

Universidad Siglo 21



Trabajo final de grado. Manuscrito científico

Tema elegido:

Derechos Fundamentales del Trabajo

Participación de empleados en las ganancias empresariales: ¿Distribución de la riqueza o ataque a la inversión privada?

Alejandro Javier Flores

Legajo: VABG82635

Carrera: Abogacía

Tutor: César Baena

Índice

Resumen y Palabras clave	3
1. Introducción	4
2. Métodos	14
3. Resultados	16
3.1 Pago de utilidades a los trabajadores	16
3.2 Posición de los empresarios	18
3.3 Países que reglamentaron la participación de los	21
3.4 Jurisprudencia	24
4. Discusión	27
4.1 Doctrinas acerca del art. 14 Bis de la CN	29
4.2 Argumentos de los trabajadores	31
4.3 Argumentos de los empleadores	34
4.4 Fundamentos del derecho comparado	36
4.5 Casos de Jurisprudencia	38
5. Conclusión	40
6. Referencias	41

Resumen

El objetivo de este estudio ha consistido en indagar sobre los derechos fundamentales del trabajo, consagrados en la Constitución Nacional en su artículo 14 Bis, específicamente donde menciona la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas. Para ello se han investigado qué conflictos existirían entre derechos fundamentales al intentar reglamentar la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas.

Las hipótesis que se han buscado contrastar son si es posible la distribución más equitativa de la riqueza o si, por el contrario, se menoscaba el derecho del empleador de su propiedad e inversión privada. Esta labor ha sido desarrollada a partir de un relevamiento de las doctrinas concernientes sobre una temática altamente controvertida y que ha suscitado diversas posiciones tanto a nivel nacional como regional.

Comparar las reglamentaciones de otros países nos ha otorgado más claridad en la búsqueda de respuestas y caminos para la regulación de este artículo de la Constitución Nacional. Considerando que la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas no se ha reglamentado, el análisis de la jurisprudencia tanto local como internacional ha colaborado con las conclusiones de la tesis.

Palabras clave: Derechos fundamentales – Participación en las ganancias

Estándares constitucionales –distribución de la riqueza – propiedad privada–
jurisprudencia

1. Introducción

En el momento histórico en el que estamos insertos, promulgar un proyecto para promover la participación de los trabajadores en las ganancias empresariales junto a la posibilidad del control de la producción y dirección en forma conjunta parecería una utopía, aun cuando ha sido consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. En 2010, la propuesta del “Proyecto de Ley de Participación de los Trabajadores en las Ganancias de las Empresas” presentada por el diputado Héctor Recalde ante la Cámara de Diputados de la Nación, encendió arduos debates, involucrando diversos actores políticos, institucionales, económicos, sociales, y estratégicos que lanzaron sus posicionamientos sobre una temática controvertida.

El objetivo general que nos hemos propuesto es reconstruir los estándares constitucionales que orientan a la regulación de la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas, en el contexto de los derechos fundamentales del trabajo. La pregunta general que se ha planteado apunta a verificar si el reparto de las utilidades de las empresas entre sus trabajadores en cumplimiento de la Constitución Nacional afecta la propiedad e inversión privada de los empleadores. Cómo aplicaría el principio de proporcionalidad, receptado en el art. 28 de la CN y reconstruido por autores tales como Robert Alexy (2014), en el conflicto de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta, por un lado, el mandato del artículo 14 bis y, por el otro, el artículo 17 de la CN referido al derecho de propiedad.

El intento más cercano en el tiempo fue el Proyecto de Ley Participación Laboral en las Ganancias de las empresas, presentado en 2010 ante la Cámara de Diputados de la Nación. Al analizar detenidamente los artículos del proyecto es posible advertir una fuerte inclinación del autor a considerar la participación de los trabajadores en las ganancias empresariales como una forma de distribución de riquezas. El Proyecto fijaba esa

participación en el diez por ciento (10%) de las ganancias calculadas según la declaración jurada del impuesto a las ganancias, sobre una base anual.

Desde una perspectiva netamente laboral, el proyecto contempla un marco jurídico ideal para el trabajador. Éste se encuentre protegido ante la posibilidad de obtener su porción de beneficio en el caso que le corresponda (artículos del 1° al 5°), con la adecuación en la segunda parte del proyecto para poder fiscalizar (artículos del 17 al 22) y colaborar con la empresa (artículos 23 y 24).

La primera cuestión específica que se plantea es analizar qué legislación proyectada reciente podemos investigar para regular el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Cuáles serían los argumentos que podrían llevar a la operatividad del reparto de los beneficios de una empresa hacia los empleados. Cómo reglamentar este derecho que obliga la Constitución pero que no tiene un marco jurídico claro y contundente. Es decir, cómo asegurar que este beneficio sea equitativo en la masa trabajadora y no quede a criterio de las negociaciones salariales.

Considerando un punto de vista más amplio y complementando el análisis con lecturas acerca de este proyecto de ley, el mismo regula los beneficios para los trabajadores en forma general, establece porcentuales sobre las ganancias netas, enuncia la fiscalización de las asociaciones sindicales y fija las cuotas participativas para los trabajadores. En ningún momento se hace mención en el Proyecto del diputado Recalde a que estas cuotas están sujetas al aumento de productividad; ya sea por el empeño del trabajador como engranaje esencial en la empresa en su labor específica, ni como parte del control y colaboración de la dirección de la empresa en base a su experiencia desde otra visión que la del empleador.

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. Sin embargo, en la teoría esta cláusula se programa de una forma, pero en la práctica ha sido omitida casi por completo.

De acuerdo con Nino (2002):

La comprensión del artículo 14 bis es nítida y cuestiona que algunas cláusulas tienen falta de operatividad y su mero carácter programático como la que tenemos en cuestión, mientras otra como el derecho de huelga es totalmente operativa, como si se necesitara una mayor operatividad judicial en la aplicación de estas cláusulas. (p. 408)

El tema de la distribución de la riqueza amerita estudiar el trasfondo histórico en nuestro país entre la clase trabajadora y la clase empresarial. A medida que fueron transcurriendo los años y pasando las políticas económicas de los gobiernos de turno se han observado índices de pobreza cada vez más altos y un proceso de concentración de la riqueza en pocas empresas. A tono con esta situación, los datos del Sistema Integral Previsional Argentino (SIPA) de abril de 2021, indican que en Argentina hay 5,8 millones de asalariados registrados en el sector privado, que como dato estadístico son menos de los que había hace 10 años.

“La riqueza económica de un pueblo no consiste sólo en la abundancia total de bienes, sino más bien, en una eficaz distribución según justicia”, dijo alguna vez el expresidente Arturo Illia. Ante esta desigualdad que parecería inquebrantable, nos planteamos la primera pregunta específica de esta tesis: ¿Por qué no fue reglamentada la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas?

De acuerdo con Francois (1993):

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 (p.14)

En este contexto se podría afirmar que ningún legislador hasta el citado Proyecto de Ley de Héctor Recalde había intentado la reglamentación de la norma del citado artículo. La omisión del resto de los poderes del Estado y un acentuado crecimiento del liberalismo económico fueron disminuyendo las posibilidades que un trabajador o un grupo de trabajadores asalariados consiguieran salir airoso en este debate (Gelli, 2005).

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. De allí que no sea descabellado considerar que estamos frente a una ineffectividad de la norma. Probablemente producto de más de una causa, afectando al actor preferente del artículo 14 bis, el trabajador que en el plano concreto carece de los beneficios que la norma le concede en materia de participación en las ganancias empresariales.

Una vez incorporada la pregunta que atañe a la posición de los trabajadores y cuáles serían los argumentos para fundamentar su participación en las ganancias de las empresas, el segundo objetivo específico que nos hemos planteado se refiere al conflicto de intereses entre trabajadores y empresarios. Analizar los argumentos distributivos de los trabajadores –ya expuestos- y cuáles son los fundamentos protectorios de la propiedad privada de los empresarios, se constituyen en el marco jurídico de este problema. Las hipótesis serían: ¿se invade la propiedad de los empresarios al dividir su porción de beneficios? ¿Qué argumentos pueden esgrimir para rechazar esta disminución en sus ganancias?

Ante este problema jurídico tenemos presente una colisión de derechos fundamentales. Como afirma el prestigioso autor Robert Alexy, las normas sobre derechos fundamentales tienen la estructura de los principios. Siguiendo este razonamiento, estamos frente a una colisión de principios, donde uno tiene que ceder ante

el otro. En este caso concreto, el principio que tenga mayor peso primará sobre el otro, prevaleciendo como solución a la controversia. (Alexy, 1985)

La posición de los empleadores tiene como fundamento de peso el artículo 17 de la Constitución Nacional. Los empresarios desde sus organizaciones generan las fuentes de trabajo que son ocupadas por los trabajadores, que como en toda empresa organizada necesitan ensamblar sus servicios para ser retribuidos por las tareas realizadas. Se hacen pactos entre las partes los montos a retribuir ya sean en forma particular o por los convenios colectivos de trabajo si correspondiera, sin tener en cuenta la participación en las utilidades.

Como mencionara Julián De Diego (2011, p. 6) “la participación en las ganancias de las empresas genera graves conflictos constitucionales”, refiriendo al derecho programático de los trabajadores que se intenta plasmar en la realidad contra el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Este es el fundamento al que adhiere el empresariado argentino para refutar -dentro de los estándares constitucionales- el intento de reglamentar el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Una de las cavilaciones más frecuentes del sector empresarial abarca el supuesto escenario donde transfieren parte de sus beneficios a los trabajadores dejando una oportunidad para que el capital se repliegue ante el trabajo. Como lo indica De Carlo (2015) en un artículo de su autoría, varios sectores del empresariado ante el proyecto de Ley del diputado Recalde se pronunciaron en contra. La mayoría lo ha considerado como “un ataque a la inversión privada” y un mensaje muy desalentador para la mirada del inversionista extranjero en un contexto donde nuestro país necesita de estos aportes.

Daniel Funes de Rioja (2011, p.11), presidente de la Coordinadora de las Industrias de Productos Alimenticios, sostiene que la cláusula programática de la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas:

debe armonizarse con los derechos expresamente reconocidos por la Constitución y los fines de esta -desde el derecho de propiedad y el de ejercer toda industria lícita, como el mandato de “productividad” y generación de empleo (inc.19 del art.75) y la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados” (art.42).

En la posición del empresariado queda firme la inexistencia de interés en algún proyecto que pueda reglar la norma que el trabajador y que a su criterio afecte su derecho de propiedad. El citado proyecto no está basado en esquemas de colaboración ni de productividad, lo que generará todo tipo de litigiosidad, y arbitrariedades. Este sector considera que la participación de los trabajadores en las ganancias se trata de un verdadero impuesto por sobre los actualmente existentes, lo que implica una verdadera “confiscación” y cambio abrupto de las reglas de juego (Funes de Rioja, 2011).

Indefectiblemente la argumentación del empresariado ha tenido fundamentos sólidos que permitieron mantener este “vacío” por tanto tiempo. Se han esgrimido como justificativos temas tales como la confidencialidad de la información y autonomía de la gestión empresarial. Retomando el principio de proporcionalidad comentado por Robert Alexy, nos encontramos en la actualidad con razones de mayor peso a favor de los empresarios. Han logrado que subsista un factor de ponderación que inclina la balanza hacia sus intereses demostrando que se afectan sus derechos en mayor medida que a los derechos de los trabajadores. El establecimiento de un porcentaje único de distribución de ganancias para todas las empresas generaría importantes distorsiones y una fuerte desigualdad entre trabajadores de diferentes sectores.

A su vez, los empresarios sostienen que debe mantenerse estrictamente el Principio de la Negociación Colectiva como medio “para determinar las remuneraciones y las condiciones de trabajo (...) mediante negociaciones entre dos partes que han actuado libre, voluntaria e independientemente” (OIT, 2011, p. 9). Consideramos un punto álgido este tema teniendo en cuenta la historia de la relación capital – trabajo en nuestro país, sostenida por la diferenciación de las clases sociales a lo largo de los años desde que Argentina comenzará su desarrollo laboral.

Indudablemente la evolución de la globalización nos ha obligado a poner los ojos en la región y en el mundo para evaluar qué estándares constitucionales y en qué marcos jurídicos se desarrollan otros países. Por ende, la cuestión específica que analizaremos como tercera pregunta específica es acerca del tratamiento de este tema a nivel regional y mundial. Cuáles son las doctrinas que han avanzado en ellos, cómo han evolucionado y, si es posible, evaluar los resultados obtenidos. Específicamente estudiar si algún caso puede ser un espejo para reflejar la realidad de Argentina e intentar dilucidar cuáles han sido los motivos que han impedido reglamentar un engranaje de participación donde las partes involucradas queden conformes en un marco de durabilidad en sus relaciones.

Tomando el ejemplo de Brasil, La ley N^a 10.101 del año 2000 regula como instrumento de integración entre el capital y el trabajo, y como incentivo a la productividad. Bajo este esquema el fruto del esfuerzo individual es compartido por todos los trabajadores (sistema que había prevalecido) denominado PB, y que condiciona las ganancias a compartir con un objetivo preestablecido. Otro de los instrumentos se basa en los resultados por desempeño de los empleados, denominado PR que establece el pago de este beneficio a los trabajadores de acuerdo con su productividad.

Esta modificación parece haber sido beneficiosa para los trabajadores, pues los bonos pagados por las empresas, cuando van condicionados a los resultados, la mayor

parte de las veces eran superiores a aquellos obtenidos cuando la premisa era un valor fijo previamente establecido. Cuando el pago está condicionado a los resultados, la empresa no enfrenta mayores riesgos, y puede ser más generosa en la gratificación, al contrario de lo que ocurre cuando aquella es obligada a pagar un bono fijo a los trabajadores independientemente de cuál sea su desempeño. Los resultados del estudio indican que los pagos relacionados al desempeño tuvieron, de hecho, un efecto positivo sobre la productividad percibida. Dado cualquier grupo de trabajadores cubiertos por el esquema, la productividad se mostró positiva y significativamente afectada por la PR al compararlo con los resultados de empresas que ofrecían apenas un bono bianual no condicionado a ningún objetivo preestablecido (PB). Este último tipo de gratificación no afecta, según el estudio, la productividad laboral.

Queda por decir que tenemos otro ejemplo dentro del universo hispanohablante, el de México, mediante la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de una empresa o negocio (PTU). Este mecanismo tiene como premisa fundamental reconocer la aportación de la fuerza de trabajo, además de elevar el nivel económico de los trabajadores y sus familias y, en consecuencia, mejorar la distribución de la riqueza y aumentar la productividad con el esfuerzo conjunto de los trabajadores y el sector patronal.

La disposición está consagrada en el artículo 123, apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades de las empresas”. Obligadas a repartir utilidades, son todas aquellas personas físicas o morales con actividades de producción o distribución de bienes y servicios. Tienen que ser contribuyentes del Impuesto sobre la Renta tengan trabajadores a su servicio, aunque por supuesto, existen algunas excepciones, detalladas en el artículo 126 de la Ley Federal del Trabajo.

Analizar en base al derecho comparado con estos dos antecedentes nos permite determinar que no es imposible la convivencia de un sistema de reparto de ganancias entre los trabajadores y los empresarios de los beneficios de las organizaciones. Esto es posible siempre y cuando los mecanismos sean reglamentados claramente. También es fundamental que se establezcan pautas que permitan abarcar todas las situaciones que conciernen a la actividad y envergadura de las organizaciones.

Finalmente, la última pregunta específica está relacionada a la jurisprudencia tanto nacional como internacional, para analizar las decisiones de los órganos respectivos ante situaciones relacionadas a hechos en donde haya habido conflictos de esta índole. Recopilar información que tenga relevancia para poder estudiar los resultados de fallos en donde se hayan reclamado la participación en las utilidades de los trabajadores.

En este trabajo se han observado distintas obras, proyectos y publicaciones para poder comprender si ha existido falta de acción parlamentaria hacia la reglamentación de lo que la Constitución Nacional ordena en materia de reparto de las ganancias para los trabajadores. Como se ha mencionado anteriormente, ante un conflicto de intereses entre dos o más derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad ha sido uno de los métodos más utilizados en las cortes.

En América Latina, el principio de proporcionalidad también fue adoptado por diversos tribunales nacionales y, desde hace algún tiempo, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo utiliza en sus sentencias (Bernal Pulido, 2007). En consecuencia, a nuestro criterio, es adecuado reconstruir el marco jurídico con este principio de proporcionalidad, ante la colisión de los artículos 14 bis de la CN argumentado por los trabajadores y el artículo 17 de la CN fundamentado por los empresarios.

El objetivo general de esta tesis ha consistido en reedificar los estándares para encaminar la regulación del problema de la distribución de las ganancias de las empresas participando a los trabajadores es repartir la riqueza o una afectación de la propiedad privada. Determinar si existe una o varias soluciones a la controversia que generan dos derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Nacional, uno de los cuales no ha sido reglamentado por ley. A su vez, los objetivos específicos, en primer lugar, analizar si los trabajadores cuentan con argumentos jurídicos suficientes para exigir el cumplimiento del mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional. En segundo lugar, analizar los conflictos que acarrearía la regulación de este derecho si los empleadores ven afectados sus intereses privados en caso de concretarse dicho mandato y cómo pueden defenderlos de acuerdo con las normativas vigentes. En tercer lugar, comparar, a partir de lo acontecido en otros ordenamientos jurídicos, las soluciones alcanzadas en torno a esta controversia. En cuarto lugar, analizar antecedentes jurisprudenciales donde se haya reclamado la participación en las utilidades de los trabajadores para reconstruir las decisiones de los órganos respectivos.

En resumen, las preguntas fundamentales han sido ¿Cuáles son los estándares que harían posible reglamentar la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas tal como reza el art. 14 bis de la CN? ¿Se vulneran los derechos de los titulares de estas organizaciones generadoras de empleo e imprescindibles para la sociedad actual? La búsqueda de las respuestas a estos interrogantes ha permitido comparar los factores de ponderación de cada postura para determinar cuál tiene mayor peso y cuál lesionaría en menor medida el derecho de la otra parte. Dentro de un ámbito donde no ha quedado perfilado el alcance de la norma, nos hemos abocado a estudiar e impacto al instrumentar la misma, considerada programática a pesar de tener un texto muy comprensivo (Sagües, 2007)

2.Métodos

En el presente trabajo se implementó el método de observación documental, y debido a la temática abordada, se utilizó el método de comparación descriptivo y normativo. Se analizaron diferentes doctrinas que tienen diferencias en las preguntas generales planteadas. La observación documental se basó en la utilización de los documentos para obtener información y/o para analizarlos como objeto de estudio, pudiéndose decir, que existen dos tipos de documentos, aquellos que muestran los datos y los que en sí mismos son vistos como hechos.

El enfoque crítico seleccionado para evaluar estos derechos fundamentales desde lo dogmático y filosófico se ha realizado de acuerdo con el autor Manuel Sánchez Zorrilla. A su vez, desde la perspectiva cualitativa se ha trabajado utilizando el esquema de Sampieri- Hernandez, recopilando datos sin medición numérica para descubrir preguntas de investigación científicas o que pueden o no probar hipótesis de interpretación (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio, 2006).

En el estudio de la comparación descriptiva de una misma situación recopilamos las opiniones de distintos autores y de los diferentes representantes de los trabajadores y de los empresarios. En la comparación normativa se confrontaron las semejanzas y las diferencias de algunos sistemas jurídicos vigentes en Latinoamérica y en el mundo, con el propósito de comprender el sistema jurídico de un nuestro país con respecto a los derechos de los trabajadores.

Desde una delimitación espacial, la labor se focalizó primero en el ámbito nacional, ya que el artículo que origina la controversia se inscribe en la Constitución Nacional. A partir de la Reforma de la Constitución de 1994 también fueron receptadas normas de Tratados Internacionales. Además, se analizaron normativas jurídicas

internacionales en la búsqueda de fundamentos y ejemplos que nos acerquen a una conclusión con sustento en casos en la región y en el mundo.

En relación con la delimitación temporal, el período temporal analizado abarca, principalmente, desde el año 2010 hasta la actualidad. A principios de este período se presentó el Proyecto de ley de participación de los trabajadores en las ganancias empresariales, que fue propuesto por el diputado Hector Recalde en la Cámara de Diputados de la Nación y desde entonces cobró relevancia este debate.

Respecto a la información utilizada, el trabajo se dividió en tres etapas. En una primera instancia o fase exploratoria, se recopiló una selección de normas jurídicas y de doctrina vinculada con el derecho a la participación de los trabajadores en las ganancias empresariales y sus correspondientes herramientas jurídicas en Argentina. Estos datos cualitativos recogidos fueron secundarios, ya que se obtuvieron a través del análisis de registros escritos. A tal fin se utilizaron los siguientes buscadores: Google Académico ofrece información de calidad académica. También se ha recurrido a Scielo, una biblioteca digital donde localizar libros, revistas especializadas y documentos.

En una segunda instancia que denominaremos descriptiva, la información recogida en la etapa anterior fue ordenada y analizada. En esta fase para clasificar con idoneidad, fue necesario dejar datos limpios para que la investigación deseada. Esta coordinación y ordenamiento de datos cualitativos fue un proceso mediante el cual se extrajeron conclusiones de datos no estructurados y heterogéneos que no son expresados de forma numérica o cuantificable.

Una tercera instancia o fase analítica, correspondió al análisis de los documentos recogidos en la fase exploratoria con el objeto de detectar los lineamientos generales que, debido a su reiteración constante, fueron tomados en cuenta para enriquecer el

planteamiento del problema de investigación y la elaboración de los contenidos que permitieron dar respuesta a los objetivos del presente trabajo.

3. Resultados

3.1 Pago de utilidades a trabajadores en Argentina

Después del malogrado “Proyecto de Ley de Participación de los Trabajadores en las Ganancias de las Empresas”, en donde el autor de éste, diputado nacional Héctor Recalde, quien insistiera infructuosamente en 2.011 para revertir la falta de consenso de su proyecto, no hemos tenido atisbos de intentos para reglamentar esta disposición del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

El primer resultado específico consiste en encontrar si en las relaciones laborales en la actualidad existen casos de distribución de utilidades entre los trabajadores. A pesar de la falta de reglamentación, hemos investigado si hay ejemplos de peso del reparto de ganancias. La tarea de selección realizada ha apuntado a dilucidar cuáles serían las modalidades más difundidas para determinar la intensidad de estas y el daño que provocaría en el derecho que supuestamente lesiona al empleador. Dicho de otro modo, cómo se maneja la proporcionalidad en los casos exitosos en el ámbito nacional.

Con el transcurso de los años y el cambio de paradigma en muchas organizaciones, hemos detectado situaciones que se asemejan al reparto de utilidades entre los empleados, en un abanico de opciones acordes a la situación de cada empresa y, dentro de ellas, de la posición del trabajador. Uno de los casos más recientes y mediáticos, ha sido el anuncio de la empresa de neumáticos Bridgestone que en febrero del año 2022 ha comunicado a su plantilla de aproximadamente 1500 trabajadores, el pago de un bono en concepto de participación en las utilidades de una cifra de \$ 730.000 (Pesos setecientos treinta mil). (Apellaniz, 2022)

El resultado de este caso tiene cierta conexión con el proyecto del diputado Héctor Recalde. En consecuencia, lo podemos encuadrar dentro de un perfil netamente igualitario en donde la organización distribuye las utilidades consideradas excedentes de un beneficio estimado previamente. Al finalizar el ejercicio y que de una forma equitativa recompensa a sus trabajadores como reconocimiento de un trabajo conjunto que ha tenido un fruto superador a lo estimado. Se utiliza una variable porcentual que indudablemente impacta en el bolsillo de los asalariados y por la importancia del beneficio dinerario crea un ambiente propicio para los trabajadores que se ven retribuidos monetariamente por su trabajo en equipo.

Al explorar distintos casos en los últimos tiempos podemos deducir que este tipo de organizaciones ya sean productores de bienes o servicios incentivan el compromiso grupal de sus trabajadores. En su mayoría son compañías con perfiles de trabajos rutinarios y organizados, y preferentemente empresas con una cantidad de personal que superan las quinientas personas. Normalmente están consolidadas en su nicho de mercado como marcas reconocidas y que participan a sus empleados bajo el formato de “bonus” de acuerdo los objetivos planteados.

Según datos del Negocio de Información Mercer (2014):

el 31% de las empresas en Argentina pagó el bono por encima del objetivo previsto; el 24% pagó en target; el 40% pagó por debajo del target y el 5% no pagó bonos. En el 2013, un 38% de las empresas pagó por encima del target; el 23% pagó en target, mientras que un 39% pagó por debajo del objetivo. (p. 1)

Estos datos surgen de la Encuesta sobre Bonos de Desempeño en la que participaron 180 empresas de distintas industrias: consumo masivo, farmacéutica, alta tecnología, seguros, química, agroindustria, entre otras. Por otra parte, hemos reconocido en el universo empresarial de Argentina, otro tipo de empresas cuyo origen es reciente y

han surgido gracias a los grandes saltos tecnológicos, especialmente en los campos de la informática y con estrategias diferentes al modelo anterior. Encontramos el ejemplo de Redbee, una compañía dedicada al diseño de productos digitales, cuyos socios fundadores, en decisión unánime, resolvieron que el 50 por ciento de las ganancias de 2018 se repartirán en 2019 entre todos sus trabajadores.

Esta estrategia que en primera instancia en el mercado laboral argentino sería impensada, es un paso más en el camino de crecimiento experimentado por Redbee, y no el fin en sí mismo de incrementar el salario de los colaboradores. La apuesta de los socios es crear un ambiente de igualdad y lograr el interés de todos (socios y empleados) en que la firma crezca, se afiance y supere los objetivos, por encima de los intereses individuales.

El objetivo de este sistema no es fidelizar al empleado. En realidad, los socios fundadores consideran que, en este mercado, el retiro de personal calificado es un retraso importante en el equilibrio de una empresa en plena evolución y con la versatilidad que exige la industria de la informática en la actualidad.

Al considerar este ejemplo, podemos tener un panorama de la existencia del reparto de utilidades de las empresas a los trabajadores, con una gama de matices acordes al perfil de cada compañía, con fluctuaciones de criterios tan amplias que indican que no es una práctica generalizada en nuestro país.

3.2 Posición de los empresarios

Desde el punto de vista empresarial, muchas voces se levantaron contra el proyecto de Héctor Recalde, en el año 2010. El problema clave de la participación en las ganancias es una hipótesis de conflicto entre derechos de diverso rango constitucional. Uno es el derecho de propiedad amparado en el artículo 17 de la Constitución Nacional, y el otro, es que el trabajador una persona que brinda su trabajo recibiendo a cambio una contraprestación que denominamos salario o remuneración.

Debido a que este fue el único proyecto presentado ante el Poder Legislativo, los cuestionamientos más notables han estado dirigidos en torno a las imprecisiones y faltas de alternativas para cubrir todo el espectro del mercado laboral argentino. La cantidad de empleados, la precisión necesaria para el término “ganancia”, la no aplicación del régimen a directores y personal eventual y, específicamente, que la suma percibida por el trabajador queda exenta de todo impuesto. Esto plantea una contradicción con el artículo 110 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) que otorga carácter remunerativo a la participación en las ganancias y colisiona con el artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

El resultado de las diferentes opiniones de los empleadores arroja una coincidencia con la consecuencia de la investigación de la primera pregunta específica: ¿Hay empresas que reparten utilidades entre los trabajadores a pesar de no estar reglamentado este derecho en nuestro país? En donde comprobamos que existe el reparto de utilidades entre los trabajadores con criterios dispares. En este caso los reclamos de los empresarios confluyen en la apreciación que todas las realidades de las empresas son distintas.

Algunas organizaciones tienen la posibilidad de implementar esta práctica sin sentir afectado su beneficio, principalmente por el cambio de paradigma económico y su estructura, perfil de los trabajadores y específicamente el rubro al que se dedican a producir bienes y servicios. En estos casos el incentivo es fundamental para retener los talentos en sectores claves de la compañía.

Como lo indica Paggio (2011), investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet):

Encontramos muchas cosas, a medida que aumenta la participación de los trabajadores en el producto, los empresarios no invierten menos sino más. Un esquema de este tipo

aumenta la productividad y aumenta la inversión, todos coincidiremos en que eso va a aumentar la capacidad de producción de la economía y por lo tanto reducir cualquier tipo de presión inflacionaria. Efectivamente hay múltiples formas de participar beneficios a los trabajadores en los distintos países, pueden ser obligatorios o voluntarios; y entre los obligatorios pueden ser dinero, con acciones o con bonos, hay muchas formas distintas. (p. 19)

Pero la contraposición a esas afirmaciones es la realidad de las pequeñas y medianas empresas (Pymes). Las pymes son las únicas formadoras de mano de obra calificada en la Argentina, porque toman de las barriadas y de los pueblos a gente por lo general joven e invierten en su formación. Naturalmente, después esos trabajadores migran hacia las grandes empresas porque allí ganan más que en una Pyme. Esa inversión efectuada por las Pymes no se ve porque no figura en los balances ni en ninguna otra parte.

Por otra parte, cuando nos acercamos al tema de la colaboración por parte de los trabajadores en el control de la dirección de la empresa, enfrentamos un tema igual o de mayor importancia que el reparto monetario de las ganancias.

El 'know-how' sobre la producción (inversiones, costos del proceso productivo, costos de producto final, precio de venta del producto, etc.), y gerenciamiento de una empresa constituyen un activo estratégico para la misma. De modo que la manera en que esta información circule, quienes tengan acceso a ella, y las decisiones que se tomen con relación al proceso productivo en cualquiera de sus instancias, puede generar una situación de mayor/menor ventaja (bajo la perspectiva del empresariado) para la empresa o para los trabajadores.

La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas es un derecho consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, incorporado en la Asamblea Constituyente del año 1957. Este artículo fue introducido por el voto unánime de los congresales constituyentes de aquel entonces. En el año 1994 se produce la reforma constitucional por la cual definitivamente se legisló la arquitectura constitucional argentina.

Ahora bien, analicemos estos postulados en hipótesis de conflicto con el derecho de propiedad, amparado por el artículo 17 de la Constitución Nacional: "[...]la propiedad privada es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella[...]". No quedan dudas derecho de propiedad configura también el esquema de derechos fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional. Es incuestionable que el derecho a la propiedad privada es uno de los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional, pero este derecho ha evolucionado desde su pensamiento primigenio.

Pero bien sabido es que, en la reforma de 1994, ha incorporado al artículo 75, el inciso 22, que justamente dispone que los tratados concluidos con las demás naciones y organizaciones internacionales tienen jerarquía constitucional. En estos tratados encontramos la "Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica) que en su artículo 21 establece que: "...Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social...", consagrando de tal forma la función social de la propiedad.

3.3 Países que reglamentaron la participación

A continuación, se presentan las experiencias más significativas en países latinoamericanos y del mundo respecto a la participación de los trabajadores en las

ganancias empresariales, lo cual permite tener un panorama global de los avances y retrocesos en esta discusión.

En México, por ley, se debe distribuir entre los trabajadores el 10% de las ganancias de las empresas. El trabajador recibe este beneficio de acuerdo con su salario y posición dentro de la organización, siendo la premisa principal el reconocimiento de los aportes que realizan quienes conforman la fuerza de trabajo.

El artículo 120 de la Ley Federal de Trabajo de México establece que el porcentaje fijado por la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado de la República de México constituye la participación que corresponderá a los trabajadores en las utilidades de cada empresa.

Para los efectos de esta Ley, se considera utilidad en cada empresa la renta gravable, de conformidad con las normas de la Ley del Impuesto sobre la Renta. En Perú, los trabajadores tienen derecho a participar de las utilidades, en planilla, de empresas que generan renta de tercera categoría y tengan más de 20 trabajadores; con excepción de las empresas individuales, microempresas, autogestionarias, cooperativas, comunales, y sociedades civiles. El artículo 29 de la Constitución de Perú dice: “El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación”.

Por su parte, la ley de trabajo de Francia prevé que toda empresa que tiene más de 50 empleados debe repartir parte de sus utilidades con ellos, según una fórmula fija. Si los dividendos distribuidos superan los del año anterior, tendrán la obligación de pagar una prima, negociada con los interlocutores sociales.

En otros países, como Estados Unidos (EE. UU.), ninguna empresa tiene obligación de repartir sus beneficios entre los empleados, aunque es una práctica muy utilizada tanto para mejorar la productividad como así también para fidelizar a los

empleados calificados en un mercado laboral con alta demanda de mano de obra en nichos selectivos de trabajo.

Finalmente, a nivel regional los resultados obtenidos indican que en Sudamérica menos de la mitad de los países tienen reglamentada la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas. Hasta el presente lo han reglamentado México, Chile, Venezuela, Perú y Brasil.

Este escenario se replica a nivel mundial en virtud de que apenas un puñado de países obliga a los empresarios a realizar estos aportes, volcando la mayor parte de los esfuerzos a negociaciones singulares que se pactan entre el empleador y las asociaciones que representan a los trabajadores en relación de dependencia.

Como corolario a esta parte de la tesis, se puede afirmar que no se han desarrollado propuestas de mecanismos que pueden acercar la brecha entre los intereses de los trabajadores en acrecentar en las fases laborales y económicas y los empresarios encuadrando estos intereses dentro de los estándares constitucionales.

La inacción del Poder Legislativo ha dado lugar a la heterogeneidad de criterios en la relación de dependencia en donde si existe el reparto de utilidades entre trabajadores es arbitrario y escasamente igualitario. La reticencia del sector empresarial a ceder beneficios o control de sus organizaciones está amparada por esta falta de reglamentación, que prácticamente no ha generado jurisprudencia.

Si comparamos los resultados con países latinoamericanos, comprenderemos que este retraso en la implementación operativa de un derecho de rango constitucional, Argentina ha quedado relegada con respecto a las naciones que incluso sin la obligatoriedad del reparto de utilidades entre los trabajadores, la utilizan como una herramienta fundamental en sus economías.

3.4 Jurisprudencia

Habiendo desarrollado desde la perspectiva de los trabajadores los ejemplos de reparto de utilidades de empresas con sus planteles sin que haya ley que reglamente la norma que atañe a la temática de la tesis, y recopilando las expresiones del sector empresarial con respecto al conflicto de intereses suscitado por el proyecto de Ley, a continuación, se aborda la jurisprudencia argentina para determinar resultados obtenidos.

En primer lugar, debemos indicar que es muy limitada la jurisprudencia por conflictos de esta índole, a pesar dio lugar a un largo debate entre los constituyentes en cuanto al alcance que debía dársele a esta cláusula. Se ha interpretado que no otorga derecho a la cogestión, sino que impide que se declare la inconstitucionalidad de una norma que la imponga.

El primer caso que se ha encontrado es el fallo judicial que avaló que una ex empleada de la empresa minera Barrick Gold reciba parte de las ganancias de la empresa y que exhortó al Poder Legislativo de la provincia de San Juan –donde se emplaza este emprendimiento- a que dicte una ley que contemple no sólo a ese caso sino a todos los trabajadores.

En un fallo inédito, la jueza Gladys Rubia, titular del 5° Juzgado del Trabajo de San Juan, reconoció a los trabajadores de Barrick Gold el derecho a participar en las utilidades de la empresa, contenido en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

Fue en el marco de la demanda laboral presentada por Elizabeth Morales del Rosario contra la minera Gold S.A., tras haber sido despedida de la misma “sin causa”.

Los argumentos de la jueza se concentraron en que la posición de su figura ante la posibilidad de aplicar una ley no puede limitarse en forma automático. Todo lo contrario, deben resolver el caso concreto ya que las normas de la CN que declaran los

derechos personales son fundamentales, y en consecuencia operativas, aunque cuando no sean sancionadas las leyes que la reglamentan al detalle.

Luego, la magistrada brinda una reseña de las decisiones tomadas por la Corte de Justicia de la Nación que han operativizado cláusulas constitucionales, como por ejemplo sucedió en el caso “Badaro” respecto a jubilaciones y pensiones móviles. El caso «Badaro», es el eje por el cual la pasividad del Poder Legislativo tuvo que ser subsanada por la Corte nacional determinando el monto de las jubilaciones y pensiones.

La jueza ante la demanda realizada refiriendo el artículo 75 inciso 22, entendió que la negativa al pedido de la actora sería considerada una negativa a la justicia, como así también el argumento evocando el artículo 75 inciso 19 donde el Congreso está obligado al desarrollo de los derechos humanos

Ha considerado en su fallo que no encuentra justificación jurídica o legal para retardar el dictado de la reglamentación invocada por la actora del derecho consagrado en el artículo 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Otro precedente destacado es el fallo “Gentini, Jorge Mario y Otros contra Estado Nacional y Otros”, donde la Justicia declaró inconstitucional el decreto que hacía optativo el reparto de ganancias e instruyó a los juzgados de primera instancia para que fijen el porcentaje del reparto de dividendos. Este fallo se origina con el Programa de Propiedad Participada (P.P.P.) que es un mecanismo previsto por la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado para permitir a los trabajadores de una empresa sujeta a privatización, o privatizada, participar de su propiedad junto con otros inversores privados.

Bajo tales premisas, el tribunal interviniente declaró la inconstitucionalidad del decreto 395/92 por atentar contra lo dispuesto por el art. 29 de la ley 23.696, al eximir a las empresas telefónicas de su obligación de emitir bonos de participación en las ganancias para el personal. De esta manera, se instauraba una regulación contraria a la

claramente establecida en la norma que debía reglamentar, de la cual surge inequívoca la obligación del empleador -ente privatizado- de emitir los bonos en cuestión sin que se halle condicionado a la instrumentación de ningún programa.

Cabe recordar que el fallo del año 2008, la Corte Suprema de Justicia habilitó el pago del bono ya que declaró como inconstitucional el decreto 395/1992 del expresidente Carlos Menem, y se refería a las empresas Telecom y Telefónica, relacionado al fallo “Gentili, Jorge Mario y Otros contra Estado Nacional y Otros”. Sin embargo, los jueces no sentaron jurisprudencia uniforme en ese sentido y los sindicatos reclamaron en 2012 un 10%, a pagarse con el salario del mes posterior a la presentación de balances.

Un caso más reciente y similar al anterior, es la sentencia “Sureda Roberto Ramón y otros c/ Telecom Argentina S.A. y otros/ Diferencia de Salarios” dictada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en donde la sentencia fue desfavorable a Telecom en su reclamo de reducir el porcentaje que les correspondería a los trabajadores en los Programas de Propiedad Participada.

Al retomarla pregunta específica acerca de la jurisprudencia planteada en la introducción, se puede afirmar que los resultados son escasos ya que fueron intentos aislados para solicitar al Poder Legislativo la reglamentación de la norma del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Ante los casos que hemos analizado, los tribunales no utilizaron el principio de proporcionalidad al tener un conflicto entre dos normas de rango constitucional que colisionaron. Consecuentemente, las soluciones de estos casos no profundizaron acerca del derecho de los trabajadores en la participación de las ganancias, sino apuntaron a la falta de acción legislativa a este mandato.

4. Discusión

En este apartado abordaremos los distintos criterios para articular los derechos de los trabajadores señalados en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional para participar en las utilidades de las empresas, en el control y colaboración de la dirección. A su vez, también se toma en consideración el derecho para los empresarios expresado en el artículo 17 de la misma norma donde consagra que la propiedad es inviolable. Este conflicto de principios o derechos será el escenario de esta discusión para determinar los criterios de proporcionalidad necesarios para resolver esta controversia.

Tenemos en esta discusión dos normas que en este caso concreto están en conflicto, siendo relevantes estas posiciones jurídicas que serían incompatibles entre sí, y necesitamos encontrar propuestas de solución para el caso. En esta situación, el principio de proporcionalidad cobra relevancia, ampliamente desarrollada por Robert Alexy, y que ha sido una herramienta de interpretación que ha recibido el mayor de los reconocimientos a nivel internacional, tanto en el ámbito práctico, como a través de su implementación en los órganos decisores. (Alexy, 2014)

Por ello Alexy sostiene que, si bien las reglas y los principios tienen validez de normas, existe una diferencia de categoría entre ambas. Los principios son normas que ordenan que algo se realice de la mejor manera posible, por eso son mandatos de optimización, mientras que las reglas pueden ser cumplidas o no. Por eso al estar en esta controversia entre derechos fundamentales, toma sentido este principio de proporcionalidad si se entiende como una convención interpretativa aplicable en los llamados “casos difíciles”, más que como una propiedad derivada ya sea de la estructura abierta de las normas o del carácter gradual de su aplicación. (Alexy, 1993)

Acerca de las interpretaciones del artículo 14 bis CN, nos enfocamos en la opinión de unos de los más prestigiosos constitucionalistas de nuestro país para comprender el alcance de este artículo.

Con precisión el autor Germán Bidart Campos (1981) menciona:

El art. 14 bis no da un consejo, no enuncia aspiraciones para cuando sea posible satisfacerlas, no alude a conquistas del porvenir: ordena legislar para asegurar, y sólo se asegura lo que realmente se da, no lo que se promete o se propone como objetivo lejano. (p. 74)

Acordamos con este renombrado autor en que la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas no es optativa o que se pueda proponer como un adicional a los derechos fundamentales de los trabajadores. Es una imposición que se debe legislar para reglamentar y determinar las proporciones para distribuir, quiénes son los sujetos obligados y cuáles son los momentos para efectivizar este derecho. La falta de reglamentación no puede ser motivo para prolongar la pérdida de beneficios entre los derechos de los trabajadores y quedar libradas a la voluntad del empresariado para suplirla cuando lo considere conveniente.

Entendemos que resulta incuestionable el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de las empresas, así está expresamente dispuesto por la Constitución Nacional. Y la reglamentación que se dicte, para hacer plenamente operativo el mandato constitucional, debe tener por objeto dar al derecho toda la plenitud que la Carta Magna le reconoce.

En la interpretación de los resultados obtenidos a partir de la pregunta general, la Constitución Nacional recoge un elenco de derechos socioeconómicos y principios sociales que la doctrina denomina "constitución socioeconómica". En el inciso 19 del

artículo 75 al establecer como finalidad del contenido de las leyes que debe dictar el Congreso lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social

Como respuesta a la pregunta, podemos afirmar que ante una norma vigente que reconoce el derecho de los trabajadores sobre los beneficios empresariales, el Estado tendría que garantizar el ejercicio del derecho. A pesar de que no exista una reglamentación legal que especifique cómo implementarlo, el deber de tutela exige inexorablemente a la autoridad a suplir esta falencia.

4.1 Doctrinas acerca del art. 14 Bis de la CN

Como aportes resultantes que hacen a la esencia de esta investigación hallamos dos líneas doctrinarias con interpretaciones diferentes que nutrieron la respuesta a nuestra pregunta. Ekmekdjian y Badeni sostienen que el derecho de participación de los trabajadores en las ganancias empresariales en la Constitución Nacional Argentina no tiene eficacia normativa al no estar desarrollado legislativamente. (Badeni, 2006)

En cambio, Bidart Campos sugiere que el mismo derecho tiene caracteres propios que generan eficacia directa y fuerza normativa. La existencia de los trabajadores, la existencia de empresas u organizaciones que los emplean y, por supuesto, la existencia de ganancias son los elementos necesarios determinarían la aplicación del derecho entendido como una regla de mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional. Este reconocido autor toma una variante material en la que su fuerza normativa surge de considerar el contenido de la Constitución como materialmente justo, de orden público e incorporador de valores y principios fundamentales (Bidart Campos, 1994)

Considero equívoca la interpretación de Ekmekdjian y Badeni que negaron eficacia normativa a falta de desarrollo legislativo. Nos inclinamos por afirmar que la participación en las ganancias de las empresas por parte de los trabajadores no es el

recorte en el beneficio de los empresarios -obligándolos a ceder parte de su propiedad privada-, sino el cumplimiento de una obligación hacia los trabajadores.

Para fundamentar esta posición, hay que determinar con precisión qué obligaciones genera el derecho para que se entienda como regla de mandato. Para el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, sin necesidad de normas adicionales, se establece la participación en las ganancias, el control de la producción y la colaboración en la dirección de las empresas.

En esta discusión, para nuestra posición, queda claro que el derecho del trabajador como participante de las utilidades, es un derecho ajeno a la libertad de empresa. Debe entenderse esta participación como retribución al aporte de la labor de los trabajadores. No se tiene que interpretar como una intromisión en la libertad de los empresarios, sino una compensación que se adquiere por derecho. Este elemento es retributivo por la condición del trabajador que se encuentra bajo la órbita del empleador.

Al respecto, el citado artículo 14 bis no menciona que el derecho de participación en las utilidades implique para el trabajador ejercer el derecho a la libertad de empresa. Este derecho retribuye al trabajador por formar parte de los medios de producción organizados en la empresa, pero no lo participa en el riesgo y responsabilidad que son parte del ejercicio de la libertad de empresa. Es decir, solamente participa en la relación laboral.

Por este motivo consideramos equívocas las doctrinas de Ekmekdjian y Badeni que sostienen que, si los trabajadores obtienen utilidades de las empresas, deberían soportar las pérdidas si existieran. Bajo esta posición los trabajadores arriesgarían su capital para desarrollar una actividad económica y estarían ejerciendo la libertad de empresa, dejando de ser trabajadores.

En su doctrina, Ekmekdjian sostiene que si los trabajadores participan en las ganancias deberían también participar en las pérdidas. Si participaran en las pérdidas, los trabajadores estarían poniendo en riesgo su capital para desarrollar una actividad económica, lo cual es constitutivo del ejercicio de la libertad de empresa. Esta diferencia permite deslindar entre la participación en los beneficios como derecho del trabajador y los diferentes mecanismos del llamado capitalismo popular para acceder a la propiedad de la empresa. (Ekmekdjian, 1994)

4.2 Argumentos de los trabajadores

En concordancia con la pregunta central de este trabajo, encuadraremos los objetivos específicos de la investigación. La primera pregunta específica que se enunciara en la introducción plantea la cuestión de los argumentos de los trabajadores para exigir un derecho que otorga la Constitución y su falta de reglamentación. Producto de ello, investigamos sobre la existencia de casos en donde las empresas hubiesen incorporado este derecho en sus plantillas.

Tenemos que puntualizar que el derecho de los trabajadores a participar en las ganancias de las empresas fue señalado en la reforma constitucional de 1957 y que "la empresa para nosotros es un centro de colaboración humana, donde no se restringe la libre iniciativa, pero se limita el interés privado en aras del bienestar colectivo" (Jaureguiberry, 1957, p. 118).

La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas genera una serie de beneficios muy importantes para la economía nacional. El Proyecto de Ley presentado por el diputado Recalde en 2010, preveía que esta reglamentación excluiría a las empresas cuyos beneficios no superaron el mínimo fijado por el Consejo Nacional de Participación Laboral en las Ganancias, que se crearía para distribuir equitativamente.

La participación de los trabajadores se aplicaría solamente sobre aquellas ganancias que sean consideradas tales a los efectos de la ley de impuesto a las ganancias. Por este motivo, al hacer partícipes a los trabajadores de este tipo de beneficio, se mejora la distribución del ingreso a favor de los que menos tienen, contribuyendo a generar una sociedad más igualitaria y justa.

La redistribución entre los trabajadores de estos beneficios preveía una mayor equidad en la matriz salarial de la economía. El mayor ingreso para los trabajadores aumentaría su poder adquisitivo y la mayor parte de ese excedente se vería reflejada en la demanda de bienes y servicios, convirtiéndose en un círculo virtuoso que incentiva a los empresarios a invertir. Por supuesto que la implementación de la participación de los trabajadores necesitaría de una reglamentación acorde a la realidad de cada ámbito socioeconómico.

Asumir la posición en favor de los trabajadores, conlleva a presentar una distribución que pueda plasmar los derechos de los trabajadores sin lesionar los intereses de los empresarios. Para ello es primordial precisar el monto total asignado a los trabajadores, el criterio para el reparto y por supuesto la periodicidad. Por los antecedentes legislativos y jurisprudenciales, Bidart Campos recomienda mecanismos porcentuales, que consideramos la forma más equitativa y que aplicaría al universo de empresas en nuestro país. (Bidart Campos, 1999)

En los resultados de esta tesis, relevamos casos de gratificaciones a los trabajadores bajo la modalidad de “bonus” o incentivos monetarios que no responden a una periodicidad ni a criterios fijos o porcentuales, acentuadas principalmente en compañías tradicionales, que -en base a sus dimensiones- se inscriben dentro de las denominadas medianas y grandes empresas. Además, observamos en organizaciones de creación reciente, una marcada tendencia a participar a sus colaboradores de manera

flexible para contener los talentos que necesita, especialmente en las empresas tecnológicas.

Al no tener operatividad la norma de la distribución de las utilidades, nos encontramos con esquemas de reparto disímiles e injustos, en donde queda librado este beneficio a la predisposición del empleador o a la puja de las asociaciones sindicales. Por esta razón consideramos necesaria una reforma legal que establezca un mecanismo automático que asegure la equitativa distribución de estos beneficios. Por supuesto que esta reforma tiene que garantizar la sostenibilidad del negocio y asegurar la inversión para su crecimiento.

Pero como limitaciones de esta investigación, encuentro inexistencia de estudios en nuestro país acerca de casos con esquemas de participación de los trabajadores en las ganancias que tienden a aumentar la productividad de los trabajadores, incrementando a su vez las ganancias. Solamente existen estudios realizados por Weitzman y Kruse (1990) que muestran la existencia de una relación positiva entre la participación de los trabajadores en las ganancias y la productividad. Weitzman (1984) muestra que este tipo de esquemas pueden contribuir a aumentar el empleo y a reducir presiones inflacionarias desatadas por conflictos distributivos. Pero no hay ejemplos de estudios nacionales ni recientes que nos permiten tener una idea certera de la realidad en nuestro país.

La falta de reglamentación del artículo 14 bis CN, ha sido el origen de las posiciones contrarias de diversos empresarios, especialmente a qué porción de sus utilidades tendrían que ceder ante los trabajadores. La incertidumbre ante la falta de legislación acerca de la capacidad económica de estas organizaciones, cuáles serían los criterios que evaluarían qué empresa debe repartir y cual empresa estaría exenta. El temor de los empresarios tanto en ceder beneficios como en la colaboración de la empresa se

hizo escuchar desde el inicio del Proyecto de Ley N° 6837-D-2010 propuesto por el diputado Recalde.

4.3 Argumentos de los empleadores

A su vez, otro de los ejes de este trabajo versa acerca de la posibilidad de invadir la propiedad e inversión privada al repartir los beneficios entre los trabajadores. Los resultados obtenidos nos sirven para interpretar qué fundamentos constitucionales hallamos al respecto. Los empresarios encuadran su postura en la afirmación que aparece en la primera parte del artículo 17 de la Constitución Nacional respecto a que ningún habitante puede ser privado de su propiedad sin sentencia fundada en ley.

En principio, los fundamentos que esgrimían los empresarios para rechazar la posibilidad de participar a los trabajadores en las utilidades de las empresas, era el temor de la intervención de las asociaciones sindicales. El proyecto del Diputado Recalde contaba con el aval de la Confederación General del Trabajo (CGT) y de la Central de Trabajadores Argentinos (CTA), dos organizaciones que hipotéticamente irían por la dirección de las empresas si el proyecto prosperaba.

Los principales ejes en la argumentación de los empresarios acerca del proyecto eran que violaba el derecho a la propiedad privada, desalentaba la inversión, que su implementación cambiaría las reglas del juego económico y que los trabajadores no tendrían derecho a percibir utilidades si no están dispuestos a soportar pérdidas (Badeni, 2006). Una serie de fundamentos que carecen de relevancia si consideramos los ejemplos internacionales que veremos más adelante.

La postura más justificada de los empresarios es que consideran necesaria una relación de flexibilidad y consenso con los trabajadores, y desestiman una imposición de una norma programática que no alcanza operatividad por su deficiencia en el desarrollo legislativo (Ekmekdjian, 1994). Badeni defiende el carácter meramente programático de

algunas previsiones constitucionales como las de seguridad y salud en el trabajo, que necesitan del desarrollo legislativo para tener fuerza normativa. (Badeni, 2006)

Las empresas que consideran la participación de los trabajadores en sus utilidades prevén una figura reglamentada en la Ley de Sociedades N° 19.550, en su artículo 230 en la que hace referencia a los bonos de participación del personal en relación de dependencia. Estos importes tienen como objetivo que los trabajadores accedan a los beneficios de las empresas, sin correr el riesgo del empresario. Esta ley ofrece el instrumento adecuado para incentivar a los empresarios a ceder parte de la ganancia: la deducción de esta renta como gasto en la declaración de impuestos.

Desde esta óptica, el empleador sostiene que no necesita una ley que imponga el reparto de dividendos sino volver a las fuentes. Es decir, el bono de participación del artículo 230 de la ley societaria que otorga a los empleados el derecho a participar de las ganancias de acuerdo con los términos y condiciones de emisión de aquellos bonos.

Al analizar todas las opiniones de los empleadores, el rechazo al proyecto de Ley del diputado Recalde es el ejemplo de un sector empresarial que ha sabido aprovechar la ausencia del Estado en velar por los derechos de los ciudadanos y especialmente el incorrecto funcionamiento del rol de los líderes sindicales en reclamar este derecho. Exponiendo la dualidad capital-trabajo y la pérdida de empleo si se intenta implementar este derecho, los empresarios han logrado hasta el momento que la norma no tenga aplicación en la práctica.

Las voces de los empresarios se alzaron en contra del proyecto indicando que forzar un proyecto de ley sería una renta anual que perderían los empresarios que verían recortado el beneficio de su capital. Nuestra Ley de Sociedades 19.550 prevé una figura menos intensa pero sumamente interesante. Se refirieron a los bonos de participación en las ganancias para el personal en relación de dependencia previstos en el artículo 230 de

la ley citada. No obstante, si bien esta ley ofrece el instrumento adecuado para incentivar a los empresarios a ceder parte de la ganancia, es sólo una ilusión cuando esa renta está alcanzada por la cuarta categoría del impuesto a las ganancias. (Van Tienen, 2010)

4.4 Fundamentos del derecho comparado

Al abordar el tercer objetivo específico en esta discusión, referida al derecho comparado, se acrecientan los fundamentos de nuestra posición, contrariando la posición de los empresarios. Los casos de participación en las ganancias de los trabajadores a lo largo y ancho del mundo han sido implementados en forma exitosa, con ejemplos en Latinoamérica que resultaron interesantes y podrían ser extensivos a nuestro país.

En la primera interpretación tenemos dos clases que diferenciar que surgen de la obligatoriedad de la participación en las ganancias. Es posible mencionar como un ejemplo cercano y con base constitucional el de Brasil. En la ley brasileña, la participación en las ganancias debe ser objeto de negociación entre la empresa y sus empleados, ya sea por medio de un comité elegido por las partes, integrado también por un representante designado por el sindicato de su clase (negociación con la comisión interna) o por medio de un convenio colectivo (negociación colectiva).

Entre los criterios y condiciones que pueden convenirse, se encuentran: (a) niveles de productividad, calidad o rentabilidad de la empresa; o (b) programas basados en metas y resultados, dentro de los plazos acordados de antemano. Es decir, se requiere de criterios objetivos y comprobables.

La flexibilidad del sistema brasileño es tan amplia, que se puede convenir -a título de ejemplo- tanto un porcentaje sobre la facturación bruta anual, como un pago sujeto a que se alcance una determinada meta mínima de facturación, o porcentajes diferentes cuando se alcancen diferentes metas de facturación. Se estimula a las empresas que

pueden deducir impositivamente el pago de este beneficio a los trabajadores. (Marinakis, 1999)

Dos casos más de países americanos son el de Canadá y Estados Unidos, en donde el régimen de participación en las ganancias de los empleados es optativo. En el caso de Canadá se encuentra incorporado en la segunda parte del Acta Impositiva, división G, sección 144 en donde las empresas pactan con el Estado libremente el porcentaje para distribuir entre los trabajadores obteniendo beneficios fiscales. (Asociación Cristiana de Proyectos de Empresas, 2011)

En Estados Unidos el sistema es similar, pero apunta a que las empresas pueden optar por programas de participación laboral en las ganancias que crean fondos de garantías de la seguridad social, en especial para jubilaciones. En ambos casos las organizaciones que aplicaron este sistema obtuvieron más ganancias y la productividad de los trabajadores fue superior. (Asociación Cristiana de Proyectos de Empresas, 2011)

Para el caso de la obligatoriedad en la participación en las utilidades o resultados de las empresas, México aplica como el mejor ejemplo. No se trata de una ley particular sino del capítulo octavo de la Ley Federal del Trabajo. Posee un sistema de alícuota variable -aunque en la actualidad se aplica una alícuota del diez por ciento-, y contempla la revisión sindical de los montos y la distribución cincuenta por ciento per cápita y cincuenta por ciento según la nómina salarial. El sistema mexicano, consagrado constitucionalmente desde 1946, es tomado como referencia internacional -y, sobre todo, como el principal faro latinoamericano- a la hora de tener en cuenta la implementación de sistemas de participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas. (Marinakis, 1999)

En conclusión, de esta pregunta específica podemos afirmar que los sistemas de reparto de utilidades en el mundo han demostrado -ya sea en forma obligatoria u optativa,

ser beneficiosos tanto para los empresarios como para los trabajadores. En consecuencia, para el ello favorece al Estado en donde se aplican estos mecanismos distributivos.

Como lo indica Marinakis (1999):

La imperiosa necesidad de diálogo entre las partes y de transparencia en el proceso hacen de estos programas un valioso instrumento para establecer políticas de recursos humanos más participativas y relaciones laborales no conflictivas, que concuerden más con la necesidad de mejorar la competitividad de las empresas. (p. 83)

4.5 Casos de jurisprudencia

Por otra parte, en la respuesta a la cuarta pregunta específica planteada, nos encontramos que, en la búsqueda de la jurisprudencia sobre la participación de los trabajadores en las utilidades, la discusión es endeble. Consideramos que la falta de accionar del Estado ha sido la principal causa de esta debilidad en la jurisprudencia.

Teniendo en cuenta que en los casos comentados en el apartado Resultados pueden considerarse ejemplos de fallos a favor de los trabajadores, estos casos se referían al desarrollo legal del derecho de participación en las ganancias a través del art. 29 de la ley N°23.696. No apuntan a discutir de la fuerza normativa del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En el caso Gentini (CSJN, Fallos: 331:1815), la Corte Suprema de Justicia se hizo eco de las discrepancias doctrinales respecto de la eficacia directa de los derechos sociales, económicos y culturales y afirmó que una línea de interpretación restrictiva de los derechos sociales consagrados por los preceptos constitucionales es contraria al "objetivo preeminente de promover el bienestar general que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino". Sin embargo, no dio lugar al desarrollo legal de la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas,

debido a que no se detuvo la sentencia a verificar la eficacia directa del derecho y su fuerza normativa, ante la falta de desarrollo legislativo.

El Estado debería ofrecer una actividad protectora a través de la tutela judicial. Ante la posible negativa empresarial al reconocimiento del derecho los trabajadores en la práctica, los trabajadores deberían tener la posibilidad de solicitar el amparo judicial para ejercer judicialmente el derecho. De lo contrario prevalecerá la consideración de que no existe un derecho subjetivo exigible, aunque su existencia esté justificada.

Además, estas reclamaciones de ejercicio del derecho son infrecuentes, pero no desconocidas en los tribunales argentinos. Por ejemplo, esta fue la situación tratada en el caso "Morales Elizabeth del Rosario c/Minera Argentina Gold S.A." resuelto por el Quinto Juzgado de Trabajo de San Juan, mediante sentencia de 9 de octubre de 2013, donde se reclamó el amparo judicial al ejercicio del derecho ante la omisión del desarrollo normativo.

No obstante, en dicha sentencia la titular del juzgado, en lugar de hacer una interpretación integradora de los antecedentes legislativos y de las legislaciones del entorno latinoamericano para fijar un porcentaje de beneficios a entregar a los trabajadores y permitir el ejercicio directo del derecho, optó como solución menos invasiva por exhortar al poder legislativo a regular el derecho constitucional para su eficacia práctica. Sin embargo, la mera existencia de un poder judicial y de juzgados especializados en materia laboral revela que hoy en día existen medios para proteger el derecho de participación en las ganancias del art. 14 bis CN con el contenido mínimo sugerido, sin que ello requiera prestación por el Estado o activismo judicial.

Arribamos a la conclusión que la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas en nuestro país debería ser un derecho para ejercer directamente, con la necesidad de establecer los porcentuales de distribución y el rango de organizaciones con

la obligación de distribuirlas. No atentaría contra la propiedad privada porque es un derecho con rango constitucional que el tejido empresarial argentino ha logrado que no se reclame con frecuencia.

Tampoco desalentaría la inversión privada, con ejemplos concretos en economías regionales e internacionales, con rangos obligatorios u optativos con resultados favorables, diversas maneras de implementación y segmentación de empresas. La importancia de regular la capacidad de las organizaciones y adecuar un esquema de distribución de utilidades en base a criterios como productividad, antigüedad de los empleados, jerarquización de los puestos de trabajo, redundaría en beneficios intangibles para la empresa. El hecho de tener trabajadores conformes y sintiéndose partícipes de una organización acapararían sin dudas nuevos proyectos que se plasmarían en nuevas inversiones.

La deficiencia en la reglamentación del artículo 14 bis de la CN ha producido una colisión de derechos que creemos podría solucionarse aplicando el principio de proporcionalidad. Este, aclararía las diferencias entre derechos fundamentales. Sin embargo, para obtener estos frutos es indispensable que los órganos jurisdiccionales acepten de manera abierta las implicancias de su actividad. De nada nos sirve un tribunal constitucional que utilice un discurso "contemporáneo" si al final de cuentas no se pueden discutir sus decisiones a cabalidad.

VI. Conclusión

A nuestro criterio, el grado de afectación de un derecho como el de los trabajadores a participar de las ganancias precede al de los empresarios que consideran que se les invade la propiedad privada, fundamentado en los factores de ponderación de su peso. En virtud de la ley de la ponderación, cuanto mayor es el grado de la no

afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro. Del análisis de los estándares normativos podemos afirmar que, realizada la prueba del daño ante el conflicto de principios, interpretamos que es razonable que los trabajadores puedan gozar de este derecho, sin que ningún reglamento se los impida.

Al evaluar en forma ecuaníme los argumentos de los trabajadores y de los empleadores, nos ha resultado aplicable el principio de proporcionalidad en la búsqueda de la solución ante la colisión de derechos fundamentales. Aplicando la ley de ponderación establecemos que ante dos principios que abstractamente tienen el mismo rango, el de mayor peso concreto es el de los trabajadores.

En este trabajo se intentó demostrar que el principio de proporcionalidad se erige como una herramienta apropiada para determinar la validez de un derecho fundamental del trabajo, esgrimiendo que esta estructura argumentativa es la mejor opción para arribar a un conclusión entre conflictos de esta naturaleza.

Finalmente, nos sorprende que el ejercicio del derecho no haya sido reivindicado con mayor frecuencia por los trabajadores. Resulta evidente que la razonabilidad y la proporcionalidad son imprescindibles para resolver una colisión de derechos fundamentales. Mantener inalterables los principios, derechos y garantías de nuestra Constitución Nacional, como lo ordena en su artículo 28, revitalizan la compatibilidad con la teoría de Alexy y su principio de proporcionalidad, que, aplicando sus subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto, nos ha permitido inclinarnos hacia la postura consagrada en el artículo 14 bis de la CN.

5. Referencias

Doctrina

- Alexy, R. (1985). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2014). “Principios formales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 37. España, Universidad de Alicante.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo II. 2ª ed. Buenos Aires: La Ley.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bidart Campos, G. (1999). *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: Ediar- Editora Comercial, Industrial y Financiera.
- Colegio de Contadores Públicos de México. (2017). “Así funciona la Participación de los Trabajadores en las Utilidades”. *Dineroeimagen*. Recuperado de: <https://www.dineroeimagen.com/blogs/colegio-de-contadores-publicos-de-mexico-ac/asi-funciona-la-participacion-de-los-trabajadores>
- De Carlo, L. (2015). “Participación en las ganancias. ¿El inoculante de los antagonismos del modelo de producción capitalista?”. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/ivan-lucas-carlo-participacion-ganancias-inoculante-antagonismos-modelo-produccion-capitalista-dacf150403-2015-07-23/123456789-0abc-defg3040-51fcanirtcod>
- De Diego, J. (2010). “La participación en las ganancias de las empresas genera graves conflictos constitucionales”. *El Cronista*, 14/09/2010. Recuperado de:

<https://www.cronista.com/impres-general/La-participacion-en-las-ganancias-de-las-empresas-genera-graves-conflictos-constitucionales-20100914-0025.html>

Ekmekdjian, M. (1994). *Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*. Tomos I y II. Buenos Aires: Depalma.

Francois, S. T. (1993). “Júpiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez y derecho”. *Doxa*, N° 14.

Gelli, M. (2005). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. 3ra. edición. Buenos Aires: La Ley.

Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. 4ta Edición. México: McGraw-Hill.

Jaureguiberry, L. (1957). *El Artículo Nuevo. (Constitucionalismo Social)*. Santa Fe: Ed. Librería y Editorial Castelvi S.A.

Marinakis, A. E. (1999). “Participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de las empresas en América Latina”. *Revista de la Cepal*, vol.69. Santiago de Chile: Cepal.

Nino, C. (2002). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 2° reimpresión.

Sagúes, N. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. 1° edición. Buenos Aires: Ed. Astrea.

Fuentes Normativas

Constitucionales

Nacional

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994). 2da. Edición. Buenos Aires: Ed. Elegis.

Legislación Nacional

Recalde, H. (2010). Proyecto de Ley, Participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, con control en la producción. Buenos Aires: Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Fuentes Virtuales

AmericanEconomía.com. (2014). “El 31% de las empresas en Argentina pagó el bono a sus empleados por encima del objetivo previsto”. América Economía. Recuperado de: <https://www.americaeconomia.com/articulos/notas/el-31-de-las-empresas-en-argentina-pago-el-bono-sus-empleados-por-encima-del-objetivo>

Apellaniz, T. de. (2022). “Por participación en las ganancias, una empresa pagará \$730 mil a sus empleados”. La Nación. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/politica/por-participacion-en-las-ganancias-una-empresa-pagara-730-mil-a-sus-empleados-nid09022022/>

Asociación Cristiana de Dirigentes de Empresas (2011) “Proyecto de Ley de Participación en las ganancias”. Acde. Recuperado de: http://www.acde.org.ar/docs_declaraciones/Ganancias.pdf

Infotechnology. (2019). “La empresa argentina que "reparte la torta": da a sus empleados 50% de sus ganancias”. El Cronista. Recuperado de: <https://www.cronista.com/infotechnology/it-business/La-empresa-argenta-que-reparte-la-torta-da-a-s>

Van Thienen, P. (2010). “Los Empresarios Estarán Obligados a Repartir Ganancias a sus Trabajadores: Un Preocupante Proyecto de Ley”. Abogados.com.ar. Recuperado de:<https://abogados.com.ar/los-empresarios-estaran-obligados-a-repartir-ganancias-a-sus-trabajadores-un-preocupante-proyecto-de-ley/6527>