Más invitados al cumpleaños

En esta nota del Dr. Matías Croce se analiza con mucha profundidad el tema de la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, cláusula constitucional largamente incumplida, de la cual también hablamos en esta nota relacionada.
Pero no nos perdamos los conceptos de Croce:

——————————————————

BREVES APUNTES SOBRE EL ROL DEL DERECHO Y "LA PARTICIPACIÓN EN LAS GANANCIAS DE LAS EMPRESAS, CON CONTROL DE LA PRODUCCIÓN Y COLABORACIÓN EN LA DIRECCION" COMO PROMESA CONSTITUCIONAL INCUMPLIDA[1]

Por Matías CROCE

SUMARIO: I. Introducción. II. Algunas aclaraciones previas del punto de vista del derecho constitucional. Las normas programáticas y la inactividad del legislador. III. El activismo judicial: ¿guardián o vicario? IV. Los cambios de paradigma y su repercusión en el ámbito del trabajo y el rol del Derecho. V. Definición. Naturaleza jurídica del instituto. Aproximaciones sobre su modalidad. VI. Algunas formas de participación. Antecedentes y alcance jurisprudencial. VII. Corolario y reflexión final.

I. Introducción

Desde el punto de vista metodológico resulta adecuado –liminarmente- establecer ciertas pautas a los fines de desarrollar y abordar el tópico que nos convoca con el propósito, nada sencillo, de lograr una síntesis mediante dichos jalones interpretativos preestablecidos. En otras palabras, intentaremos perfilar el tema sin ánimo de agotar su contenido toda vez que la densidad del mismo excede el marco del presente trabajo por sus variopintas aristas cuyos matices y contrapuntos (por caso, cómo pueden confluir -en forma armónica- el capital y el trabajo) exigen un mayor abundamiento analítico que trasciende, insistimos, este comentario que, sin embargo, pretende ensayar (en forma interdisciplinaria abrevando, fundamentalmente, de otras ciencias sociales) en derredor del tema puntual de la participación en las ganancias algunas reflexiones sobre el Derecho, su rol y función dentro de la sociedad (salarial) y otras cuestiones afines al mercado de trabajo. En fin, será una suerte de *señuelo* que nos permitirá disparar –y proyectar así- otras inquietudes a propósito de la participación (de los trabajadores) en las ganancias de las empresas.

La participación (de los trabajadores dependientes) en las ganancias de las empresas se encuentra inmersa en un tema –o área temática, mejor dicho- más general que lo comprende –y absorbe- como es el de la participación de los trabajadores en la empresa (visión *colaboracionista* y *gestionaria*). Participación que si bien no pretendemos agotar en su contenido, como ya se señaló, tendremos la intención de mencionar las manifestaciones más destacadas, haciendo hincapié en el derecho a la información de los trabajadores (en los nuevos modos de organizar el trabajo), en la gestión de la empresa y, fundamentalmente, en la participación en las ganancias/utilidades/beneficios, analizando la cláusula constitucional que lo prevé, antecedentes normativos (especialmente su fuente constitucional), su

naturaleza jurídica, la posibilidad de acceder al mismo por vía judicial, etcétera, para finalizar con alguna breve conclusión.

II. Algunas aclaraciones previas del punto de vista del derecho constitucional. Las normas programáticas y la inactividad del legislador

Resulta dable advertir que la Constitución Nacional en su artículo 14 bis prevé, en la parte que nos interesa aquí, lo siguiente: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ... *participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección*".

Podemos afirmar de modo genérico que el derecho que establece la participación en las ganancias de las empresas por parte de los trabajadores goza de rango constitucional. Podríamos debatir, asimismo, si estamos ante un derecho operativo o bien ante un derecho programático (como lo sugiere la mayoría de la doctrina autoral especializada[2]). Debate que, ciertamente, no enerva el carácter constitucional del que goza, no obstante la práctica constitucional ha tenido el desatino de omitir cuando no ignorar su debida implementación vía reglamentaria, deviniendo en "letra muerta" muchas de sus cláusulas.

Recordamos someramente que por normas "programáticas" puede entenderse a aquellas que plantean un "programa" y también a aquellas que requieren de una instancia normativa adicional para entrar en vigencia efectiva; por normas "operativas" puede entenderse a aquellas que "ponen en marcha" un programa y también a aquellas que no requieren de una instancia normativa adicional para entrar en vigencia efectiva. Sin embargo, *no es cierto que las normas "programáticas" carezcan de virtualidad jurídica "inmediata" y porque tampoco lo es que las normas "operativas" no puedan expresar un "programa"*. *Las normas programáticas –aun en el caso de necesitar de una norma específica posterior- tienen por efecto inmediato "impedir" que una norma operativa contradiga el programa que ellas contienen; ello no impide que la cláusula tenga efecto invalidante respecto de una norma operativa que retaceara, menguara o desconociera tal derecho*. Finalmente, cabe consignar los casos en que la frontera entre lo "programático" y lo "operativo" se torna difusa y hasta irrelevante. Vale la pena recordar los precedentes jurisprudenciales de 1957 y 1958 debidos a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de "crear" –frente a la inexistencia de norma operativa concreta- una acción procesal de tutela sumaria (hoy conocida como acción o recurso de amparo) para garantizar a los damnificados una respuesta judicial específica frente al agravio evidente e irreparable de derechos constitucionales (CSJN, Fallos: 239:459 *in re* "Siri, Ángel" y Fallos: 241:291 *in re* "Kot, Samuel")[3].

Según NINO, al referirse a la norma en cuestión, *"a pesar de su concisión, coincidente con el estilo general de la Constitución, este artículo es lo suficientemente comprensivo como para satisfacer las exigencias del constitucionalismo social contemporáneo. El cuestionamiento principal que se les ha hecho a estas cláusulas es el de su falta de operatividad y su mero carácter programático ... Sin embargo, hay varias aclaraciones que hacer sobre este punto. En primer lugar, ... en el art. 14 bis hay cláusulas programáticas, pero también hay cláusulas operativas como las que establece el derecho de huelga. En segundo término, la terminología "cláusulas no operativas" es equívoca, puesto que oscurece la idea de que tal cláusula puede contener directivas muy precisas al legislador y a otros órganos políticos, por más que no sea directamente aplicable por los jueces. En tercer lugar, ... discutiremos si es no plausible, de acuerdo con cierta concepción justificatoria de la democracia, una mayor operatividad judicial en la aplicación de estas cláusulas"*[4]. En otras palabras, y bajo dicho lineamiento, los poderes públicos no deben, por lo demás, permanecer indiferentes frente a los derechos sociales no operativos y no tomarlos como base de la legislación, de las medidas de gobierno y de la interpretación. En ese orden, FAYT, comentando el tema referido a la participación en las ganancias sostuvo que "el Poder Judicial, por su parte, tampoco ha aplicado la norma en forma directa en ausencia de la aludida reglamentación legal"[5].

El diagnóstico es asaz conocido: declamamos hasta la sacralización misma, con pomposas y floridas envestidas retóricas sobre la importancia y vitalidad institucional de la Constitución mientras olvidamos –nada menos- llevar adelante su ejecución. Una notoria "crisis de autenticidad" de la legislación, según la conocida calificación acuñada por ERMIDA URIARTE. Dicho cliché se acentúa en épocas de contiendas electorales o reformas constitucionales como (ilusoria) "clave de bóveda" para desarticular las desinteligencias y problemas sociales (no resueltos) que tenemos.

Cabe memorar que "antes de ser regla e institución, el Derecho es *logos*, discurso, significado en suspenso. Se articula entre las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno por el otro; paradójico, es uno y el otro"[6]. Dicha *racionalidad paradójica*, en los términos de OST, extrapolada a nuestra cultura constitucional en tanto "flor exótica que sólo germina en condiciones excepcionales"[7], y vista desde –o bajo- la mirilla del artículo 14 bis, concretamente, nos permite avizorar la complejidad que presenta una norma que enuncia un derecho social cuya facticidad –cuando no validez o "fuerza normativa"-

requiere de una decisión política comprometida que trascienda el discurso monocorde y aséptico que tantas veces aparece vistiendo las normas (de más está decir, claro está, que dicha vicisitud apática no acontece en el mentado artículo 14 bis), sin “llenar los intersticios” que transitan en forma lúgubre en la compleja, divergente y multiforme sociedad. Se dirá, en el lenguaje de BOURDIEU, que el juego del Derecho *baliza* un campo generador de hábitos; los cuales, anotamos, no siempre repercuten (costumbre arraigada mediante) en un fortalecimiento de las instituciones jurídicas.

Se ha señalado –en opinión que no compartimos en su totalidad- que “este derecho, reconocido a los trabajadores en forma personal exige una ley que establezca el alcance y límites de esa participación, control y colaboración. La norma, desde su sanción, fue considerada incompatible con el liberalismo económico, los derechos de propiedad, contractuales y empresarios alegando que, de aplicarse, dejaría en manos de particulares o de los sindicatos la conducción empresarial, *socializando* la economía. Del mismo modo es atendible la objeción referida al eventual reparto de las pérdidas de la empresa, si las hubiere, ante el derecho a la participación en las ganancias. Como quiera que fuese, este derecho no fue reglamentado y, en los hechos, no se aplicó”[8]. Como primera observación, resulta llamativo que se visualice negativamente –y *per se*– el contenido de la manda constitucional expresado en la norma del artículo 14 bis (continente), como una suerte de intromisión –o, cuanto menos, una yuxtaposición ignominiosa- del proletariado (para seguir la línea discursiva detractora), en medro de los derechos sociales reconocidos –a texto expreso- por nuestra Constitución y, asimismo, por instrumentos internacionales cuyo alcance, de mínima, es supra-legal / infra-constitucional, y de máxima, con jerarquía constitucional (PIDESC, por caso) y receptados por el moderno constitucionalismo –dentro de las alambradas de un Estado Constitucional de Derecho-; y, como contrapartida, se deba considerar como *primus inter pares*aquellos derechos decimonónicos hasta el propio paroxismo jurídico desoyendo la fuerza de los derechos (y mandatos axiológicos) de la actual centuria.

Con una mirada retrospectiva, en 1907, el Departamento Nacional del Trabajo, requiere a la Unión Industrial Argentina, informe sobre las empresas que acordaban a sus obreros “una parte de los beneficios”. Ella fue la primera encuesta realizada sobre este tema, sugiriendo la posibilidad de implantar el*participacionismo* “con el propósito de vincular los intereses de los capitalistas con los de los trabajadores”. La respuesta de la UIA fue que “la idea era plausible, en principio, pero que en esos momentos sería de *aplicación prematura* en el país, toda vez que era menester que hubiese más capacidad y estabilidad en el personal

que hubiere de gozar del beneficio y era preferible esperar que se conocieran bien los resultados de los ensayos que se hicieron en otros países donde la industria estuviese en condiciones más sólidas"[9]. Entendemos que la fase *prematura*, aludida por dicha entidad empresaria, al menos como evasiva, ha perimido y que, desde entonces a esta parte, hemos transitado por épocas de bonanza y desarrollo económico (aunque también con los vaivenes propios de todo ciclo económico[10]) que pudieron haber sido posible –además de plausible- la implementación de algún grado de participación[11].

Por fin, no podemos negar el sustrato o carga ideológica de toda norma constitucional; pretender o auspiciar una asepsia valorativa (ajena al contingente histórico en tanto fenómeno cultural[12]) en materia de derechos sociales, nada menos, resulta un verdadero sinsentido, inaudible inclusive desde el más acérrimo positivismo.

Es sabido *"que la "fuerza normativa" de la Constitución no es un dato estático, o algo ya hecho, sino un elemento vivo, naturalmente fluctuante, siempre por hacer. Para entenderla, no basta la mera lectura de las normas de la Constitución ni sirve la ilusión kelseniana de que la Constitución siempre triunfa ... Para inquirir sobre la auténtica "fuerza normativa" de una Constitución, es necesario zambullirse en la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad, y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución. En ciertos caso, ese "actuar" demandará, además de lucidez y prudencia, coraje"*[13]. Sin dudas, el planteo sustantivo será, finalmente, qué criterios argumentativos deberán ser utilizados –en un posible escenario judicial- para poner *en acto* esta cláusula que enuncia un derecho social y cuya concreción ha sido omitida, hasta el momento, por el legislador. Recordemos que la eficacia se revela, siguiendo a Antoine JEAMMAUD, fuera del orden jurídico mismo, en consideración de un objetivo o de resultados metajurídicos, es decir, en el campo socio-económico, político o ético, y más o menos globales y distantes de la producción de las reglas jurídicas de las que se trata: realización de un cierto orden, de la seguridad, de una vida política democrática, de relaciones sociales justas, de una cierta libertad concreta de individuos y de grupos, o bien de la satisfacción de ciertas necesidades, de la adecuación de la oferta de un bien (o de la mano de obra) a su demanda, de una estabilización del empleo, de la baja de la tasa de desempleo, de una disminución de los accidentes de trabajo, de un desarrollo de la negociación colectiva, de una elevación del nivel de calificación profesional, etcétera.

Asimismo, esa inefectividad probablemente no provenga de una única causa: junto a una extendida cultura de la anomia (NINO, 1982), militan la falta de

recursos de control (o el desinterés por proveerlos), la incorporación de normas o influencias desentendidas de la propia realidad social y productiva, el desinterés por el fortalecimiento de los aparatos y procedimientos productivos (justicia e inspección del trabajo), los deficitarios diseños legales, las dominantes incitaciones "costo" a incumplir las normas. Factores todos ellos que marcan la distancia entre *el derecho* y *la realidad*[14].

Sobre el impredecible destino del derecho del trabajo se han sostenido infinidad de pronósticos. Quizás haya sido la OIT quien mejor diagnosticara –a modo de *prognosis*– al sugerir la existencia de un "desenfoque" entre la norma (laboral) y el sujeto al cual debe proteger, como si dicho sujeto hubiere sido desplazado del ámbito de la norma. Ahora bien, observando el fenómeno normativo bajo examen, frente a nuestro artículo 14 bis de la Constitución Nacional, podríamos concluir que nuestro trabajador –*sujeto de preferente atención constitucional*, según ha calificado nuestro cimero tribunal de justicia- nunca estuvo siquiera emplazado (en la realidad plástica de los hechos: más allá de la rigidez que presenta la norma) en el contexto situacional, en el plano concreto emergente o consecuente con la manda constitucional. Con otras palabras, más sintéticamente, dicha cláusula carece de "fuerza normativa".

Por otra parte, el divorcio entre *la norma* y *la realidad* no resulta un capítulo novedoso en la construcción de la dogmática jurídica moderna. Las leyes, decía GOLDSCHMIDT, son en cierto modo, una novela rosa, comparadas con la realidad[15]. Su *maridaje*, digamos, no siempre ha sido armonioso. Y esta, precisamente, no es la excepción. Quizás por ello, "el apego al derecho ha sido duramente criticado en la teoría jurídica con el mote de "fetichismo"; (al ser) un apego que de manera implícita o explícita se describe como irracional, emocional, mitológico y religioso. [...] Se decía, ... que insistir en las vías legales era puro *fetichismo*. Con ello se quería decir que en general el derecho era ideológico o que era parte de la superestructura, y que por tanto, a la larga sólo beneficiaba a la clase dominante; o que era individualista, y ocultaba las relaciones de poder entre las clases, con el mismo resultado final. [...] Pero el fetichismo legal es una crítica más antigua que el marxismo, y resulta que inicialmente no criticaba "el derecho burgués, sino al formalismo como método de interpretación de la ley. Así (Francois GÉNY), describe a los devotos del método exegético como si estuviera en una especie de trance semirreligioso, fascinados por el Código, y como practicantes del "fetichismo de la ley escrita. Lo del fetichismo legal sirve tanto para indicar un formalismo conservador, como para indicar una complicidad con la injusticia del sistema. Y, además, se usa popularmente de manera más vaga para indicar que el fetichista tiene la absurda creencia de que el derecho cambia la realidad social. En

este último sentido, *el fetichista legal se refiere a no darse cuenta del abismo que separa la aprobación de una ley, de su aplicación*, y estar de alguna manera engañado por el ritualismo de la norma, posponiendo indefinidamente la confrontación con sus problemas de aplicación[16]"

La norma que nos convoca y cuyo *pedigree* constitucional nadie interpela podría convertirse en una suerte de fetiche legal (uno más) si no se implementa un mecanismo (inelástico, entendemos, aunque practicable) que acorte la distancia o brecha entre la *norma* y la *realidad*, más aún en tiempos de bonanza económica. Es el momento para discutirlo y generar consensos para su implementación. Discutir, en definitiva, la materialización de este precepto constitucional es una dato social digno de encomio y celebración cuya deliberación, en tiempos no muy lejanos, hubiese parecido una quimera cuando no un dislate.

III. El activismo judicial: ¿guardián o vicario?

En fin, brevemente podemos afirmar que estamos ante un derecho social de rango constitucional cuya operatividad depende de (su) reglamentación mediante una norma jurídica –derivada- que no necesariamente tendrá como fuente su sede natural (lo que lamentamos en términos republicanos pero vislumbramos en términos pragmáticos), en tiempos de *activismo judicial* donde el poder *contra-mayoritario* resuelve cuestiones sensibles y crujientes de nuestra convulsionada *sociedad líquida*[17]. El resorte orgánico debería ser –o haber sido ya, mejor- el Poder Legislativo pero inferimos que la respuesta podría tener otra fuente a tenor del mentado activismo judicial.

En rigor de verdad y más allá del ímpetu que ha recobrado éste, coincidimos –*mutatis mutandi*– con MACHADO, en ocasión de reflexionar sobre la presunción del artículo 23 de la LCT, donde sostuvo que: "Es claro que el llamado *activismo judicial* goza contemporáneamente de una gran popularidad. Pero, ... esa popularidad se basa en un prejuicio o un malentendido que adscribe las amplias facultades o el uso alternativo al progresismo, porque ¿qué nos inmuniza contra un activismo judicial, digamos, de derecha?"[18]. Razonamiento –o reflexión aguda, por cierto- que podríamos proyectar a un tema de candente actualidad bajo la etiqueta de "justicia cautelar"[19] o "patria cautelar", en defensa -no siempre ni precisamente- de los intereses y derechos de los más débiles (trabajadores/usuarios/consumidores) sino, por caso, de las corporaciones[20].

La pregunta sería: ¿Podría arremeter el Poder Judicial con una solución innovadora ante un planteo realizado por un trabajador, solicitándose que sea suplida la voluntad *omisiva* del legislador e intime a determinada empresa a participar al trabajador –o conjunto de trabajadores tratándose de un litisconsorcio procesal (activo), por ejemplo, o bien pudiendo intervenir la entidad gremial que los

represente- en las utilidades, debiéndose agudizar el ingenio jurídico a los fines de proveer un mecanismo contable a los fines de liquidar eventualmente dichas ganancias o sugerir las pautas de cálculo a tales efectos? Es una cuestión intrincada cuya osadía podría afectar, posiblemente, derechos e intereses legítimos (o bien, generar una colisión de derechos que habría que zanjar en función de preferencias o jerarquías *ad hoc****[21]***). O bien, en tren de conjeturas, podría ser la Judicatura –en una suerte de aplicación de "Badaro II"- quien exhorte a las autoridades responsables a remediar el vacío reglamentario con el dictado de una ley que aseguren el objetivo constitucional con pautas claras en pos de dotar de mayor seguridad y certeza jurídicas al sistema a fin de que examine la problemática de marras. Todo ello, claro está, en el terreno de las hipótesis del gabinete o laboratorio jurídico. Serán, a este ritmo, "los tribunales los que, tras la estela de las leyes, cumplan una meritoria labor de asentamiento que muestre sus múltiples facetas en los repertorios de jurisprudencia".

Así las cosas, y entendiendo que la aparición de los derechos fundamentales del trabajador, como hecho incontrastable de nuestra época, marca un giro cualitativo en su condición o estatus ya clásico, caracterizado por la conquista de un conjunto de derechos laborales en cuanto parte del contrato de trabajo. Leyes y Tribunales pugnan ahora por escenificar derechos fundamentales en la relación laboral, y si pudiera parecernos que el trabajador siempre los tuvo reconocidos, la frecuencia con que en la práctica se discuten podría convenirnos el cambio sin necesidad de consultar las regulaciones de nuevos derechos relacionados con la protección de datos, la reserva o la intimidad y dignidad de la persona del trabajador. De poco sirve constatar que su aplicación en la empresa no alcanza la altura que tienen, haciendo hablar a BAYLOS de *dos ciudadanías* entre las cuales no hay continuidad, pues tal retraso con la situación de extramuros no empaña la gran importancia del dato, el que disfruten hoy día de tanta importancia y relieve para las relaciones de trabajo[22]. Aunque quede mucho camino por recorrer y siendo que para muestra sólo vale un botón, el tema de la participación en las ganancias es un fiel reflejo de ello. O sea, el enfoque del tema de la efectividad del derecho del trabajo y de la seguridad social desde la Argentina, ahora, exige tener en cuenta una triple aproximación contextual: a) el derrotero más reciente del derecho social como categoría histórica; b) una cierta tradición latinoamericana que le caracteriza y c) un fenómeno cultural específicamente argentino (que alberga tendencias anómicas que se manifiestan en un generalizado desapego a la ley)[23].

Por último, respecto del llamado activismo judicial[24] que *parece* conmover –para cierto sector- los propios cimientos de la clásica tríada de poderes y que se inserta dentro del nuevo bloque de constitucionalidad respecto, según comentamos

en otra publicación[25], de los derechos humanos., es oportuno decir que dicho proceso ha sido cristalizado, especialmente, desde la consolidación de la última composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, en adelante), vislumbrándose "la existencia de una nota común *transversal* a diversos pronunciamientos y decisiones ...: (y) su tendencia a potenciar su poder como cabeza de una rama de gobierno del Estado mediante el recurso a pronunciamientos *nomogenéticos*, lo cual ha sido calificado como activismo de la CSJN"[26], para referirse a una actitud en la práctica que coloca el acento en la participación directa, intensa y continuada que impulsa y guía, innovadoramente, el accionar del gobierno. Tal activismo, horizontalmente, gana espacio porque la Corte ingresa con osadía en la composición o respuesta de fondo de las controversias[27]. Parecería, en definitiva, que estamos ante un hiato profundo, en el cual los derechos humanos se imponen como una suerte de "potencia cismática que mueve a indagar si estamos ante el advenimiento de un nuevo modelo institucional donde –de modo paradojal- el poder contramayoritario –quizás como una manifestación del desencanto por los efectos de la expresión de la voluntad popular afirmada en el sufragio- recibe las demandas de la comunidad en aquellas materias que hacen al respeto a su dignidad y al libre desarrollo de sus integrantes"[28]. No sería descabellado pensar que dicha *lógica* sea extendida para otros derechos sociales propugnando su operatividad.

En dicho orden de ideas, entendemos que el Derecho Público ha recibido cambios importantísimos; así, encontramos, en el campo de la Constitución que "el estatuto del poder está mudando en lo que respecta a los controles a las decisiones de las mayorías, la noción de democracia intermedia permanente que permite la actuación ciudadana continua, y la acentuación de los controles que ejerce el Poder Judicial a través de la reducción de las cuestiones no judiciables; el estatuto del ciudadano ha recibido el aporte de los derechos fundamentales que han revolucionado los textos constitucionales; la interpretación constitucional y el sistema de fuentes se han transformado en un tema de primerísimo orden; la textura de la norma constitucional está siendo reinterpretada en relación al multiculturalismo y la diversidad"[29]. Como señala SUPIOT, toda la dificultad de las sociedades modernas estriba justamente en tener que pensar y vivir la igualdad sin negar las diferencias.

IV. Los cambios de paradigma y su repercusión en el ámbito del trabajo y el rol del Derecho

Es dable destacar que la matriz organizacional del trabajo ha sufrido un verdadero estallido a nivel conceptual –en términos reales- desde el punto de vista de la empresa consecuencia –entre otras- del proceso de

segmentación/fragmentación de la producción. Un cambio de paradigma que nos interpela a los operadores del derecho y hace necesario *repensar* la cláusula constitucional bajo examen desde otro enfoque muy distinto al de los convencionales constituyentes del año 1957. Así, en prieta síntesis, y sin pretensión de profundizar sobre dicho cambio –o quiebre-, sobre lo que da cuenta una profusa literatura especializada, deviene necesario puntualizar, a grandes rasgos, ciertas *tendencias* que han tenido incidencia y proyección sobre el sistema de relaciones laborales, sobre el rol tradicional de sus actores protagónicos y, en definitiva, sobre el Derecho del Trabajo, sus alcances y limitaciones[30].

Los *corsi e ricorsi* del derecho del trabajo desde los postulados que presagiaron su crisis hasta la "huida" misma, la llamada "deslaboralización" y la "desalarización", de la mano de la experiencia flexibilizadora –con el pensamiento neoliberal imperante como único interlocutor- y sus conocidos efectos deletéreos sobre el estatuto de derechos del trabajador, han dado nota de la necesidad de que la regulación de las relaciones laborales no sea función exclusiva –ni mucho menos excluyente- de la "libre" negociación entre empleadores y asalariados. La participación del Estado como garante de la contratación[31]mediante un esquema tutelar y compacto (blindado), encargado de "redistribuir" los contenidos y funciones normativas de las fuentes del derecho del trabajo en tanto el juego de limitaciones al que unas fuentes del derecho del trabajo someten a las otras y esas limitaciones, constituye, precisamente, la técnica operativa del derecho del trabajo[32], sin perder el horizonte, añado, de los principios que rigen –de modo imperativo y heterónomo- la materia, los que han sido fortalecido a la luz de los criterios esbozados por la CSJN desde la primavera del año 2004 en adelante[33].

Es decir, el derecho del trabajo tiene, al decir de GOLDIN, una *ambivalencia funcional* de origen que nunca abandonó y que, probablemente, tampoco haya de dejarlo solo en los tiempos por venir (al igual que su finalidad tutelar). Proteger a los trabajadores y preservar el sistema económico, legitimar y luego limitar los poderes empresariales, arbitrar un delicado equilibrio estructural entre libertad de empresa y poder empresarial por un lado y protección tutelar del asalariado, por otro. Todo ello, tras su función de proveer legitimidad al sistema social y a su orden económico sin dejar de cumplir su fin último (proteger al trabajador). Esa ambivalencia funcional no supone (no necesariamente, al menos) prescindencia axiológica en este reclamo[34]. Bajo dicha clave interpretativa, no caben dudas que la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, demandará (para su aplicación) de parte del Estado una toma de posiciones de consuno, seguramente, con los demás integrantes de la ecuación; esto es, empresarios y trabajadores, a través de sus representantes a los fines de dotar de mayor

organicidad a la implementación, diferenciando las actividades y la envergadura de cada sector.

Bajo dicha inteligencia, podríamos señalar, igualmente, que el derecho del trabajo ha tenido y tiene como primera razón de ser, hacer resurgir al trabajador como sujeto de derecho en la empresa, es decir, "civilizar" el poder empresarial, dotándolo de un marco jurídico de ejercicio. Este encuadramiento ha significado al mismo tiempo –*ambivalencia irreductible del derecho*– una legalización y una limitación de ese poder[35]. En fin, socializar (o mejor dicho: democratizar, para neutralizar –de suyo- cualquier adscripción ideológica que, apriorísticamente, pudiera descontextualizar, vía impugnatoria, la riqueza del debate en ciernes), las relaciones de fuerza, juridizando sus alcances y efectos, en concordancia siempre con el precepto constitucional como umbral fondal inexorable.

Pensamos que al decir que el Derecho se propone *regular la conducta humana para garantizar la convivencia* ingresamos, como sostiene ROSATTI, al tema del *rol* del derecho. Así, "en el pensamiento occidental es posible reconocer –más allá de los casi infinitos matices- tres diferentes tradiciones en torno a cuál "es" (o cuál "debe ser") el rol del Derecho en la sociedad: o es un instrumento *principalmente moralizador*, o es un instrumento *principalmente pacificador*, o es un instrumento de *dominación*. En el primer caso, el Derecho se propondría *conducir a la realidad* ("elevándola") *hacia un modelo ideal de vida*; en el segundo caso, se propondría *compatibilizar las conductas sociales sobre la base de múltiples transacciones*, y en el tercer caso, se propondría *mantener las cosas tal cual son*. Dicho de otro modo: en el primer caso el Derecho se propone *transformar la realidad*; en el segundo,*gobernarla o gerenciarla* (según los distintos enfoques); y en el tercero, mantener el *statu quo*"[36]. Nos preguntamos, entonces, qué habrá pretendido el convencional constituyente al momento de introducir la cláusula que habilita al trabajador a participar en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección: A la sazón de los hechos, podemos afirmar que se ha mantenido el *statu quo* toda vez que las cosas no han variado, se han mantenido incólumes desprotegiendo, paradójicamente, al trabajador si, como dijimos más arriba, la finalidad de esta rama del ordenamiento jurídico es la de proteger al trabajador mediante un dispositivo tutelar diseñado para paliar el consabido déficit negocial entre las partes contratantes donde la voluntad del trabajador no se compromete sino que se somete y el trabajador se analice en la empresa (tanto) como *objeto* y *sujeto* del contrato. Lo cual ha sido convalidado, como sabemos, por el lenguaje –ominoso y funesto hasta la *cosificación* misma como denuncia ACKERMAN[37]- de "recursos humanos". La distancia entre trabajadores y recursos humanos es la que va de una

sociedad preocupada por las personas a una interesada por las cosas.

V. Definición. Naturaleza jurídica del instituto. Aproximaciones sobre su modalidad

El vocablo “participación” proviene del latín *partem* y *capere*: tomar parte. Participar significa “formar parte de un todo”. Hay quienes insisten que resulta un término equívoco, y que plantea dificultades para su unívoca definición puesto que se presta a confusiones “en razón de las diferentes aproximaciones ideológicas y las dificultades reales de aplicación”. Participación sin calificativo alguno, “puede tener un sentido y alcance mucho más amplio hasta llegar a lo casi inaprensible” en términos del Derecho del Trabajo[38]. En una extensión intermedia del concepto de ‘participación’, la “concertación” –según ERMIDA URIARTE en cita de SECO- puede ser presentada como una modalidad, de participación o tripartismo.

En definitiva, la participación es un verdadero signo de los tiempos “a través de los cuales se expresa una aspiración de los hombres de ser miembros activos (partes) de la comunidad, no meros sujetos pasivos, lo que conlleva como consecuencia, asumir la consiguiente responsabilidad en la conducción del proceso dinámico propio de la vida en sus diversos sectores”[39].

Asistimos a diversos movimientos hacia el logro de un mayor nivel de participación en los distintos ámbitos de la vida, y uno de ellos es la empresa donde se intenta recuperar el papel del trabajador como sujeto, protagonista en la vida, y no como mero objeto, no como observador de lo que los otros deciden[40].

Participación, enseña VAZQUEZ VIALARD, no es sinónimo de *despersonalización* (al contrario) pero tampoco lo es de *anarquía*. Se trata de que el hombre viva como ser responsable en todos los ambientes sociales en los cuales puede desarrollar su personalidad. Ello exige, en primer lugar, la implementación de canales a través de los cuales se viabilice la participación por intermedio de órganos representativos de los distintos miembros de la comunidad. Muchas veces, “cuando se habla de participación se destaca sólo un aspecto: el de ser y actuar como parte; y se menosprecia el otro que tiene similar importancia: asumir la responsabilidad que el hecho comporta. Si el primer déficit degrada a la persona y la convierte en un objeto. El mismo error se sigue, cuando el hombre no actúa como ser responsable, es decir que debe responder, dar cuenta de sus acciones que no tienen como finalidad la que a él se le antoja sino la que corresponde según la naturaleza propia de las cosas: en el caso, nuestra condición de hombres con vocación social”.

En relación a la “participación decisional” o “cogestión” sugerida más arriba, si bien es un tema que excede al de la participación en las ganancias, también es cierto que lo puede llegar a comprender, a la luz del mandato constitucional

aludido. Brevemente, recordamos que para el IV Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es un método de integración por el cual el empresario y los trabajadores participan conjuntamente en la formación de actos de decisión empresarial. La considera “el último paso en la democratización de la empresa” y afirma que consiste en la intervención de todos los elementos componentes de la empresa en la administración, siendo su dirección técnica y económica compartida por representantes de los trabajadores y del capital. Sería no ya una *participación en la propiedad* sino un *subtipo* de la participación orgánica o institucional referente a la toma de las decisiones.

De la lectura del texto normativo surge la siguiente pregunta: el control de la producción y la colaboración en la dirección, se ¿reconoce al efecto de la participación en las ganancias?, ¿o se trata de dos reconocimientos separados o separables, uno de carácter remuneratorio (participar en las ganancias) y otro de carácter gestionario (controlar la participación y colaborar en la dirección)?[41].

Según BADENI, la cláusula no habilita la cogestión, tratándose de un grado participativo inferior; para EKMEKDJIAN, la colaboración no significa participación en igualdad de derechos con el empresario o con los socios de la empresa; colaborar, para este autor, es ayudar, acompañar, no oponerse al titular de la empresa ni pretender sustituirlo en sus decisiones. Para QUIROGA LAVIE, en cambio, la cláusula consagra la cogestión[42], lo que supone la opción por un modelo de “democracia industrial” que opera como una “limitación al derecho de propiedad patronal”. Resalta ROSATTI que, abonando este criterio, en ocasión de fallar el caso “Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes SA”, el 23 de agosto de 1988, los ministros de la CSJN, Enrique PETRACCHI y Jorge Antonio BACQUÉ, afirmaron que debía entenderse a *“la empresa como una organización cuya responsabilidad social consiste no sólo en llevar a cabo la distribución y producción de bienes, sino en hacerlo también equitativamente, incluso en lo que atañe a su ámbito interno”*[43].

Más contemporáneamente, SUPIOT afirma que “la empresa no se deja reducir a la idea de una comunidad natural de trabajo” en tanto “la unidad y permanencia del grupo que forman el empresario y sus trabajadores ceden hoy ante la pluralidad y la discontinuidad de las formas jurídicas de la empresa, ante la diversificación de las formas de empleo, y la dificultad para determinar el centro de poder y decisión”[44]

Por último, es dable memorar que el miembro informante de los derechos sociales en la Convención Reformadora de 1957, Luis María JAUREGUIBERRY entendió que si bien “el control de la producción [...] se refiere pura y exclusivamente al control o contralor de parte de los trabajadores para que la participación en las ganancias no sean ilusorias [...] la colaboración en la dirección

[...] es un grado de cogestión. Es colaboración técnico-profesional a la par que intervención útil en la gestión de la empresa".

En cualquier caso, es claro que –como mínimo- la lectura de la disposición constitucional consagra un "plus salarial", o –como ha dicho BIDART CAMPOS- "un método remuneratorio que supera al estricto del salariado"[45] y que se trata de una participación en las ganancias pero no en las pérdidas, distinguiéndose por ello de otras formas participativas propias del derecho Comercial. Asimismo, ya en el año 1981 el maestro constitucionalista se quejaba de la inactividad del legislador en cumplir la imposición del constituyente –que a su entender la podrían suplir los convenios colectivos- porque en el reparto de competencias del poder se adjudicó imperativamente al Congreso dictar la ley que amparase y asegurase los derechos condensados en el artículo 14 bis. Propiciando una interpretación *amplia* y generosa del precepto, que reconozca la participación a todo empleado que trabaje para un empleador en una actividad, a la que el empleado coopere directamente, que devengue un beneficio lucrativo, el autor puso de relieve las falencias de su redacción, al hablar de "las empresas", que hace dudar cuáles empleadores quedarían involucrados (por ej. el empleador individual dueño de una pequeña casa de comercio, con uno o dos empleados) y de "producción", que hace dudar si el beneficio se circunscribe a las actividades que fabrican o manufacturan bienes físicos y no bienes o servicios de índole distinta[46].

De hecho, el artículo 14 bis "apunta a una de las eventuales concreciones del concepto más amplio de "accionariado obrero", que puede ser un cambio de estructura empresarial, conforme las sociedades civiles y mercantiles de manera distinta a como el ordenamiento jurídico las concibe y regula, o "una simple variedad del general sistema de participación en beneficios", acepción ésta adoptada por la reforma de 1957"[47].

VI. Algunas formas de participación. Antecedentes y alcance jurisprudencial

Mario DEVEALI al comentar las distintas formas de participación en las ganancias y sus proyecciones en las relaciones laborales, puntualiza que en tanto "antídoto de la lucha de clases", las primeras manifestaciones más enfáticas de ese principio sienten evidentemente la influencia de la concepción marxista de la "plus valía".

"Cuando en virtud de esa concepción, así como del maquinismo y del desarrollo de la industria manufacturera, aparece el proletariado industrial y se proclama la lucha de clases, mientras los factores de esa lucha propician sin más la eliminación del capital, arguyendo que todos los beneficios de la producción deben repartirse entre quienes la realizan, otros sectores, más moderados, proponen una

fórmula transaccional. Sin negar una retribución al capital, se piensa en la posibilidad de limitar la misma, distribuyendo la parte restante de los beneficios de la producción entre quienes intervinieron en ella con su trabajo"[48]. De allí en más, y descartando soluciones extremas, la participación en las ganancias es pergeñada por quienes configuran a la empresa como una comunidad, como una gran familia, en la cual actúan, con igualdad de derechos y obligaciones, los tres factores: capital, dirección y trabajo; debiendo pues repartirse entre ellos, los beneficios obtenidos por la empresa. Observa DEVEALI que dicha cuestión podría acarrear evidentes injusticias al igualar –con dicha modalidad participativa (indiscriminada, acotamos)- al trabajador meritorio con el inepto, al hacer depender el nivel de las remuneraciones de los factores extraños al trabajo que influyen, a menudo en forma decisiva –sostiene este autor- sobre la vida de la empresa y los resultados de su gestión. Así las cosas, para evitar estos inconvenientes se piensa, desde un sector, entregar la parte de utilidades reservadas al trabajo, al gremio respectivo para que la destine a servicios a favor de sus miembros.

La Asamblea Constituyente del año 1957 que ha elevado a categoría constitucional el principio de participación en las ganancias, no ha precisado el aspecto a que ha pensado referirse. Ambigüedad que resulta aún más acentuada, si se considera que en la misma disposición constitucional se enuncian dos principios aparentemente antagónicos, como lo son el de la "participación en las ganancias de las empresas" y el otro de "igual remuneración por igual tarea"[49]. Para evitar incongruencias, que violan las más elementales exigencias de la justicia retributiva, es que se ha propiciado la solución, como ya adelantamos, de entregar la parte de ganancias destinada al factor trabajo, a la entidad gremial que representa a todos los trabajadores que actúan en una determinada rama de actividad.

Solución que, ciertamente, también presenta sus bemoles toda vez que corresponde tener en cuenta que las entidades gremiales al quedar asociados sus intereses, como beneficiarios de una parte de las utilidades de las empresas que realizan una misma actividad, existe el peligro –para DEVEALI- de que esa coincidencia se traduzca en una colaboración en perjuicio de los consumidores pues el aumento del precio de los productos o servicios será, inexorablemente, una variable frecuente.

Si se examina más detenidamente el fenómeno, se comprueba que es análogo a un aumento masivo de los salarios; la única diferencia que la carga respectiva está a cargo de las empresas, no en función de la cantidad del personal dependiente, sino del nivel de sus ganancias. Esta naturaleza intrínseca de la participación en las ganancias es confirmada por la circunstancia de que algunas legislaciones reconocieron –en su oportunidad- a las empresas la opción entre la

concesión de esa participación o el pago de un salario anual complementario, “y el hecho que también en nuestro ordenamiento la obligación de pagar el sueldo anual complementario ha sido establecida en substitución del derecho a la participación en las utilidades, que había sido prevista en un proyecto anterior”[50]. No compartimos esta interpretación propiciada por DEVEALI y que, a mi ver, se encuentra reñida con los antecedentes que presentan sendos institutos.

El debate jurídico sobre la noción de la empresa (entendida como objeto de derecho) ha estado dominado por dos tesis opuestas. Según la tesis individualista, la empresa es una combinación de la propiedad de los medios de producción y de la libertad contractual. Quienes detentan el capital dominan las formas jurídicas para utilizar su valor. La red de contratos en que se resuelve jurídicamente la empresa no tiene por objeto la organización de una comunidad cualquiera, sino la fijación de las relaciones de los propietarios con los otros operadores económicos y, entre ellos, con los trabajadores. Esta tesis hunde sus raíces tanto en el liberalismo económico (que consagra la abstracción del *homo economicus*), como del lado del marxismo (que defiende la idea del antagonismo de los intereses del Capital y del Trabajo). En la tesis comunitaria, por el contrario, la empresa se analiza como una institución que reúne en una misma comunidad a quienes detentan el capital, los trabajadores y, algo más recientemente, lo que J. K. GALBRAITH llama la “tecnoestructura” y RIPERT llamaba, de forma más simple, la dirección. La empresa no es ya una red de operaciones jurídicas y económicas gestionada por y para los propietarios del capital sino, por el contrario, una institución que une en torno a un interés común –el interés de la empresa- al Capital y al Trabajo[51]

Sin embargo, ya en nuestro país, se ha señalado que los representantes de los partidos comunista y cívico independiente coincidieron en la oposición a esta cláusula; así, el convencional CAMARA destacó que ello demostraba una vez más que los extremos, en definitiva, siempre se tocan.

Redistribución y distribución de la riqueza son conceptos que generalmente suelen fundirse en un mismo sentido y definición. Mientras que el concepto de distribución se refiere a las remuneraciones que reciben cada uno de los factores productivos y está estrechamente ligado a la creación de riqueza y cómo ésta se reparte entre los actores de una sociedad, el de redistribución implica la transferencia de bienes, y en especial de rentas, de unos sectores a otros de la población, para hacer la distribución de la misma más homogénea. Para ponerla en práctica, muchos Estados modernos imponen fuertes cargas tributarias a las rentas más altas, a la vez que realizan transferencias directas a las personas de más bajos recursos.

Dicho esto, coincidimos con Marcelo ALEGRE en que una sociedad que genera

desigualdad *institucionaliza* la injusticia. La igualdad, sostiene el jurista –en opinión que comparto-, no destruye la riqueza sino que exige que se distribuya *con justicia*. Ni es enemiga de la libertad. Por el contrario, procura que todos disfrutemos de una libertad real y que tengamos recursos iguales para enfrentar las contingencias que amenazan a la libertad y al bienestar.

La igualdad exige que todos tengan la posibilidad de prosperar. Resulta una falacia que igualar sea nivelar para abajo (o mucho menos *in peius*); ésta asume que la libertad de todos es igualmente valiosa y procura dotar de recursos a los más castigados por la estructura social y económica, no dañar al resto[52].

No menos cierto, en este contexto, es que la economía está destinada a producir riqueza; la distribución o redistribución es tarea de la política, pero la política puede distribuir riqueza solamente si la economía la produce. Si ésta no funciona, no hay nada por distribuir y se acaba por distribuir pobreza.

Las *cargas* sociales y los *costos* laborales importan un lugar común ya consolidado en el imaginario social (desde el enfoque empresario), que ha servido de *muletilla* a los fines de bloquear (o anestesiar) todo intento de puesta en marcha del presente instituto (participativo) so pretexto de que su implementación podría conllevar, entre otras vicisitudes laborales, a la caída del empleo y demás artilugios consabidos cuya variable primera –siempre- resulta el trabajador.

Sin embargo, *“un fenómeno bien estudiado en la región es el de la doble regresividad de nuestros Estados: los pobres pagan más impuestos que los ricos y además reciben del Estado menos que los ricos. ¡Sería sorprendente que esto no condujera a niveles de desigualdad crecientes! Ahora bien, muchos economistas “progresistas” son permisivos con la regresividad impositiva, bajo la necesidad de no desfinanciar a los Estados. La regresividad es una forma grave de explotación. Si a los que menos tienen y más necesitan encima se les hace contribuir más que a los sectores aventajados, la única explicación es que se está aprovechando su debilidad política”* ***[53]***.

Países centrales como Alemania, Francia, Suecia y Noruega han puesto en práctica este mecanismo. En el caso de Alemania, el promedio de participación de los trabajadores en la renta empresarial se calcula para el año 2014 en un piso del cuatro y medio por ciento.

Sin ir tan lejos, está la experiencia de México que desde el año 1962 utiliza el sistema Participación de los Trabajadores en las Utilidades (PTU), que toma en cuenta la rentabilidad que surge del balance anual, descontados impuestos, amortizaciones y previsiones, entre otros. Al resultado de las mencionadas deducciones se aplica el treinta y cinco por ciento de impuesto a las ganancias, y sobre el monto que queda se aplica el porcentaje del diez por ciento de

participación que obtienen los trabajadores. Mientras que el caso de México se encuentra limitado a las empresas que cotizan en Bolsa, en nuestro país, el proyecto oficial impulsado en el año 2010, contempla(ba) a todas las empresas que superen una planta estable de trescientos trabajadores.

De todos modos, existe una "regla de oro" que no puede ser obviada: "la ineficacia de las normas puramente heterónomas carentes de respaldo en la voluntad colectiva". Por lo tanto, "no basta que la ley o el decreto dispongan 'hágase la participación' para que exista, si la misma se impone al margen o en contra de la voluntad colectiva"[54]. De allí que según las características de cada sistema jurídico y su sistema de relaciones laborales, hacen que se prefiera en algunos casos la fuente *heterónoma* (ley) o la *autónoma* (convenio colectivo).

Respecto de la naturaleza jurídica es dable sostener que es una forma de remuneración *complementaria* que se computa en proporción a las ganancias del empleador. Se sostiene que es complementaria en tanto el salario *principal* no puede ser totalmente aleatorio; no puede estar sometido en forma exclusiva a la existencia de ganancias en la empresa. Y, además carecería de la periodicidad del salario ya que, en general, está ligada al resultado de un ejercicio comercial. Huelga añadir, asimismo, y en función de una inveterada costumbre anómica del contribuyente tendiente a eludir cuanto menos la denominada presión fiscal (nuevamente decimos que el fusible más utilizado resulta el trabajador con la consiguiente precarización laboral, el empleo en negro, entre otras secuelas negativas que postergan la *efectiva concreción* de los derechos en cabeza del trabajador más allá del anclaje normativo que como consecuencia se vacía de contenido irremediablemente).

De hecho, no resulta novedoso postular que la sinceridad expuesta en los balances de las empresas (fundamentalmente respecto de las utilidades) no es la característica más frecuente. En un escenario hipotético de instrumentación del precepto, ha de tenerse en cuenta este dato –digamos, sociológico- con el agravante explícito de que, sin posibilidad de control efectivo no ya en la confección de los balances, eventualmente, pero sí en la participación (informativa) en y del mismo por parte de los trabajadores, resultará improbable llevar adelante, con éxito, la medida. Más todavía si consideramos que, al menos respecto del último proyecto legislativo impulsado en nuestro país, en el año 2010, la puesta en marcha estaba dirigida a empresas de gran envergadura considerando un plantel de trabajadores numeroso. Cómo podrían controlar si la participación se ajusta a la realidad económica de la empresa sin control; cuestión que resulta mayormente intrincada cuando se trate de grupos o empresas multinacionales de compleja ingeniería económica-financiera, históricamente remisos a brindar información.

Sabido es que existen modalidades de pago del salario que tienen en consideración las ganancias obtenidas por la empresa en un lapso determinado. Se trata, actualmente, “de prestaciones voluntarias y discrecionales del empleador que están relacionadas con las utilidades obtenidas y que tienen como finalidad motivar al trabajador para lograr un mayor rendimiento en su labor, además de hacerlo participar del progreso empresario como modo de efectuar una distribución justa de las ganancias”[55].

El instituto en análisis ha sido reconocido por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948 que estableció en su artículo 11: “Los trabajadores tienen derecho a participar en las utilidades de las empresas en que presten servicios, sobre bases de equidad, en la forma y cuantía y según las circunstancias que determine la ley”. En nuestro país, si bien todavía no ha sido reglamentada en forma específica (más allá de que hayan habido algunos antecedentes de anteproyectos y proyectos legislativos), está prevista en el artículo 110 de la LCT de la siguiente forma: “Participación en las utilidades. Habilitación y formas similares. Si se hubiese pactado una participación en las utilidades, habilitación o formas similares, éstas se liquidarán sobre utilidades netas”. Aquí cabe distinguir entre la participación individual llamada “habilitación”, que se otorga a favor de determinados trabajadores jerarquizados –buscando de este modo su aproximación a la dirección de la empresa y al incentivo de la responsabilidad del empleado-, de la participación colectiva, pactada para beneficiar el conjunto de los trabajadores[56].

Señala KROTOSCHIN que, mientras la habilitación cumple con fines remuneratorios, la participación colectiva tiende a una mayor distribución de la riqueza, persigue fines distributivos más que conmutativos. Ello, no obstante, la LCT considera ambas formas como partes integrantes de la remuneración. Así, para Justo LÓPEZ, la *habilitación* es una *participación individual* con miras a satisfacer intereses individuales de las partes del contrato, concedida a uno o pocos empleados seleccionados (en especial entre los llamados *de confianza*), siendo esta habilitación el modo de participación más difundido.

Así, mientras la remuneración en forma de comisión, de modo similar al salario con primas, retribuye el esfuerzo individual o colectivo, la participación en las utilidades, significa un *suplemento* calculado según la utilidad neta, o sea, el beneficio que el trabajo, junto con otros factores (eficiencia de la dirección, condiciones de mercado, etc.), arroja para la empresa durante determinado período de ejercicio (generalmente un año). Estas formas de ganancias adicionales del trabajador prescinden del rendimiento personal, u otros méritos personales, y estriban en cuanto a su cómputo, únicamente en las utilidades de la empresa.

Ciertamente, la participación en las utilidades tiene también por fin despertar el interés del trabajador en la buena marcha de la empresa y, de este modo, incitarle al mayor rendimiento posible, pero no depende de éste[57].

En cuanto a la participación colectiva, su aplicación ha sido escasa en el país, *a pesar* de que la Constitución Nacional, manda "asegurar al trabajador participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección". Aún no se ha dictado una legislación específica al respecto. La jurisprudencia, señalaba KROTOSCHIN, "ha elaborado ciertas directivas, válidas para la participación individual, las cuales contienen puntos de vista aplicables también a la participación colectiva. Así, p. ej., se ha dicho que la participación debe corresponder a una cuota determinada sobre las utilidades de la empresa, liquidada según los resultados de los balances practicados y percibida sobre la base del porcentaje convenido, en forma constante y periódica (C.Tr., 2º, 28/2/48, "LL", 50-903 y "DT", 1948-411. De no cumplir estos requisitos, se trataría de una gratificación o bonificación). Dado su carácter de participación en las utilidades, el trabajador sólo tiene derecho a ella si tales utilidades existen efectivamente[58]. Es –en este sentido- "una prestación típicamente complementaria, en razón de su carácter aleatorio –la empresa no necesariamente ha de generar ganancias- y la periodicidad extendida (generalmente anual) de su determinación"[59]. O sea, podrían no devengarse si, por ejemplo, la empresa arroja pérdidas al cabo de su ejercicio anual. De más está decir que dicha participación no convierte al trabajador en socio de la empresa. Y tampoco le faculta para hacer responsable al empleador por mala gestión. En principio, el trabajador debe reconocer como base para el cálculo de su participación, el balance presentado, siempre que este se haya redactado conforme a las reglas legales y usuales del comercio, en forma correcta e inobjetable.

FERNANDEZ MADRID opina que para determinar la *utilidad* debe estarse a las normas contables, aceptando que las partes acuerden "normas específicas" para ello y, con implícita alusión a los balances, que las reservas formadas por utilidades no distribuidas y que no se incorporan al capital, forman parte de la ganancia neta y gravitan al determinar la participación del trabajador. Coincidimos con Miguel SUSSINI (h) en que "la utilidad neta es el excedente del activo social y las cuentas a él asimiladas especialmente las reservas, en el momento en que se compile el balance anual"[60].

Asimismo, el artículo 111 de la LCT ha instituido derechos de verificación que garantizan al trabajador o a "quien lo represente" (verbigracia: delegado sindical) el libre acceso a la documentación respectiva, del mismo modo que en el caso del pago de comisión. Las medidas de control, sostiene KROTOSCHIN, también pueden

ser ordenadas por el juez, sin que para ello fuera necesaria la existencia de un juicio, por ejemplo, mediante la designación de un veedor. Pero verificación y control no significan participación en la gestión; es decir, que el trabajador sólo puede impugnar el resultado de la administración del empleador, concretado en el balance, cuando hubiese alguna irregularidad. El dependiente también puede impugnar el balance cuando se ha visto imposibilitado de conocer la organización de los negocios del principal o de apreciar las normas o criterios con que el balance se efectuó. En cambio, no tendría, en principio, ese derecho cuando el propio dependiente ha sido un factor importante en estos negocios, desempeñando, por ejemplo, funciones de gerente, o cuando colaboró en la preparación del balance o prestó su conformidad, salvo error o fraude.

En lo que concierne al modo de repartición, además de la participación con percepción inmediata e integral al fin del ejercicio, que sería la forma más corriente, han existido en la práctica métodos de participación con percepción diferida, según los cuales el empleador *capitaliza* las sumas asignadas al trabajador, pagándoselas al retirarse éste de la empresa o al llegar a cierta edad, o bien a sus herederos en caso de fallecimiento. Por fin, la participación con percepción *mixta* consiste en la fusión de los dos sistemas anteriores: una parte se entrega anualmente y otra se reserva. Asimismo, la participación se realiza a veces, íntegra o parcialmente, mediante la emisión de acciones especiales (acciones de trabajo) para los trabajadores, en las sociedades por acciones.

Así, en 1971 el artículo 230 de la ley 19.550 reguló un instituto de esta clase, los “bonos de participación” que pueden emitir las sociedades anónimas, iniciativa que careció de repercusiones (en la práctica) toda vez que no era difícil, en palabras de RAMIREZ BOSCO, que se considerase a los bonos una remuneración sujeta al régimen común, calificación a la que no parecía haber querido escapar la ley comercial. Es decir, dicha consecuencia habría *desincentivado* su implementación por las empresas al incrementar las cargas sociales y los costos laborales. Consecuentemente, la posterior ley 23.576 de Obligaciones Negociables, modificada por la ley 23.962, en su artículo 43 *desgrava* las sumas que las sociedades destinen a la suscripción o adquisición de sus propias acciones para atribuirlas a planes de participación del personal, precisando que están exentas de todo gravamen y no se considerarán parte de indemnizaciones o retribuciones, a los efectos laborales, previsionales o sociales, quedando exentas de aportes y contribuciones. No hay noticias de la difusión de este nuevo giro legislativo[61].

Más recientemente, la CSJN en el caso “Gentini”[62], señaló que “la participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección” integra el plexo de derechos y garantías que, de

conformidad con la manda establecida en el artículo 14 bis de la ConstituciónNacional, las leyes deben asegurar al trabajador a fin de conferir protección al trabajo en todas sus formas. Ese derecho fue incorporado a la Carta Constitucional en ocasión de la reforma de 1957 que, mediante el citado artículo 14 bis, consagró una serie de derechos de carácter laboral y social que habían adquirido reconocimiento universal durante la primera mitad del siglo XX en virtud de su inclusión en las cartas constitucionales de los Estados". En ese marco estima que "el derecho a la participación en las utilidades o ganancias de las empresas puede verse como un modo de materialización, con aristas definidas, de uno de los objetivos del programa cuya promoción, a nivel universal, asumió expresamente en 1944, mediante la Declaración de Filadelfia, orientado a que los Estados adoptasen 'en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una *justa distribución* de los frutos del progreso…' (confr. Declaración de la Conferencia General de la OIT, 26ª Reunión, Filadelfia, 10 de mayo de 1944, punto III, ap. d)[63].

En definitiva, en el caso "Gentini", la CSJN, en el voto *mayoritario*, "ha indicado los valores a tener en cuenta para la interpretación del sentido y alcance de la cláusula constitucional aludida en el caso concreto, como son: a) la justicia social; b) que el trabajador es sujeto de tutela preferente en el artículo 14 bis de la CN; y c) el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sobre tales valores la doctrina de la CSJN en materia de Derecho del Trabajo (o Social, como dicen lo europeos, al decir de SECO), desde la primavera de 2004 viene pivoteando"[64].

VII. Corolario y reflexión final

Resulta un grave desatino convalidar la parálisis parlamentaria respecto de la manda constitucional en lo concerniente a "la participación en las ganancias de las empresas, con control en la producción y colaboración en la dirección" so riesgo de caer en la llamada desconstitucionalización por *vaciamiento* o*desmontaje* al encontrarse afectada la eficacia de la norma por decadencia o desplazamiento de lo normativo-constitucional entendido como un proceso de debilitamiento de la fuerza motivadora de la norma de la ley suprema. Con otras palabras, hasta qué punto dicho estado letárgico no afecta en forma sensible el "principio de progresividad" (receptado por el plexo normativo nacional –vía tratado- y reconocido por la CSJN) en tanto la inactividad sería, al fin de cuentas, una suerte de regresión (franco retroceso en materia de implementación de derechos económico-sociales); o con las palabras ya empleadas en este trabajo en relación al rol del Derecho, nuevamente, estaríamos ante el mantenimiento del statu quo (instrumento de dominación). Es decir, no avanzaríamos hacia una reforma o reconocimiento de

nuevos y mejores derechos conquistados socialmente. Más todavía, si entendemos que la Constitución es la *regla de reconocimiento* de la que habla HART o bien la *norma básica* de KELSEN, en tanto como norma fundamental delimita la validez o invalidez del resto de las normas que componen el *rascacielos jurídico*, flaco favor le hace dicho comportamiento gubernamental, con complicidad silenciosa de parte del empresariado y su responsabilidad social diluida, expectante de que *la respuesta* (sin que ello implique ser *la solución* al carecer de efectos *erga omnes*, por ejemplo), se construya *pretorianamente* desde la Judicatura.

Si bien podemos admitir la faceta programática de la norma constitucional en cuestión, también tendremos que reconocer la operatividad que nuestro cimero tribunal de justicia le ha dado a los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional, los que, a grandes rasgos, se articulan armoniosamente con el artículo 14 bis, ordenando al legislador (una vez más) a consagrar la justicia social y la progresividad de la legislación laboral. En el caso "Aquino" (2004), la CSJN consideró –entre otros- este principio para formular su pronunciamiento. Advertencia que no podrá ser desoída por los operadores jurídicos, sin lugar a dudas. Inclusive, huelga memorar que la Comisión Redactora de la Asamblea Constituyente del año 1957, sobre el destino que se le deparaba al proyectado artículo 14 bis, sostuvo que: *"Un gobierno que quisiera sustraerse al programa de reformas sociales iría contra la Constitución, que es garantía no solamente de que no se volverá atrás, sino que se irá (hacia) adelante"*, aun cuando ello *"podrá desagradar a alguno que querría permanecer firme"*. Más contemporizador, podríamos expresar que la interpretación de las normas (constitucionales, fundamentalmente) exige una conciliación entre una interpretación historicista y una dinámica (simbiosis entre el pasado y el presente, diría SAGÜÉS) y un férreo compromiso con los fines (visión *teleológica*), sin preterir *"los antecedentes que hicieron de la Constitución una creación viva, impregnada de realidad, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le impide envejecer con el cambio de ideas, crecimiento y redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación"* (CSJN, "Cocchia", Fallos: 316:2624, entre muchos otros, sobre la interpretación "auténtica").

La matriz epistemológica del instituto comentado es una verdadera directriz ético-política (en tanto principio), orientativa, con una profunda vocación por *socializar* las *relaciones de fuerza* juridizando su contenido y alcance con un claro propósito distributivo. Empero, la implementación –su activación u operatividad- no ha sido impulsada por los resortes institucionales gubernativos ni por parte de los restantes actores sociales comprendidos en el orbe laboral, en forma frecuente. Ya sea por acuerdos individuales o bien por medio de los

convenios colectivos. La agenda del año 2010 la tuvo como preocupación entre sus temas parlamentarios y fue debatida, quizás tibiamente, por parte de la sociedad y sus representantes y hoy eclipsada por atender la coyuntura político-electoral. Por anteponer el corto plazo.

Resulta una verdad incontrastable que el Derecho del Trabajo vigente al momento de redactarse la norma constitucional –puesta en crisis por la inactividad cuando no inoperancia connivente con una omisión consciente- no es el que campea actualmente más allá de que su raíz y razón de ser –o *leit motiv*– siga siendo la misma. Así, "vemos, pues, que si es necesario reformar en la actualidad el derecho del trabajo …, la palabra "reforma" adquiere aquí como en otras partes dos sentidos diferentes y hasta opuestos. El reformismo liberal milita por la reducción del derecho del trabajo: cuantas menos regulaciones jurídicas haya para encuadrar el trabajo, más "liberado" estará el mercado laboral, dejando el campo libre a las lógicas empresariales. Aquí se reconoce un reformismo de izquierda que defiende la fuerza del derecho y se propone reorganizarla sin debilitarla. El desafío de este debate […] es evitar que las apologías más modernas de la libertad de trabajo desemboquen en formas de servidumbre anteriores al establecimiento del derecho del trabajo. Por ejemplo, cuando se propone reinstalar en el seno de la empresa el máximo de transacciones para regular las relaciones de trabajo, es necesario preguntarse si así no se corre el riesgo de abrir el camino a modos renovados de lo que en el siglo XIX se llamaba "despotismo de fábrica". En todo caso, no es casual que los apóstoles de la supremacía absoluta de la empresa prediquen también volver, en la medida de lo posible, de la ley al contrato, porque el mero contrato de hecho ratifica, por lo menos en el campo del trabajo, la ley del más fuerte. Sin duda, nunca se volverá al "despotismo de fábrica" *stricto sensu*. Pero de no defenderse el papel esencial del derecho del trabajo garante al menos de una libertad mínima de los trabajadores, se podría tomar ese camino"[65]. En fin, conciliar todos los elementos que componen la realidad laboral, incorporando institutos que se adapten con la suficiente plasticidad y dinamismo, a la cambiante materia prima sobre la que debe ser abordada, sin perder el horizonte y la razón de ser del derecho del trabajo con el objetivo de "civilizar" las relaciones sociales a través de un "marco de referencia" dotado de juridicidad, comenzando por respetar y hacer cumplir, primeramente, los preceptos constitucionales privilegiando al hombre como *eje* de todo el sistema jurídico, en aras de promover de modo genuino –y más allá del romanticismo que tantas veces envuelven las palabras y su carga simbólica-, el *bienestar general* y el afianzamiento de la justicia (social)[66].

[1] Publicado en la Revista del Colegio de Abogados de Santa Fe, Nº 9, diciembre 2011, ps. 55/98.

[2] COLAUTTI, Carlos, *Las disposiciones constitucionales sobre el orden económico-social,* La Ley, 1985-B, 744. Sin perjuicio de que las cláusulas del nuevo artículo 14 protegen la generalidad de los

derechos reconocidos en materia social en el derecho comparado y *lo conciso* del estilo empleado, *la redacción* de la norma permitió "que la eficacia de las normas pudiera quedar postergada".

[3] ROSATTI, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, año 2010, ps. 139 y 140.

[4] NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Ed. Astrea, 2º reimpresión, año 2002, p. 408.

[5] FAYT, Carlos S., *Los derechos sociales en la Constitución Nacional*, La Ley, 2008-A, 779.

[6] OST, Francois, *Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez y derecho*, DOXA-14 (1993).

[7] NINO, Carlos Santiago, ob. cit., p. 709.

[8] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Tercera Edición, año 2005, p. 157. La bastardilla del vocablo "socializando" le pertenece a su texto original y se corresponde con los dichos, más actuales, pronunciados por el ex titular de la UIA, Héctor MÉNDEZ, al referirse a la posibilidad de que los trabajadores participen en las ganancias de las empresas a raíz de la iniciativa parlamentaria impulsada por el diputado nacional Héctor RECALDE, durante el año 2010, diciendo que "la Argentina se parece a Cuba" (sic).

[9] BRITO PERET, José, *"Antecedentes Argentinos"*, en IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ANALES, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 1968 Tomo II, p. 101.

[10] Bien señaló Carlos PALOMEQUE que "la crisis económica siempre fue un compañero de viaje del derecho del trabajo" (Ver: ACKERMAN, Mario E., *De ganadores y perdedores (Para la reconstrucción del derecho del trabajo y la seguridad social)*, DT, 1997-A, 1055, p.150).

[11] Es interesante poner de relieve el caso de Bridgestone Firestone de Argentina SA y el Sindicato Único de Trabajadores del Neumático (SUTNA), donde –negociación colectiva mediante en plena crisis del año 2000/1-, se celebró un compromiso que finalmente, tras la salida/finalización de la crisis, se cristalizó en un pacto que firmaron las partes, en el cual se sustenta que los trabajadores participaran del 33% del excedente de la ganancia neta libre de impuestos que supere el 6% de la facturación anual; otro 33% sería destinado al desarrollo del mercado y el 33% restante se incorporaría en equipos. Este acuerdo constituye un *hito* en la historia de las relaciones colectivas de trabajo, no sólo por el contexto político social en el que se suscribió, sino porque apunta al eje central de la verdadera disputa por una justa distribución de las riquezas. En la actualidad este derecho de los trabajadores de la actividad e industria del neumático está plenamente vigente en la Convención Colectiva de Trabajo Nº 486/07.

[12] MARTINEZ BRETONES, Virginia, *La Filosofía del Derecho de Gustav Radbruch*, Ed. Fragua, año 1994, p. 181 y ss.. El concepto del derecho pertenece al mundo de la cultura toda vez que éste es un extraño mundo intermedio, cuya esencia no está en la valoración, sino en la "relación con los valores" de los comportamientos u obras humanas. El derecho pertenece al mundo de la cultura porque es una realidad referida a valores, pero no es un valor puro, un valor en sí mismo.

[13] SAGÜES, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, Lexis Nexis, Segunda Edición, Buenos Aires, año 2006, p. 17.

[14] GOLDIN, Adrián O., *Los derechos sociales en el marco de las reformas laborales en América Latina*, DT, 2007 (julio), 739.

[15] GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho, Tomo I, Buenos Aires, año 1965, p. 34.*

[16] LEMAITRE RIPOLL, Julieta, *El derecho como conjuro – Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales,* Siglo del Hombre Editores, Colombia, año 2009, ps. 383 y 384. La autora añade (refiriéndose a la última acepción vertida sobre el fetichismo legal) que *"esto está implícito, por ejemplo, en la conocida critica que hace Mauricio García (1993), donde llama eficacia simbólica del derecho a la legitimación que la reforma legal otorga a los gobiernos y la forma como éstos se aprovechan del vacío entre la ley y su aplicación, para posponer indefinidamente la instrumentalización de la primera. La razón por la cual esto funciona para los movimientos sociales, se imagina uno, es su fetichismo legal"*.
[17] Ver: BAUMAN, Zigmunt, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
[18] MACHADO, José Daniel, *La presunción del artículo 23 LCT: ni tanto ni tan poco*, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni Editores, 2005-2, p. 123.
[19] Ver: www.saberderecho.com (especialmente 04.10.2010 ["Las polémicas cautelares"] y 15.03.2011 ["Radio Continental: segundo fallo de la Corte sobre el abuso de jurisdicción cautelar"].
[20] A modo de *excurso*, y apelando a las interesantes palabras de Ignacio RAMONET, decimos que "en, donde las empresas de manipulación son innumerables, la "desinformación" [entendida en los términos que expone el ensayista Philippe Breton como "una mentira con el disfraz de verdad"], es la reina de las técnicas dirigidas a equivocar a la opinión pública. Y estas "técnicas dirigidas a equivocar a la opinión pública" experimenta hoy, gracias a la revolución digital, un progreso temible. Tan temible que los nuevos amos de la manipulación se presentan ante nosotros con la apariencia seductora de los encantadores de siempre. ... Por todo ello es urgente recordar el grito de alerta lanzado ya hace tiempo, en 1931, a través de *Un mundo feliz*, por Aldous Huxley. ... que, en una época de avanzada tecnología, *el riesgo más grande para las ideas, la cultura y el espíritu, llegará antes de un enemigo de rostro sonriente que de un adversario que inspire odio y terror*. Hoy sabemos, con espanto, que nuestra sumisión y el control de nuestros espíritus no serán conquistados por la fuerza sino a través de la seducción, no por acatamiento de una orden, sino por nuestro propio deseo, no mediante el castigo, sino por el ansia de placer..." (Ver: RAMONET, Ignacio, *La golosina visual*, Editorial Debate, Madrid, año 2000, ps. 36 y 37).
[21] También depende de si otros tienen o no exigencias legítimas frente a la persona que pueden colisionar con la disposición del bien en cuestión. Por caso, y extremando el ejemplo para mayor comprensión, "las titulaciones de un labriego endeudado son severamente reducidas por los derechos de los prestamistas" (ver: SEN, Amartya K., *"El derecho a no tener hambre"*, editado por Universidad Externado de Colombia, año 2002, p. 20).
[22] OJEDA ÁVILES, Antonio, *La deconstrucción del derecho del trabajo,* La Ley, España, año 2010, p. 96. Este autor sostiene, con D'Antona, que la crisis de la racionalidad del Derecho del Trabajo, se debe entre otros factores a la aparición del ciudadano frente a la quiebra, verdadera o presunta, del derecho "tutelar" constreñido a la condición concreta de "hombre situado", que en nuestro caso está representado por el "tipo ideal" del trabajador subordinado. Los derechos fundamentales contemplan al trabajador como ciudadano, en ejercicio de un *status civitatis* común, a despecho de venir filtrado por los controles empresariales; si se quiere, las leyes laborales y las sentencias plasman la traducción laboral de unos derechos que el titular ya posee desde antes, o desde fuera, pero a lo sumo se trata de matices que no enturbian lo principal: la violación, por ejemplo, de la correspondencia privada en el ordenador de la empresa tiene idéntica estructura que si el hecho acaeciera en el ordenador del *club de fans* o de la asociación gastronómica, aunque el distinto entorno contractual podría aparejar efectos adicionales. Es por eso que comenzamos a considerar ahora al trabajador prevalentemente como ciudadano, más aún que como contraparte, en el sentido, no de que hayan desaparecido los derechos provenientes de su condición de sujeto del contrato de

trabajo y de la relación laboral, sino de que tales derechos adquieren una tonalidad más gris, y ahora la línea de avance discurre por esta otra clase de derechos.
[23] GOLDIN, Adrián O., *Sobre las causas de inefectividad del derecho socia: el caso argentino*, DT, 2005 (agosto), 1045.
[24] La problemática social ha reclamado a la justicia *formal* no ya el ejercicio del control judicial sino la asunción resolutiva de cuestiones impregnadas de contenido social (derecho a la salud, medio ambiente, minorías, derechos de la seguridad social, política carcelaria, derechos políticos, delitos de lesa humanidad). A guisa de ejemplo, encontramos los siguientes fallos en el marco de este denominado "activismo judicial": "Defensor del Pueblo da la Nación v. Provincia de Buenos Aires y otro", DJ del 11.07.2007; "Mujeres por la Vida v. EN s. Amparo", Fallos: 329:4593 (2006); "Badaro, Adolfo Valentín v. Administración Nacional de la Seguridad Social", Fallos: 329:3089 (2006); "Verbitsky, Horacio", Fallos 328:1146 (2005); "Simón", Fallos: 328: 2056 (2005). En estos fallos se ha avanzado más allá de los límites jurisdiccionales clásicos con sentencias "atípicas" que se caracterizan, según Néstor SAGÜES, como "nomogenéticas", en cuanto implican una actividad creadora de normas, inferidas del texto constitucional, donde actúa directamente como legislador positivo, llegando a suplir la omisión, por caso, en que había incurrido el Poder Legislativo, ya sea por falta de actualización de una norma, por no haberla integrado a las exigencias del orden internacional, o, directamente, por no haber satisfecho de manera plena las exigencias de la previsión constitucional (criterio no compartido por todos los sectores doctrinarios).
[25] CROCE, Matías, *El Defensor del Pueblo*, en Revista de Derecho Público, Derecho Ambiental III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Nº 2010-1, p. 689 y ss.
[26] SAGÜES, María Sofía, *El ámbito institucional y revisor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la dinámica jurisdiccional y política actual"*, en JS, Nº 88, año 2009, p. 25.
[27] MORELLO, Augusto M., *La Corte Suprema en Acción*, Lexis Nexis, 2007, p. 137.
[28] VON FISCHER, Marcela, *"Amparo Colectivo y Principio Republicano de Gobierno..."*, en Revista Derecho Administrativo, Lexis Nexis, año 2008, p. 175.
[29] LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la Decisión Judicial – Fundamentos de Derecho*, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 31.
[30] Ver: *Estado actual del sistema de relaciones laborales en la Argentina, Grupo de expertos en relaciones laborales*, Rubinzal Culzoni Editores, 1º edición, año 2008.
[31] En dicho sentido, sobre la función del Estado como garante, ver SUPIOT, Alain, *Homo Juridicus – Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo Veintiuno Editores, 1º edición, año 2007, p. 147. Allí se sostiene que "la noción moderna de contrato no habría podido desarrollarse sin la fe en un garante universal de la palabra dada. Además, esa palabra no vale sino en la medida en que se adecua a la ley de ese garante: antes la ley divina, que exige que la convención tenga una justa causa, actualmente la ley del Estado, que sólo concede fuerza jurídica a las convenciones "legalmente formadas". La dimensión binaria y horizontal del intercambio o de la alianza no se hubiese vuelto el plano homogéneo y abstracto donde prospera la economía de mercado sin la dimensión ternaria y vertical del Tercero bajo cuya égida se forman los contratos ... Desde el giro de la Ilustración, el Estado ocupa el sitio de garante de los intercambios, al menos en los Estados laicos occidentales".
[32] GOLDIN, Adrián, *La tendencias de transformación del derecho del trabajo*, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2002, p. 55. Allí, este autor, manifiesta que "no es desdeñable, pues, la hipótesis de que el ordenamiento laboral evolucione en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos –normas distintas para categorías diferenciadas-, y adquiera una conformación que haga necesaria *la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica*" (la

bastadilla me pertenece: la pregunta que nos surge es si ¿esta nueva construcción dogmática, en dichos términos, significará una evolución?)
[33] CSJN, fallos “Vizzoti”, “Aquino”, “Castillo”, “Llosco”, “Cachambí”, “Silva”, “Madorrán”, “Rossi”, “ATE”, entre muchos otros.
[34] GOLDIN, *ob. cit*., p. 28.
[35] SUPIOT, Alain, *Critica del Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y asuntos Sociales, España, año 1996, p. 148 y p. 175.
[36] ROSATTI, Horacio, ob. cit., p. 23. En el sentido de transformar la realidad o al menos evitar que se mantenga el *statu quo*, y yendo a nuestra materia laboral específicamente, podemos decir, con Robert CASTEL, que el orden contractual del liberalismo no fundó un derecho del trabajo. Por el contrario, hizo estallar la contradicción de una relación que supuestamente se establece entre dos individuos libres e iguales, y que de hecho instaura una forma moderna de servidumbre de la persona al llevar a cabo, so capa del contrato, la dominación absoluta de uno de los participantes. El derecho del trabajo va a ser –precisamente- la construcción jurídica montada para administrar esta contradicción, humanizándola en la medida de lo posible. No derogarla, sino acondicionarla para hacerla *vivible* y compatible con los principios de un Estado de Derecho. El derecho del trabajo no deroga la dominación patronal, le da un carácter jurídico preciso bajo la forma de subordinación salarial.
[37] ACKERMAN, Mario E., *Si son humanos no son recursos – Pensando en las personas que trabajan*, Ed. Hammurabi, año 1996, p. 29.
[38] SECO, Ricardo Francisco, *Trabajadores y Derechos. La participación de los trabajadores en la empresa desde el derecho del trabajo y la Doctrina Social de la Iglesia,* EDUCC, Córdoba, año 2005, p. 150.
[39] VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *La participación de los trabajadores en la dirección de las empresas*, Revista “Legislación del Trabajo”, Buenos Aires, T. XXVII-193.
[40] Ídem nota anterior. Citado también en SECO, Ricardo F., *op. cit*., ps. 150 y 151.
[41] ROSATTI, Horacio, *ob. cit*., p. 656.
[42] De hecho, una de las discusiones más intensas giraba en derredor a la incorporación o no del control y colaboración en la producción y dirección respectivamente. Incluso se discutió la incorporación del término “cogestión” de la empresa hasta que, culminado el debate, se aprobó el texto actual (ver: *Diario de Sesiones,* ps. 1444/1452).
[43] CSJN, Fallos: 311:1602. En rigor de verdad, el voto en minoría –con mención de jurisprudencia norteamericana- agitó las aguas, al propiciar otra distribución de la carga probatoria, pero la iniciativa no prosperó. Así las cosas, Ramirez Bosco, por ejemplo, encuentra que la doctrina tradicional sentada por la CSJN en el *leading case* “Ratto c. Stani” (que rechazó un reclamo por remuneración discriminatoria) no fue modificada, sino complementada, en el fallo “Fernández”. Es decir, no significó, al decir de Corradeti, un “cambio copernicano” de la posición del tribunal y que incluso el voto de la minoría se atuvo, finalmente, a las reglas de la “carga de la prueba”, que no deben confundirse con el principio de la “inversión”, principio receptado en la legislación de otros países (Ver: ACKERMAN, Mario E. (Director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo III, p. 499).
[44] Citado por SECO, Ricardo Francisco, op. cit. Nota 29, p. 72.
[45] BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 2001, Tomo II, p. 199, citado por ROSATTI, Horacio, ob. cit., p. 657.
[46] BIDART CAMPOS; Germán, *Principios constitucionales de Derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la Seguridad Social en el art. 14 bis,* en T. y S. S. 1981-481/560, ps. 485 y 497, XIV.
[47] ACKERMAN, Mario E. (Director), *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo III, p. 499.

[48] DEVEALI, Mario, *Las distintas formas de "participación en las ganancias" y sus proyecciones en las relaciones laborales*, en *IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santa Fe – Rosario, agosto 1967, en *ANALES* – UNL, Tomo I, año 1968, p. 166.
[49] Ídem anterior, p. 167.
[50] Ídem anterior, p. 169.
[51] SUPIOT, Alain, *op. cit.*, p. 202 y ss.
[52] Entrevista publicada en el diario Clarín, edición impresa, de fecha 10.04.2011, ps. 44 y 45, donde ALEGRE insiste en la idea de que "hay que abandonar la idea de que una sociedad igualitaria sería una sociedad gris, uniforme y chata". Bajo dicho lineamiento, y en lo concerniente a si una posición igualitarista estaría en contra de la competencia y la acumulación de capital, éste sostuvo que "un esquema de salarios iguales para todos enfrenta un problema enorme. Si todo ganáramos lo mismo por hora de trabajo, todos preferiríamos los trabajos más agradables. El Estado debería forzar a la gente a tomar ciertos trabajos. Como esto es inaceptable por respeto a la libertad, un esquema igualitario debe dejar en pie ciertos incentivos, en la forma de retribuciones diferenciales. Pero las desigualdades que favorecen a los más productivos o los más esforzados son sólo tolerables en tanto beneficien a los peor situados (este es el Principio de Diferencia de John RAWLS) y en la medida que no se desmadren".
[53] Ídem nota anterior. Textual de la mencionada entrevista, p. 45.
[54] ERMIDA URIARTE, O., citado por SECO, Ricardo F., en *Trabajadores y Derechos* ..., p. 188.
[55] PINTO VARELA, Silvia E., en *Ley de Contrato de Trabajo*, segunda edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Tomo II, p. 213.
[56] Ídem anterior, p. 214.
[57] KROTOSCHIN, Ernesto, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Tomo I, Editorial Depalma, 4º edición, año 1987, p. 284.
[58] Ídem nota anterior, p. 285.
[59] GOLDIN, Adrián (Director), *Curso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, La Ley, año 2009, p. 357.
[60] En ACKERMAN, Mario E. (Director), *Tratado...*, Tomo III, p. 524.
[61] ACKERMAN, Mario E. (Director), *Tratado...*, ob. cit., p. 526. En dicha obra, y "acerca de los bonos y de su tipicidad, GUASTAVINO sostuvo que se ajusta a la cláusula de *participación en las ganancias* de la Constitución Nacional y que no debían confundirse con la participación en el capital accionario contemplado en los PPP de la ley 23.696 de Reforma del Estado, que requiere una adhesión voluntaria y onerosa de los adquirentes. A su vez, FERNANDEZ MADRID sostiene que la "naturaleza salarial" de los bonos es clara y que la modificación de sus condiciones por la asamblea de accionistas, hipótesis regida por el artículo 232 de la ley 19.550, puede suscitar conflictos entre las normas laborales y las comerciales, por la incorporación del beneficio al núcleo del contrato de trabajo, que impediría su *disminución* o *supresión*".
[62] CSJN, 12.08.2008, "Gentini, Jorge Mario y otros c. Estado Nacional Ministerio de Trabajo y seguridad Social s. Participación accionariado obrero".
[63] Ver: Fundamentos del voto de la mayoría integrada por los Dres. LORENZETTI, HIGHTON de NOLASCO, MAQUEDA y ZAFFARONI en los autos arriba mencionados.
[64] SECO, Ricardo Francisco, *La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas ¿derecho operativo o programático?*, en *Revista de Derecho Laboral*, 2009-1, Rubinzal Culzoni, p. 149.
[65] CASTEL, Robert, *El ascenso de la incertidumbres – Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, año 2010, ps. 74 y 75.

[66] Y que no se “intimiden ante el derecho de propiedad” (SINZHEIMER) pues “debemos recuperar … aquellos valores que (me) llevaron a la convicción de que el progreso sólo es tal si promueve la distribución equitativa de la riqueza, sin la cual la libertad sólo es patrimonio de pocos y una ilusión para la mayoría. Esta es ya una reconstrucción impostergable. Sin ella, todo futuro será angustia. Si no desgracia” (ACKERMAN, Mario E., *De ganadores …*, p. 150 in fine). Adherimos a dicha reflexión y exhortamos a conmover la conciencia jurídica en dicho camino, por ahora, sinuoso…