende por trabajador a toda persona que:

- a) preste su servicio personal bajo la dirección y subordinación económica de otra persona, se encuentre legalmente registrada o no dicha relación y cualquiera sea la instrumentación que en su caso se adopte;*
- b) desarrolle su actividad, oficio o profesión por cuenta propia, sin la concurrencia de otros trabajadores bajo su subordinación o dirección;*
- c) se encuentre desocupada por haber cesado su prestación de servicios bajo alguna de las formas previstas en los apartados a) y b) de este artículo; o*
- d) resulte beneficiaria del sistema previsional.”*

Sería admisible que una reforma como la sugerida, eventualmente fuera acompañada de una cláusula limitativa del derecho de “constituir” sindicatos —no de afiliarse a ellos— para los trabajadores enumerados en los incisos c) y d) precedentes, en términos análogos a los del mencionado artículo 3.1 in fine de la Ley Orgánica de Libertad Sindical española. Con respecto a tal distinción, me remito a lo expuesto en la nota 37 del presente trabajo.

Por otra parte, debería complementarse con la derogación del citado inciso b) del artículo 2° del decreto 467/88, más un nuevo texto para el art. 6° del mismo reglamento, que suprimiera el primer párrafo del mismo, relativo a la conservación de la afiliación solo por un período de seis meses, y redactara la norma más o menos en estos términos:

“Los estatutos podrán restringir, en el caso de los afiliados a que se refiere el art. 14 de la Ley, el derecho de voto para elegir autoridades de la asociación sindical y el de postularse como candidatos para tales cargos, a excepción de las candidaturas para integrar órganos de fiscalización o de apoyo, no encargados de funciones de representación sindical, y las votaciones para elegir dichas autoridades. Tal restricción no podrá afectar a los desocupados, antes de transcurridos seis meses desde la ruptura de la relación laboral o del término de su mandato en el supuesto de aquellos trabajadores que desempeñen cargos representativos.”

VII. El fin de esta historia

La crítica precedente ha seguido un camino que —sólo ilustrativamente— se puede llamar “inductivo”, porque intenta generar cambios en un plano general o colectivo partiendo de una reformulación de lo individual. Y ello, por la doble razón de que “los individuos son, en última instancia, el eje de toda actuación jurídica”⁴⁷, y “cuando se habla de derecho, forzosamente hay que referirlo a la persona”⁴⁸.

Pero, vale aclarar, lo individual no debe identificarse con lo *único*.

El siglo XX probablemente sea “largo” para la Argentina⁴⁹ y termine hacia ¿el 2030?, cuando nuestro sistema abandone el esquema “de sindicato «único» más representativo” por otro que admita una mayor representatividad “plural” o distribuya más igualitariamente los derechos de las organizaciones, tema sobre el cual en otra ocasión dedicaré un poco más de tiempo, papel y tinta. ♦

⁴⁷ GALIANA MORENO, Jesús M.; *Crisis del contrato de trabajo*, Revista de Derecho Social n° 2, ed. Bomarzo, Albacete, 1998, p. 59.

⁴⁸ GALIANA MORENO, J. M.; *Crisis...*, op. y loc. cit., nota 48, con cita de GARCIA, Alonso, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 9.

⁴⁹ Retomando la idea de Hobsbawm utilizada al principio de este trabajo. Cfr. HOBBSAWM, Eric J., *Historia...*, cit. en nota 1.