



BOLETÍN DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

MORENO FONTELA, JUAN LUIS
DOS APROXIMACIONES A LA PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS
TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN CONSTITUCIONES LATINAS: LOS CASOS
OPUESTOS DE ESPAÑA Y ARGENTINA
Estudios Constitucionales, vol. 13, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 57-102
Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82043968003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DOS APROXIMACIONES A LA PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA EN CONSTITUCIONES LATINAS: LOS CASOS OPUESTOS DE ESPAÑA Y ARGENTINA*

TWO APPROACHES TOWARDS THE ECONOMIC PARTICIPATION
OF EMPLOYEES IN ENTERPRISES FROM LATIN CONSTITUTIONS:
THE OPPOSED CASES OF SPAIN AND ARGENTINA

JUAN LUIS MORENO FONTELA**

Universidad de Buenos Aires
juan.luis.moreno.fontela@gmail.com

RESUMEN: En el marco del debate sobre la eficacia de las cláusulas socioeconómicas en el constitucionalismo hispanoamericano, este trabajo expone dos ejemplos radicalmente opuestos de tratamiento constitucional de la participación económica de los trabajadores en la empresa, sea en su propiedad o ganancias, representados por las constituciones de España y Argentina. Para ello revisa y compara (i) la eficacia normativa de ambas constituciones; (ii) la eficacia normativa directa de sus normas socioeconómicas; y, finalmente, (iii) los efectos del régimen constitucional de participación patrimonial de los trabajadores en cada una de ellas. El examen revela que la eficacia de la participación en España queda limitada a su papel como criterio interpretativo. Por el contrario, se propone interpretar el derecho constitucional de participación en Argentina como un derecho no prestacional, lo que dotaría al derecho de eficacia directa aun en ausencia de desarrollo normativo.

ABSTRACT: Within the debate on the normative force of socio-economic constitutional norms in Latin-American constitutionalism, this work compares the two radically opposed approaches towards

* Trabajo recibido el 17 de diciembre de 2014 y aprobado el 1 de julio de 2015.

** Profesor de Teoría General del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Sociedad Argentina de Análisis Filosófico. Doctorando en Derecho (UBA). Licenciado en Derecho, Universidad de Murcia (España).

Muchas personas han contribuido a que este trabajo sea mucho mejor de lo que habría sido de no haber contado con su ayuda. En primer lugar quisiera agradecer la ayuda de la Dra. Miranda del Corral por su infinita paciencia, sugerencias y revisiones. En segundo lugar, al prof. Dr. Cristián A. Cao y a su seminario sobre derechos económicos, sociales y culturales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. También a los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, Dres. Encarna Serna, Faustino Cavas y María Ángeles Sánchez, por su ayuda y numerosas sugerencias bibliográficas, así como a la prof. Dra. María Antonia Castro, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, por facilitarme amablemente su trabajo en la materia. Por último, a los dos revisores anónimos que me hicieron incisivas observaciones.

the economic participation of employees in enterprises, either in their ownership or profits, in the constitutions of Spain and Argentina. For these purposes, the article analyses and opposes (i) the normative force of both constitutions; (ii) the direct normative force of their socio-economic clauses; and, lastly, (iii) the effects of the constitutional regime on economic participation of the employees. The analysis reveals that the effects of the Spanish constitutional norm on participation are limited to its role as interpretation criterion. On the contrary, the work proposes a new view on the right of participation in the constitution of Argentina not construed as a social-benefit. This view would allow for the direct effects of the right even in the absence of further normative development.

PALABRAS CLAVE: Constitución Nacional Argentina; Constitución Española; normas socioeconómicas; Participación trabajadores.

KEY WORDS: Constitution of Argentina; Constitution of Spain; Socio-economic norms; Employee participation.

I. INTRODUCCIÓN

En las constituciones de países latinos son frecuentes las menciones a la participación de los trabajadores en la empresa. Así sucede en las constituciones de Argentina (art. 14 bis), Bolivia (art. 49.II), Brasil (art. 7.11), Colombia (arts. 57 y 60), Ecuador (art. 328, 6º párr.), España (art. 129.2), Italia (art. 43), México (art. 123.A.IX), Perú (art. 29) y Venezuela (art. 87). Existen, no obstante, constituciones del mismo entorno cultural, como la de Chile, que no incluyen menciones a la participación aunque se reconozca legalmente. En el futuro es previsible que se plantee incluir la participación de los trabajadores en tales constituciones, dentro del debate más amplio sobre el reconocimiento constitucional de derechos socioeconómicos. Resulta por ello oportuno examinar algunos ejemplos de reconocimiento constitucional de la participación de los trabajadores en países con una cultura jurídica cercana.

En todo caso, para que el examen alcance un mínimo de profundidad debe ser acotado. Por ello, en primer lugar se restringirá el significado que se otorga a la participación y se tratará solo una de las posibles concepciones de la participación de los trabajadores en la empresa. En segundo lugar, dentro de la concepción elegida se atenderá a dos sistemas constitucionales que representan extremos opuestos de reconocimiento constitucional de la participación de los trabajadores en la empresa. Además, ninguno de tales sistemas ha sido desarrollado legalmente de forma expresa, lo que permitirá examinarlos desde la perspectiva de eficacia directa de las cláusulas constitucionales de ámbito socioeconómico.

En cuanto a la restricción del significado de participación, la doctrina distingue tres aproximaciones a la participación de los trabajadores en la empresa: (i) la participación en la gestión y toma de decisiones; (ii) la autogestión de las actividades económicas por los propios trabajadores; y (iii) la participación económica, financiera

o patrimonial, esto es, en la propiedad de la empresa o en sus beneficios¹. Respecto de estas tres aproximaciones a la participación, las normas fundamentales de Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, México, Perú y Venezuela adoptan el tercero de los enfoques anteriores y reconocen un derecho a los trabajadores a participar de las ganancias o utilidades². La Constitución italiana opta, sin embargo, por el enfoque autogestivo al admitir en su art. 43 leyes que habiliten al Estado a expropiar empresas o categorías de empresas y a ponerlas en manos de asociaciones de trabajadores o usuarios. También existen constituciones que acogen varios de los sentidos de participación, como la Constitución de Colombia, que incluye la participación en la gestión y el acceso a la propiedad y, para ello, permite leyes que establezcan “los estímulos y los medios para que los trabajadores participen en la gestión de las empresas” (art. 57) y obliga a adoptar medidas conducentes a democratizar la titularidad de las acciones en caso de enajenación de la participación del Estado en empresas.

Este trabajo se limita a solo una de las aproximaciones a la participación. Así, analiza la participación de los trabajadores entendida exclusivamente como participación en la propiedad o las ganancias de la empresa, sin atender a la participación como cogestión o como autogestión. Y al respecto es importante destacar que el reconocimiento de la participación de los trabajadores en la propiedad o ganancias de la empresa tiene naturaleza socioeconómica, de modo que su impacto como mandato o incluso derecho constitucional es muy diferente según se desarrolle o no legalmente. Las legislaciones de Brasil, Ecuador, México, Perú y Venezuela han desarrollado la mención de manera expresa, lo cual la ha dotado de eficacia³. Sin embargo, el reconocimiento constitucional de la participación no es tan eficaz cuando no es desarrollado expresamente por la ley, como ocurre con el artículo 129.2 de la Constitución española y el artículo 14 bis de la Constitución Nacional Argentina.

Además de por la ausencia de desarrollo expreso, las dos normas constitucionales sobre la participación económica en Argentina y España presentan otra peculiaridad: cuando se analizan conjuntamente ambas normas resultan ser opues-

¹ Ver GALIANA y GARCÍA ROMERO (2003), pp. 14-16. También, con diferentes categorías, CASTRO (2014), pp. 325-327.

² También el art. 93 de la Constitución de Paraguay incluye una mención promoviendo que las empresas “incentiven con beneficios adicionales a sus trabajadores”. Este inciso podría interpretarse como participación económica.

³ El desarrollo se produjo en Brasil por la ley N° 10.101 (2000); en Ecuador, por el Código del Trabajo (2005); en México, por la Ley Federal del Trabajo (1970); en Perú, por el decreto legislativo N° 892 (1998); y en Venezuela, por Ley Orgánica del Trabajo (1997). El caso de México es no obstante peculiar, porque la constitución reglamenta en profundidad el derecho de participación.

tas, de manera que ejemplifican dos extremos posibles en el reconocimiento de dicha participación. Según se desarrollará, ambas normas difieren en su estructura normativa, en su peso dentro del texto constitucional y en su eficacia práctica. En tanto que ambas carecen de desarrollo, estas diferencias tienen grandes consecuencias para aplicar de forma directa el mandato socioeconómico de participación y para fundamentar la actuación positiva de los tribunales en casos de omisión de la actividad debida por los poderes públicos. Por todo ello, en este trabajo solo se examina la participación de los trabajadores en las constituciones de Argentina y España, cuyas normas conciben la participación de los trabajadores desde una perspectiva económica pero la tratan de forma opuesta en muchos otros aspectos.

El artículo se divide en dos bloques, uno eminentemente expositivo y otro en el que se realizan propuestas respecto de ambos preceptos. El bloque expositivo hace un examen crítico de las justificaciones a la fuerza normativa de la constitución en Argentina y España y examina la fuerza normativa de las cláusulas constitucionales socioeconómicas en cada país. El bloque propositivo examina el concreto reconocimiento constitucional de la participación en España y en Argentina y plantea nuevas perspectivas sobre ambos sistemas, lo que constituye la aportación central de este artículo. Respecto de España, y a la vista del escaso margen interpretativo que permite su constitución, se refleja la opinión mayoritaria de la doctrina acerca de la participación económica de los trabajadores y se hace una propuesta interpretativa en relación con el procedimiento concursal como ejemplo para dotarla de eficacia. Por el contrario, respecto de la participación en Argentina, se rechaza la visión generalizada en la doctrina del derecho constitucional de participación como derecho prestacional; como alternativa se propone y justifica una visión no prestacional que refuerza la eficacia directa del derecho. El artículo finaliza con las conclusiones del análisis desarrollado respecto del régimen de la participación económica de los trabajadores en la empresa en ambas constituciones.

II. FUERZA NORMATIVA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOCIOECONÓMICAS: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA Y ARGENTINA

2.1. La fuerza normativa de la constitución

En España y Argentina se reconoce la fuerza normativa plena de sus constituciones⁴. Como señalaba García de Enterría en su clásico trabajo *La Constitución*

⁴ Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, según su redacción tras la reforma de 2011, y Constitución Nacional Argentina de 1 de mayo de 1853, según su redacción tras la reforma de 1994.

como norma y el Tribunal Constitucional, “[l]o primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir el artículo 9,1”. En idéntico sentido, Bidart Campos apuntaba que hasta las normas programáticas necesitadas de desarrollo infraconstitucional u orgánico “deben ser invocables ante los tribunales judiciales. O sea, cuentan con la fuerza normativa de la constitución”⁵. El reconocimiento de fuerza normativa plena es compartido respecto de las constituciones de todo el ámbito latinoamericano⁶. Sin embargo no existe el mismo consenso para justificar tal atribución. Los fundamentos teóricos a la fuerza normativa de la constitución pueden dividirse entre criterios intrasistemáticos que apelan a la propia constitución o al ordenamiento jurídico derivado⁷, y extrasistemáticos que invocan aspectos ajenos.

Los criterios intrasistemáticos han sido empleados, entre otros, por García de Enterría, Bidart Campos y Gil Domínguez. García de Enterría usó un argumento que considera normativa a la constitución porque dispone su propia aplicación como norma. Bidart Campos acogió 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 fundamentales⁸. Por último, Gil Domínguez adopta una postura peculiar en la que considera que los derechos fundamentales están incorporados a la regla de reconocimiento, es decir, agrega un elemento material a la regla de reconocimiento y la transforma en un criterio intrasistemático, dependiente del contenido de la norma fundamental⁹. En cuanto a los criterios extrasistemáticos, fundamentan la fuerza normativa de la constitución en factores ajenos al ordenamiento jurídico y propios de la teoría política, la lógica o la sociología. Entre los autores que han adoptado estos criterios destacaré a Rubio Llorente y a los autores de la escuela positivista. Rubio Llorente acude a la teoría política para fundamentar en la soberanía popular la fuerza normativa de la constitución, al entenderla como un contrato entre el

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006), p. 69, y BIDART CAMPOS (2004), pp. 20-21.

⁶ Ver al respecto PACHOT (2010), pp. 19-21.

⁷ Se sustentan en el ordenamiento derivado cuando argumentan que la fuerza normativa deriva de que las normas infraconstitucionales reconocen la constitución como norma superior.

⁸ BIDART CAMPOS (2004), p. 149, aunque es preciso reconocer que Bidart Campos también apela a la aceptación social, y GARCÍA DE ENTERRÍA (2006), p. 104, considera a la constitución “portadora de unos determinados valores materiales”.

⁹ GIL DOMÍNGUEZ (2009), p. 55.

poder y el pueblo que delimita los poderes del Estado y reserva ciertos ámbitos de libertad a los ciudadanos¹⁰. Finalmente, en cuanto a los autores iuspositivistas, los criterios extrasistématicos más difundidos son la *Grundnorm* de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, que fundamentan la fuerza normativa de la constitución en argumentos de corte lógico y sociológico respectivamente: Kelsen en una norma jurídica fundamental entendida como presupuesto lógico, y Hart en una práctica social generalmente aceptada por los operadores jurídicos que identifica y da validez al derecho aplicable¹¹.

Sin poder desarrollar la cuestión en detalle, considero mejor argumentadas las posturas extrasistemáticas que las intrasistemáticas. Atienza y Ruiz Manero han hecho una acertada crítica de las posturas intrasistemáticas formales por usar argumentos circulares que presuponen su propia conclusión (que la constitución es una norma jurídica vigente), pero no justifican dicha conclusión, sino que solo la afirman¹². También son problemáticos los argumentos intrasistemáticos materiales, porque los que apelan a la justicia exigen un compromiso con posturas metaéticas objetivistas no aceptadas de forma unánime¹³, y los que incorporan elementos morales a la regla de reconocimiento, como Gil Domínguez, solo justifican la fuerza moral de ese contenido constitucional con relevancia moral (los derechos fundamentales), pero no dan cuenta de su fuerza jurídica¹⁴. Además, estos últimos argumentos identifican erróneamente constitución y regla de

¹⁰ RUBIO LLORENTE (1997), pp. 159-163.

¹¹ Me remito simplemente a las célebres obras de ambos autores: HART (1994) y KELSEN (1979).

¹² ATIENZA y RUIZ MANERO (1996), pp. 30-34. En resumen, la fuerza normativa de la constitución no puede fundamentarse en la propia constitución ni en la remisión de normas inferiores a la constitución, puesto que tanto la normatividad de los preceptos de la constitución como la de las normas inferiores exige que, con carácter previo, se justifique que la constitución es una norma jurídica vinculante. El argumento opera de forma similar en la versión que fundamenta la fuerza normativa en las normas inferiores. En tal caso, la fuerza normativa de las normas inferiores deriva de presuponer que la constitución tiene fuerza normativa con la que dota de fuerza normativa derivada al resto de normas inferiores del ordenamiento jurídico, que a su vez afirman la fuerza normativa de la constitución.

¹³ Además plantean un grave problema de fragmentación puesto que obligan a dividir la constitución en aspectos de derecho natural y aspectos de mero derecho positivo. Para ambas cuestiones, ver RUBIO LLORENTE (1997), p. 164.

¹⁴ Gil Domínguez afirma que los “derechos fundamentales son normas jurídicas” cuya “fuerza moral” reside en su condición de “derechos” y que “[p]or lo tanto” forman parte de la regla de reconocimiento y “al adquirir este status, disponen de una fuerza jurídica que de ningún modo puede adquirirse” (GIL DOMÍNGUEZ 2009, pp. 54-55). Su exposición considera una regla de reconocimiento autorreferencial y no tiene en cuenta que el fundamento de la fuerza jurídica de una norma en la teoría de Hart (*rectius*: validez) se encuentra en última instancia en la propia regla de reconocimiento y la propia regla de reconocimiento no puede según

reconocimiento, posibilidad ya descartada por Raz¹⁵ y por Hart¹⁶. En definitiva, y para optar por una de las posturas extrasistemáticas, con base en la regla de reconocimiento hartiana, resulta incontrovertible que en el constitucionalismo moderno de Argentina y España y entre sus juristas existe una práctica social por la que se identifica y acepta la validez de las respectivas constituciones como las normas superiores de cada ordenamiento y se reconoce que son normas jurídicas, vigentes y aplicables. Así lo reflejan la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el fallo Casal de 20 de septiembre de 2005 (CSJN, Fallos: 328:3399) y el Tribunal Constitucional español en la STC 4/1981, de 2 de febrero¹⁷.

2.2. Fuerza normativa de la constitución socioeconómica y los derechos económicos, sociales y culturales

Si bien se reconoce la fuerza normativa de las constituciones de España y Argentina, pronto surgen matices con respecto a sus normas socioeconómicas. Estos matices se relacionan con el debate doctrinal sobre la fuerza normativa de los derechos económicos, sociales y culturales¹⁸, también reflejado en la jurisprudencia latinoamericana¹⁹. En la medida que se trata de una cuestión abierta, es preciso examinar las posturas al respecto en Argentina y España.

Hart ser válida ni inválida, sino que es simplemente aceptada como forma de identificación de las normas jurídicas válidas. Ver HART (1994), pp. 109-110.

¹⁵ Si se afirma como hace Gil Domínguez que la regla de reconocimiento incorpora los derechos fundamentales reconocidos en la propia constitución y, a la vez, se sostiene que los derechos fundamentales tienen fuerza normativa, se debe justificar cómo la regla de reconocimiento es autorreferencial para conferir fuerza normativa jurídica a los derechos fundamentales que forman parte de la regla de reconocimiento. Ver RAZ (1998), pp. 160-162, donde considera esos argumentos contrarios a sus propias premisas.

¹⁶ Hart rechazó que una regla de reconocimiento que incorporara aspectos morales pudiera cumplir las funciones evaluativa y justificativa de la coacción. Ver HART (1994), pp. 23-28.

¹⁷ Respecto de la regla de reconocimiento y la Constitución Española, ver ATIENZA y RUIZ MANERO (1996).

¹⁸ Este debate nace con la Constitución mexicana y la de Weimar, que reconocieron derechos socioeconómicos en 1917 y 1930, respectivamente. Para el desarrollo de los derechos socioeconómicos, ver GIL DOMÍNGUEZ (2009), p. 28. En cuanto al debate sobre su consideración como derechos fundamentales en Latinoamérica, ver MARTÍNEZ ESTAY (2010), pp. 125-128 y 132 y ss. PACHOT (2010), p. 21; NOGUEIRA (2009), pp. 145-149, y CARBONELL (2008), pp. 55-56. Es también reveladora la discusión iusfilosófica sobre la posibilidad de concebir los derechos sociales, económicos y culturales como verdaderos derechos. Ver al respecto ATRIA (2004) y respuestas y comentarios en BERNAL PULIDO (2004) y GARGARELLA (2004).

¹⁹ Ver NASH ROJAS (2011) que incluye la situación en Colombia (p. 74), Costa Rica (p. 80), Perú (p. 84), Argentina (p. 94) y Chile (pp. 98 y ss.). Para una visión del tratamiento en España, la protección plena en Venezuela, Ecuador y Bolivia, y el debate abierto en Cuba, ver PACHOT (2010), pp. 25 y ss. Respecto de

A. Las limitaciones a las disposiciones socioeconómicas en España

Las disposiciones socioeconómicas en la Constitución Española (CE) se vinculan a la cláusula de Estado social, según la cual “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho [...]” (art. 1.1 CE). Bajo el paraguas de esta cláusula y del art. 9.2, la doctrina constitucionalista española agrupa un conjunto heterogéneo de normas con contenido social dispersas por el articulado de la Constitución²⁰ y afectadas por las limitaciones a la aplicabilidad que la Constitución establece²¹. Por ejemplo, el art. 53.3 CE limita la aplicabilidad directa del Título I, Capítulo Tercero, denominado “De los principios rectores de la política social y económica”. El art. 53.3 CE dispone que “[e]l reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Para examinar la fuerza normativa de las normas socioeconómicas de la Constitución Española es útil seguir a Rubio Llorente, quien expone el problema con apoyo en dos categorías de normas: los mandatos dirigidos al legislador y los principios fundamentales y fines del Estado²². Los mandatos al legislador son normas que obligan al legislador a dictar las normas que completen la estructura prevista en la Constitución y las que sean necesarias para el ejercicio de derechos constitucionales. Estos mandatos tienen fuerza normativa directa como el resto de la Constitución Española, pero algunos de ellos no generan derechos subjeti-

la jurisprudencia constitucional chilena, ver JORDÁN (2007) y, con una postura opuesta, MARTÍNEZ ESTAY (2010), pp. 134-137 y 143 y ss., quien niega que estos derechos tengan contenido esencial y vincula su eficacia normativa a la situación económica.

²⁰ Ver GARRORENA (1984). Las normas socioeconómicas de la Constitución Española se vinculan también a lo que ha venido a denominarse constitución económica, entendida como marco flexible neutral dentro del que las leyes pueden definir el régimen legal de la actividad económica. Sobre la constitución económica, ver ALBERTÍ (2004), pp. 125-127.

²¹ Según la STC 15/1982, la vinculación directa de las normas constitucionales “no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable”. Al respecto, LÓPEZ GARRIDO (1993), p. 83, y CARMONA CUENCA (1992), pp. 106-7.

²² Ver RUBIO LLORENTE (1997), p. 166-174. Rubio Llorente considera desvalorizador considerar estas categorías como normas programáticas, puesto que “las normas que asignan fines determinados a la acción estatal [...] no originan inmediatamente obligaciones exigibles ante los tribunales de justicia [...]; pero, sí imponen una obligación a todos los poderes públicos, sí los vinculan, aunque el artículo 53 diga otra cosa, y, sobre todo, obligan al juez a la hora de interpretar cualquier otra norma” (ibíd., pp. 173-174).

vos por pertenecer al Título I, Capítulo Tercero, cuya eficacia está limitada por el art. 53.3 CE ya citado. Aun así, los mandatos al legislador pueden ser alegados por las partes y orientar la interpretación judicial, por lo tanto las cláusulas socioeconómicas y los derechos del Título I, Capítulo Tercero tendrán un valor fundamental como pauta de interpretación²³.

El segundo grupo de normas invocado por Rubio Llorente, los principios fundamentales y fines del Estado, son normas que establecen objetivos a alcanzar por los poderes públicos pero no determinan sus condiciones de aplicación ni las actuaciones concretas a las que obligan²⁴. Estas normas constitucionales equivalen a los principios como mandatos de optimización en la teoría de Alexy²⁵ o a las llamadas directrices en terminología de Atienza y Ruiz Manero²⁶. Los principios fundamentales y fines del Estado están sujetos a varias limitaciones. Los contenidos en el Título I, Capítulo Tercero están limitados por el art. 53.3 CE, con las consecuencias expuestas en el párrafo anterior. Los restantes²⁷ tienen dificultad para generar derechos subjetivos u obligaciones concretas protegibles judicialmente a causa de su redacción amplia. No obstante, como señaló la STC 4/1981, se reconoce la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes que vulneren estos principios y fines del Estado y además constituyen una guía para la interpretación judicial.

Finalmente, la doctrina española también entiende que las normas constitucionales socioeconómicas están *de facto* limitadas materialmente por su vinculación con factores económicos que condicionan su eficacia práctica²⁸. Estas limitaciones tienen un impacto mayor aún en España por estar integrada en la Unión Europea, a la que se ha cedido un bloque importante de soberanía en materia económica e influye en decisiones presupuestarias²⁹. Así, pues, aunque se reconozca la fuerza

²³ CARMONA CUENCA (1992), p. 108, y RUBIO LLORENTE (1997), pp. 173-174. También ver GARCÍA DE ENTERRÍA (2006), pp. 101-109.

²⁴ CARMONA CUENCA (1992), p. 108.

²⁵ ALEXY (2000), pp. 195 y 299-300, y (1993), pp. 86-87.

²⁶ ATIENZA y RUIZ MANERO (1996), pp. 10-11.

²⁷ Carmona Cuenca incluye en esta categoría la cláusula de Estado social del art. 1.1 CE, el principio fundamental de libertad, igualdad y participación del art. 9.2 CE y los mandatos y fines contenidos en el Título VII “Economía y hacienda”. Ver CARMONA CUENCA (1992), pp. 113-115.

²⁸ CARMONA CUENCA (1992), p. 105.

²⁹ La economía, se dice, “ha desbordado el marco de los Estados, y su disciplina, que rebasa ya las funciones que una Constitución puede desempeñar con eficacia, se encomienda, cada vez más, en amplitud e intensidad, a instancias supranacionales”. ALBERTÍ (2004), p. 124.

normativa directa de la Constitución Española, la aplicación de sus normas socioeconómicas está muy limitada, lo cual restringe sus efectos prácticos y socava la fe de parte de la doctrina en ellas³⁰.

B. La constitución socioeconómica en Argentina

La Constitución Nacional Argentina (CNA) recoge un elenco de derechos socioeconómicos y principios sociales que la doctrina denomina “constitución socioeconómica”. Siguiendo a Gil Domínguez, la constitución socioeconómica se entiende como el conjunto de normas constitucionales delimitadas por el derecho de propiedad y los principios de economía de mercado, regulación estatal, desarrollo humano, adecuado nivel de vida y orientación de la actividad financiera. Tales finalidades socioeconómicas justifican la atribución al Congreso de la potestad constitucional para “[p]roveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social [...]” (art. 75.19, párr. 1, CNA).

La fuerza normativa de la constitución socioeconómica es un tema disputado en la doctrina argentina. A favor de su fuerza normativa, Bidart Campos afirmó que los derechos económicos y sociales son “derechos por analogado” que requieren desarrollo normativo e intervención pública para su eficacia, pero que son mínimamente obligatorios frente a los poderes públicos antes de su desarrollo normativo, por lo que se deberían proteger ante la omisión³¹. Una línea similar sigue Gil Domínguez, quien atribuye fuerza normativa directa a las disposiciones de la constitución socioeconómica como forma de alcanzar las finalidades del art. 75.19, párr. 1, CNA, e incluso aboga por revisar las decisiones políticas no sujetas a control jurisdiccional si afectan a los derechos socioeconómicos³². En contra de su fuerza normativa se sitúan Ekmekdjian y Badeni, quienes niegan la eficacia directa de la constitución socioeconómica a

³⁰ Se ha denunciado que las cláusulas socioeconómicas se consideran “concesiones a la galería de pretensiones ilusorias utópicas (el derecho al trabajo, el derecho a la vivienda o un salario digno, etc.)”. LÓPEZ GARRIDO (1993), p. 80.

³¹ BIDART CAMPOS (2004), pp. 78-79, 150 y 240-243.

³² *Ibíd.*, pp. 21 y 80, y GIL DOMÍNGUEZ (2009), pp. 66-67 y 165-167. En la doctrina comparada, WUNDER (2014) ofrece argumentos a favor del control jurisdiccional de la omisión vinculados a la protección de la dignidad humana, aunque ciertas voces alertan de los peligros de la actividad legislativa positiva de los tribunales (ver QUISPE 2006 y BULNES 2006). Sobre inconstitucionalidad por omisión en la doctrina comparada, ver el trabajo de Fernández Rodríguez en CARBONELL (coord.) (2007), donde no reconoce inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos políticos (pp. 38-39).

falta de su desarrollo legislativo³³. Ekmekdjian parte de la división entre derechos liberales como prohibiciones al Estado generadoras de derechos subjetivos para los particulares, y derechos sociales como obligaciones de dar o hacer dirigidas al Estado. Para Ekmekdjian, la función de la constitución socioeconómica es orientar la actividad pública y servir como pauta interpretativa para los jueces, pero niega que genere derechos subjetivos salvo que sea desarrollada³⁴. En similares términos, Badeni defiende el carácter meramente programático de algunas previsiones constitucionales como las de seguridad y salud en el trabajo³⁵.

No obstante la disputa doctrinal, la jurisprudencia superior argentina ha afirmado en diversas ocasiones el carácter normativo de los derechos sociales. Destacan los fallos Siri, Ekmekdjian y Vizzoti de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)³⁶. En el más antiguo de los fallos citados, el fallo Siri de 27 de diciembre de 1957 (Fallos: 239:459), la CSJN señaló en respuesta al *habeas corpus* interpuesto con base en los arts. 14, 17 y 18 CNA que era procedente admitir el *habeas corpus* por restricción de derechos constitucionales por la autoridad pública en relación con la garantía de la libertad de trabajo e imprenta, aunque no tuvieran desarrollo legal. Posteriormente, en el fallo Ekmekdjian de 7 de julio de 1992 (Fallos: 315:1492), la CSJN afirmó en su considerando 15 la eficacia directa de los derechos constitucionales y la necesidad de protegerlos contra las acciones y omisiones de los poderes públicos.

Podría objetarse que los pronunciamientos en los fallos Siri y Ekmekdjian se referían a derechos diferentes, con un contenido normativo más evidente y que, en el caso del fallo Ekmekdjian, el derecho estaba amparado por tratados internacionales. Sin embargo, posteriormente la CSJN ha afirmado el carácter normativo de algunos de los derechos incluidos en el art. 14 bis CNA, en concreto, en relación con la protección contra el despido. En el fallo Vizzoti (CSJN, Fallos: 327:3677) la CSJN afirmó en los considerandos 8 y 9 que el mandato del art. 14 bis CNA “se dirige primordialmente al legislador” pero su cumplimiento

³³ Desde un punto de vista práctico, Sagüés ha alertado de la posibilidad de que la ausencia de desarrollo deje convertidas las cláusulas socioeconómicas en declaraciones programáticas. Ver SAGÜÉS (2008), p. 162.

³⁴ Ver EKMEDJIAN (1994a), pp. 111-112 y 114-115, y (1994b), pp. 36-38.

³⁵ BADENI (2006), pp. 881-882 y 888.

³⁶ También se podrían citar en similar sentido los fallos KOT (CSJN, Fallos: 241:291), URTEAGA (CSJN, Fallos: 321:2767) y CAMPODÓNICO DE BEVIACQUA (CSJN, Fallos: 323:3229). Por razones de extensión me remito a su completísimo análisis por Víctor Bazán en CARBONELL (coord.) (2007), pp. 185 y ss., 206 y ss., y 215 y ss., respectivamente.

“atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima”. La Corte afirmó que “en cuanto [la Constitución] reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios”, de modo que “[es] una conclusión insostenible [...] que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último”.

Pese a todo, la realidad de la aplicación constitucional en Argentina no se corresponde del todo con las posturas de Bidart Campos y Gil Domínguez o con la apariencia que podría crear la jurisprudencia citada. Al respecto, Hernández denuncia una situación en Argentina de incumplimiento generalizado *de facto* de los derechos fundamentales, de la ley y, en definitiva, de los principios republicanos, incumplimiento que comenzaría con el propio preámbulo y el artículo 1 de la Constitución³⁷. Esta situación revelaría fallas en la regla de reconocimiento en Argentina, aunque explorar esta cuestión excedería con mucho el objeto de este trabajo.

III. LA PARTICIPACIÓN PATRIMONIAL DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

3.1. *Su reconocimiento en la Constitución Española*

De lo examinado resulta que las normas constitucionales socioeconómicas presentan problemas prácticos para su eficacia directa tanto en España como en Argentina. Cabe preguntarse entonces cómo afecta esta situación al reconocimiento de la participación económica de los trabajadores en la empresa. En primer lugar se expone la situación en la Constitución Española, cuyo art. 129.2 dispone:

Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

El art. 129.2 CE engloba las tres vertientes de la participación en la empresa. En primer lugar menciona, con una fórmula amplia, “las diversas formas de participación en la empresa”. Esta mención podría abarcar las tres concepciones aludidas de participación de los trabajadores e incluso la participación

³⁷ HERNÁNDEZ (2005), p. 295. Al leer estas consideraciones es inevitable recordar la anomia boba denunciada por Nino.

de terceros no trabajadores (por ejemplo, consumidores). Aun así, el Tribunal Constitucional y la doctrina española han analizado el inciso en relación con la participación sindical y otros mecanismos de codecisión e información de los trabajadores en los asuntos empresariales, esto es, la primera vertiente de la participación de los trabajadores³⁸. En segundo lugar el precepto trata el enfoque autogestivo y ordena el fomento de las sociedades cooperativas, forma de persona jurídica que por sus características estructurales propias y la sujeción a principios y valores determinados conllevan la participación de los trabajadores o de los usuarios para la satisfacción de sus propios intereses³⁹. En último lugar el artículo alude expresamente al acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Esta última mención es la que será de interés para este trabajo al recoger la participación de los trabajadores en la empresa concebida como participación económica. La participación se relaciona con la propiedad de los medios de producción, no con las ganancias, por lo que configura la participación como una apuesta por el llamado capitalismo popular. Normativamente, sus dos características esenciales son:

(a) Que el inciso interpela a los poderes públicos sin configurar expresamente un derecho a la participación, por lo que de las categorías del apartado 2.2.A. anterior y siguiendo a Carmona Cuenca, consideraré que pertenece a la categoría de normas que establecen fines⁴⁰, y

(b) Que estructuralmente es también una norma finalista, por lo que plasma un principio o mandato de optimización que establece de forma abierta sus condiciones de aplicación y las obligaciones impuestas sin determinar derechos u obligaciones concretas⁴¹. Esta característica dificulta la atribución de un contenido mínimo esencial que genere derechos subjetivos cuando no haya desarrollo legal.

³⁸ Al respecto ver CASTRO (2014), pp. 322-323; URIARTE (2004), pp. 325-326 y 334, GALIANA MORENO y GARCÍA ROMERO (2003); RODRÍGUEZ-SAÑUDO (2002), en especial p. 700, y DURÁN LÓPEZ (1998). Sobre el derecho constitucional de participación y la representación unitaria, ver CASAS (1984).

³⁹ Otra lectura considera que la promoción de las cooperativas y el acceso a la propiedad de los medios de producción tienen naturaleza diferente de la participación en la empresa (CASTRO 2014, pp. 320 y 333, y URIARTE 2004, p. 325).

⁴⁰ Aunque a efectos de la exposición no habría diferencias si se escogiera considerarla como un mandato. Ver CARMONA CUENCA (1992), p. 119, y en el mismo sentido ALBERTÍ (2004), p. 128.

⁴¹ La teoría general del derecho ha debatido mucho la posible existencia de diferencias estructurales entre reglas y principios, pero a efectos de este trabajo no es necesario profundizar en ese debate.

A. Ausencia de derecho subjetivo e inconstitucionalidad por omisión

Como se ha señalado, el último inciso del art. 129.2 CE no reconoce expresamente un derecho subjetivo⁴². Esta característica es común a las normas del Título VII, que no concretan derechos subjetivos cuya protección individual pueda exigirse a los tribunales. Cabría considerar si es posible solicitar la inconstitucionalidad por omisión ante el Tribunal Constitucional por ausencia de la actividad exigida por el inciso. Sin embargo, la inconstitucionalidad por omisión no es un tema pacífico en España.

El Tribunal Constitucional rechazó la inconstitucionalidad por omisión en sus primeros años de actividad (SSTC 98/1985, de 29 de julio, 74/1987, de 25 de mayo, y 45/1989, de 20 de febrero). En ese primer momento solo la consideró procedente en casos flagrantes en que la Constitución “impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace” (STC 24/1982, de 13 de mayo)⁴³. De acuerdo con esta visión de la inconstitucionalidad por omisión, el art. 129.2 CE *in fine* no permitiría acudir al Tribunal Constitucional, puesto que no ordena dictar una norma que desarrolle el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

Pese a las reticencias iniciales, el control de la inconstitucionalidad por omisión se ha abierto camino progresivamente en la doctrina española e incluso se sostiene su admisión de facto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁴. Siguiendo a Fernández Rodríguez, la inconstitucionalidad por omisión no solo se daría respecto de normas directamente exigibles, sino también cuando su contenido sea “lo suficientemente ‘denso’ como para posibilitar su aplicación directa [...] [lo cual] no tiene que significar, en todo caso, que posea una eficacia total y una

⁴² Aunque no atribuya un derecho de forma expresa, la doctrina debate la existencia de un derecho de participación en el art. 129.2 CE. A favor, ver URIARTE 2004, pp. 325-336, ROJO TORRECILLA y CAMAS RODA (2003); RODRÍGUEZ-SAÑUDO (2002), o PRADOS y VIDA (1998), pp. 92, 95-96 y 100, quienes lo consideran manifestación del derecho de participación del art. 23 CE. En contra, por todos, ver CASTRO (2014), pp. 320 y 332-333.

⁴³ Así lo recoge CARMONA CUENCA (1992), p. 119 y nota 57.

⁴⁴ En particular en la STC 15/1982, de 23 de abril, sobre objeción de conciencia, y en las sentencias de 1994 sobre televisión por cable. Al respecto ver los trabajos de Tajadura, José Julio Fernández Rodríguez e Ignacio Villaverde en CARBONELL (coord.) (2007), respectivamente p. 295, pp. 1-48 y pp. 49-73. Fernández Rodríguez y Villaverde flexibilizan la admisión de la inconstitucionalidad por omisión siempre que exista un mandato constitucional suficientemente concreto.

plenitud acorde con la voluntad de los constituyentes. Por ello, puede también requerir y no solo posibilitar un desarrollo ulterior”⁴⁵.

De acuerdo con esta aproximación, si se hubiera producido un insuficiente desarrollo del art. 129.2 CE *in fine* en contra del proyecto constitucional, se habría vulnerado la Constitución y cabría acudir al Tribunal Constitucional. No obstante, esta posibilidad tampoco parece defendible porque el inciso no proporciona indicaciones suficientes para concretar el mínimo acceso a la propiedad de los medios de producción que debería facilitarse por los poderes públicos. Además, como se verá en el apartado siguiente, la normativa española contiene algunos mecanismos que permitirían dicho acceso, por lo que tampoco se podría sostener que el mandato constitucional ha sido ignorado de plano⁴⁶. Por todo ello no se puede sostener la inconstitucionalidad por omisión en relación con el art. 129.2 CE *in fine*. La eficacia del inciso, por tanto, parece quedar limitada a guiar la interpretación judicial según se expone a continuación⁴⁷.

B. Límites de la interpretación judicial para fomentar la participación patrimonial de los trabajadores en la empresa

El art. 129.2 CE *in fine* establece una finalidad protegida que debe orientar la interpretación judicial en un sentido favorable al acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (sin perjuicio, en su caso, de la normativa de desarrollo⁴⁸). Esta interpretación afectará a los derechos constitucionales de propiedad y libertad de empresa, por lo que la promoción de la finalidad constitucional mediante la interpretación deberá respetar tales derechos, muy especialmente el de propiedad privada⁴⁹.

⁴⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en CARBONELL (coord.) (2007), p. 20.

⁴⁶ Aún así, autores como Rojo Torrecilla y Camas Roda o Agut García consideran que no se ha dictado regulación legal de la participación en la propiedad de la empresa (ver ROJO TORRECILLA y CAMAS RODA 2003, pp. 1498-1499). Sobre las recomendaciones europeas a la participación patrimonial, ver CASTRO (2014), pp. 326 y 327.

⁴⁷ Este papel como guía es general para toda la Constitución como plasma el art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴⁸ PRADOS y VIDA (1998), pp. 107-112.

⁴⁹ En este sentido, también CASTRO (2014), p. 320. Dentro de la doctrina constitucionalista española, el art. 129.2 se ha interpretado en ocasiones como una cláusula constitucional de accesibilidad a la propiedad, por lo tanto, como una manifestación de la cláusula de Estado social configuradora del derecho de propiedad (REY (1994b), pp. 174-183). Una postura contraria es la sostenida por LÓPEZ y LÓPEZ (1988), pp. 46-52.

Al respecto, el acceso a la propiedad de los medios de producción permite dos posibilidades según afecte o no a la propiedad privada del empresario. Se podrá hablar de adquisición *ex novo* de la propiedad de los medios de producción cuando se fomente la constitución de empresas por los trabajadores y, por otra parte, de adquisición derivativa de los medios de producción cuando los trabajadores adquieran propiedad de medios de producción de su empleador, que ostentaba inicialmente su titularidad.

Conceptualmente, la participación *ex novo* en la propiedad de los medios de producción no plantea conflictos con el régimen de la propiedad del empresario. Además, existe cierta normativa que promueve el acceso con medidas de formación, con ayudas al emprendimiento empresarial (incluyendo créditos, ayudas fiscales y financieras que coadyuvan a que un trabajador pueda iniciar su propia empresa) y que también comprende las normas sobre sociedades laborales. En todo caso, la interpretación judicial de esta normativa deberá orientarse hacia la efectividad de la finalidad constitucional.

Por el contrario, el fomento de la participación como la adquisición derivativa de la propiedad de los medios de producción sí podría colisionar con el marco constitucional de la propiedad privada y con la protección de la propiedad del empresario. En esta segunda vertiente, el derecho constitucional a la propiedad privada actuará como límite a la promoción del acceso por los trabajadores a la propiedad de los medios de producción y exigirá el respeto a su contenido mínimo esencial⁵⁰. Por ello, la obligación de los jueces de interpretar las leyes en un sentido que facilite el acceso de los trabajadores a los medios de producción deberá respetar el régimen del derecho de propiedad privada.

La propiedad privada se configura en la Constitución Española como un derecho constitucional pero no fundamental por su ubicación sistemática⁵¹. El derecho constitucional a la propiedad privada es, según la jurisprudencia del

En todo caso, este trabajo no pretende pronunciarse sobre si el art. 129.2 constituye o no una cláusula de acceso como parte del derecho constitucional “de” o “a la” propiedad privada.

⁵⁰ PRADOS y VILA (1998), pp. 94-95. Por otra parte, si se considerara que el art. 129.2 CE es una cláusula de acceso a la propiedad, no habría colisión de derechos sino un límite de la configuración constitucional de la propiedad privada.

⁵¹ El derecho de propiedad se reconoce en el art. 33 CE, que no forma parte del Título I, Capítulo II, Sección 1ª (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”), sino de la Sección 2ª del mismo (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”), lo que sistemáticamente le priva del carácter de derecho fundamental. Pese a ello, autores como Parejo Alfonso, Pérez Luño, Rey Martínez o Uriarte defienden su naturaleza de derecho fundamental. Por todos, REY (1994b), pp. 127-187.

Tribunal Constitucional, un “derecho subjetivo debilitado” (STC 111/1983, de 2 de diciembre) y queda limitado por los factores siguientes⁵²:

a) Por su doble función de utilidad individual y función social según el art. 33.2 CE (STC 37/1987, de 23 de marzo);

b) Por admitirse su privación con indemnización, que se produce cuando el derecho de propiedad “cede” para convertirse en su equivalente económico en virtud de la expropiación por causa de utilidad pública o interés social según el art. 33.3 CE (STC 111/1983, de 2 de diciembre)⁵³;

c) Por permitirse la delimitación por ley de su contenido sin indemnización, lo cual modifica el contenido del derecho según su objeto, i.e., propiedad urbana, propiedad rural, bienes de interés histórico o artístico, bienes *extra commercium*, etc. (STC 227/1988, de 29 de noviembre);

d) Por la necesidad de que el régimen legal (o regímenes legales) respeten el contenido esencial del derecho, como sucede con todos los derechos constitucionales incluso los no fundamentales según el art. 53.1 CE (SSTC 37/1987, de 23 de marzo, y 89/1994, de 17 de marzo)⁵⁴, y

e) Por la necesidad de tener en cuenta los tratados internacionales suscritos por España al interpretar su contenido esencial, que imponen las obligaciones de guardar proporcionalidad entre medios de delimitación de la propiedad y fines perseguidos, y de perfilar el contenido del derecho a los efectos de la obligación de indemnizar⁵⁵.

Así, pues, la interpretación judicial favorable al acceso de los trabajadores a los medios de producción deberá, para no incurrir en un activismo judicial injustificado –y por ello, arbitrario y rechazable ex. art. 9.3 CE–: (i) recaer sobre las normas que configuren el régimen legal de la propiedad privada; (ii) identificar y respetar el contenido mínimo protegido del derecho de propiedad según delimitado en las normas legales, y (iii) asegurar que los medios

⁵² Para un análisis de la primera jurisprudencia constitucional sobre el derecho de propiedad, ver REY (1994a), pp. 169-202, y LEGUINA VILLA (1994), pp. 9-28.

⁵³ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con la expropiación está fuertemente determinada por las sentencias sobre la expropiación del *holding* empresarial Rumasa: SSTC 111/1983, 166/1986, 67/1988 y 6/1991.

⁵⁴ Esta concepción como derecho debilitado es criticada por ciertos autores que consideran el derecho constitucional a la propiedad como un derecho fundamental. Así REY MARTÍNEZ (1994a).

⁵⁵ Esta obligatoriedad no surge del art. 10.2 CE, por no estar incluida la propiedad entre los derechos fundamentales y libertades públicas. Ver sobre el derecho europeo, JIMÉNEZ HORWITZ (2001), en especial pp. 244-246.

empleados son proporcionados al fin perseguido de acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. Las normas que configuran el régimen de la propiedad privada de los medios de producción, susceptibles de ser interpretadas a favor de la finalidad de facilitar su adquisición por los trabajadores, comprenden el Código Civil, las normas sobre las sociedades mercantiles (particularmente las normas sobre sociedades de capital, sociedades profesionales y, de nuevo, sociedades laborales), la normativa sobre propiedad industrial, licencias administrativas de actividad y contratación pública y, por último, las normas que regulan la función del patrimonio como garantía frente a acreedores, esto es, las normas sobre derechos reales, ejecuciones y la legislación concursal. La interpretación de estas normas debería tener en cuenta que existe una finalidad constitucionalmente protegida de promover el acceso de los trabajadores a los medios de producción, cuyo fomento corresponde a los poderes públicos y que resulta congruente con los principios constitucionales de Estado social (art. 1.1 CE) y de participación de los ciudadanos en la vida económica (art. 9.2 CE).

En conclusión, el régimen constitucional español de participación patrimonial de los trabajadores en la empresa contenido en el art. 129.2 CE *in fine* es un modelo de protección débil que promueve el capitalismo popular al establecer un mandato a los poderes públicos para facilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción. La formulación constitucional no reconoce ningún derecho constitucional ni permite decantar derechos subjetivos directamente accionables frente a los tribunales⁵⁶. Tampoco sustenta alegar la inconstitucionalidad por omisión, en tanto que se ha producido un cierto desarrollo legislativo del precepto que, dada la parquedad de la fórmula constitucional, no puede afirmarse que vulnere el sistema de participación que la constitución trataba de establecer. Por lo tanto, el mayor efecto jurídico directo del precepto será imponer la necesidad de interpretar las normas que contengan el régimen del derecho de propiedad empresarial de conformidad con la finalidad constitucional.

⁵⁶ Como señalé (ver nota 44 anterior), cierta doctrina laboralista y constitucionalista considera que el art. 129 CE establece derechos para el trabajador. Creo que tal concepción es errónea. Si se aceptara, se estaría asumiendo como derecho una expectativa de protección de intereses que deriva de un mandato vago al legislador y a los poderes públicos, cuyo contenido mínimo es tan reducido que no se considera la inconstitucionalidad por omisión pese a su ínfimo desarrollo, y que tiene restringidas las vías de protección jurisdiccional. Considerar derecho una institución tan mutilada no solo conlleva su debilidad, sino que degrada el concepto de derecho constitucionalmente protegido al permitir la existencia de derechos constitucionales que resultan vacíos a efectos prácticos.

C. Breve propuesta interpretativa en relación con el proceso concursal

De lo expuesto podría extraerse la desalentadora conclusión de que la participación económica de los trabajadores en la empresa es ineficaz su configuración en la Constitución Española. El desánimo sería prematuro, puesto que el recurso interpretativo a favor de la participación de los trabajadores en los medios de producción podría dar ciertos frutos en ámbitos concretos. Para mostrarlo, se sugiere una interpretación que podría facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción en procedimientos de insolvencia.

La interpretación sugerida recae sobre las transmisiones de unidades productivas, ya sea en el acuerdo de reorganización de la deuda del deudor insolvente (denominado convenio de acreedores bajo la ley N° 22/2003, de 9 de julio, Concursal) o en la liquidación. Ambas posibilidades se reconocen expresamente en los artículos 100.2 y 146 bis, respectivamente, de la Ley Concursal. Para los supuestos en que se produzcan estas transmisiones de unidades productivas (concepto que se puede asimilar fácilmente a los medios de producción a que alude el texto constitucional), el art. 129.2 CE *in fine* justificaría el otorgamiento de un derecho de adquisición preferente a favor de los trabajadores que permitiera a todos o parte de los trabajadores subrogarse en la adquisición de las unidades productivas en los mismos términos y condiciones pactados en el convenio o en las operaciones de liquidación.

Cabría la duda acerca de si esta interpretación resulta coincidente con el privilegio de los créditos refaccionarios de los trabajadores, aunque fuera en parte. El privilegio o crédito refaccionario de los trabajadores es un privilegio del salario reconocido en España en el art. 32.2 del Estatuto de los Trabajadores que se mantiene con algunas diferencias en el procedimiento concursal por virtud del art. 90.1.3° de la Ley Concursal⁵⁷. El privilegio afecta a la satisfacción de los créditos de los trabajadores sobre ciertos bienes que en el ámbito concursal se precisan legalmente como “los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado”.

La identificación de los bienes afectados por el originario privilegio refaccionario salarial planteó ciertas dudas⁵⁸. Por ejemplo, durante años se cuestionó si

⁵⁷ Sobre el privilegio a efectos concursales y con jurisprudencia actualizada, ver FARRANDO (2012). Nótese que el art. 90.1.3° de la Ley Concursal reconoce dos créditos refaccionarios: el general y el de los trabajadores (ibíd., p. 450).

⁵⁸ Para jurisprudencia concursal de tribunales inferiores, ver FARRANDO (2012). En cuanto al privilegio laboral extraconcursal, es referencia necesaria la STS, Sala Tercera (de lo Social), de 17 de noviembre de 1997, citada. A efectos civiles puede consultarse la STS 458/2006, de la Sala Primera (de lo Civil).

los bienes inmuebles estaban afectos por la garantía configurada por la legislación laboral, aunque la STS Soc. de 17 de noviembre de 1997 lo rechazó en sentencia en unificación de doctrina⁵⁹. En la actualidad se descarta de forma unánime que el privilegio afecte a inmuebles, maquinaria o instrumentos empleados para elaborar o refaccionar los bienes refaccionados. Por lo tanto, el privilegio refaccionario no alcanzaría a bienes que pudieran considerarse medios de producción usados por los trabajadores al elaborar los bienes afectos, de manera que el privilegio refaccionario no sirve a la finalidad constitucional de facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción, y no coincide con el derecho de adquisición preferente que se propone por vía interpretativa.

Este breve ejemplo sirve para apuntar la existencia de usos interpretativos del art. 129.2 CE *in fine* que contribuyen a la finalidad constitucional de facilitar el acceso de los trabajadores a los medios de producción. Es una cuestión abierta, por supuesto, a sugerencias y aportaciones, pero la intención no es concluir la cuestión sino, por el contrario, iniciarla y señalar uno de tantos supuestos en los que sería posible plantear una interpretación más adecuada para lograr la finalidad cuya promoción impone la Constitución Española.

3.2. Participación patrimonial de los trabajadores en Argentina: el derecho constitucional a participar en las ganancias

Procede ahora examinar la Constitución Nacional Argentina, en la cual la participación patrimonial de los trabajadores en la empresa se introdujo en 1957 como un derecho de participación en las ganancias. Dispone el art. 14 bis CNA:

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.

Dos grandes diferencias resaltan al contraponer esta fórmula con el inciso sobre la participación en la norma fundamental española: el rango normativo de la participación y su contenido. Respecto del rango normativo, la participación de los trabajadores en Argentina se reconoce como un derecho constitucional de participación, a diferencia del régimen en España, que solo establece un mandato finalista. Esta característica facilita la identificación de un contenido mínimo esencial del derecho en Argentina que lo dote de eficacia directa, en particular si se

⁵⁹ Ver RÍOS SALMERÓN (2002), pp. 159-160.

adopta una visión no prestacional del mismo como la que expongo en los apartados siguientes. En cuanto al contenido o forma en que se concreta la participación en la empresa, la Constitución Nacional Argentina relaciona la participación de los trabajadores con las ganancias de la empresa, no con el acceso a la propiedad de los medios de producción. Esta diferencia tiene grandes efectos respecto de la asunción de obligaciones por los trabajadores y permite excluir algunas interpretaciones del derecho propuestas por la doctrina argentina.

A. Interpretaciones de la participación como derecho constitucional

El derecho de participación en la Constitución Nacional Argentina fue interpretado por algunos autores con las mismas reservas que respecto de otros derechos socioeconómicos. Ekmekdjian y Badeni afirmaron su mero carácter programático y su ausencia de contenido mínimo esencial exigible, por lo que le negaron eficacia normativa a falta de desarrollo legislativo. Estos autores incluso impusieron requisitos al eventual desarrollo, por ejemplo respetar siempre los derechos de propiedad y libertad de empresa, aunque dudaron de que dicho desarrollo fuera posible⁶⁰. Frente a esta postura, Bidart Campos sugirió que el derecho de participación en los beneficios empresariales tiene caracteres propios que lo diferencian de los derechos prestacionales y le permiten generar derechos subjetivos con eficacia directa⁶¹:

Para la participación en los beneficios empresariales creemos que media alguna diferencia. Si hay una norma que reconoce ese derecho en forma operativa, se podrá decir que aun a falta de ley que prevea cuáles son los porcentajes a distribuir, en qué proporciones debe liquidárselos a cada trabajador, y con qué frecuencia temporal, un juez siempre podrá suplir razonablemente la ausencia de reglamentación legal y dar aplicación a la norma constitucional, según el caso y las circunstancias concretas para cada peticionante que se desempeñe en una empresa o un establecimiento determinados. Al considerarse como un derecho sin prestación, la función del Estado es garantizar el ejercicio del derecho, garantía que debe desarrollar la administración pública y, en su defecto, el poder judicial. En tanto que el papel esencial de la autoridad es de tutela, la ausencia de articulación de los mecanismos de prestación no despoja al derecho de su eficacia inmediata, lo que obliga a denunciar que cualquier bloqueo a la eficacia del derecho de participación por carecer de desarrollo legal es injustificado.

⁶⁰ EKMEKDJIAN (1994b), pp. 36-38, y BADENI (2006), p. 888.

⁶¹ BIDART CAMPOS (2004), p. 79.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina tuvo oportunidad de analizar el derecho a la participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa con ocasión del fallo Gentini (CSJN, Fallos: 331:1815). Lamentablemente, el caso resuelto se refería al desarrollo legal del derecho de participación en las ganancias a través del art. 29 de la ley N° 23.696, por lo que la sentencia no se detuvo a examinar la eficacia directa del derecho y su valor normativo en los supuestos de ausencia de desarrollo legal. No obstante, la Corte 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” (Conclusión, 25). Aunque la Corte no afirmó expresamente que el derecho de participación pudiera generar derechos subjetivos con eficacia directa, no descartó la existencia de un contenido mínimo esencial del derecho de participación en las ganancias exigible sin necesidad de desarrollo normativo. En este aspecto, el contenido del fallo Gentini es similar al del caso Madorrán (CSJN, Fallos: 330:1989) que sostuvo que para interpretar el art. 14 bis CNA se debe acudir en caso de duda al principio *in dubio pro justitia socialis*, que obliga a interpretar las leyes de manera que se alcance un mayor bienestar y proscribe cualquier interpretación restrictiva de los derechos sociales⁶².

Según expongo a continuación, considero que la concepción que niega un contenido mínimo esencial y atribuye un carácter prestacional al derecho de participación en la Constitución Nacional Argentina es errónea. Al contrario, entiendo en la línea propuesta por Bidart Campos que el derecho de participación en las ganancias de la empresa tiene un claro contenido mínimo esencial cuya eficacia directa no exigiría prestación alguna de los poderes públicos, lo cual lo aproximaría a los derechos considerados tradicionalmente liberales como derechos que exigen al Estado su protección, no su provisión.

B. La concepción no prestacional del derecho constitucional de participación en las ganancias de la empresa

Para sustentar la concepción no prestacional del derecho de los trabajadores a participar de las ganancias de las empresas en la Constitución Nacional Ar-

⁶² Esta afirmación concuerda con el principio de progresividad según el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales subrayado, entre otros, en CARBONELL (2008), p. 66.

gentina comenzaré por examinar su naturaleza como derecho constitucional. Al respecto, es preciso acudir al fallo Gentini ya citado, cuyo considerando 6º reconoció, sin lugar, a dudas que el art. 14 bis CNA proclama un derecho constitucional:

Considerando:

6º) Que es menester destacar 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 art. 14 bis de la Constitución Nacional, 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 art. 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 diversos estados [...].

Como señalé, el fallo Gentini admitió que el art. 29 de la ley N° 23.696 concreta el ejercicio del derecho constitucional en empresas privatizadas, pero no negó la posibilidad de que el art. 14 bis CNA tuviese un contenido mínimo esencial con eficacia directa anterior al desarrollo legal. De hecho, en relación con otro de los derechos del art. 14 bis, el derecho a pensión de jubilación y seguridad social, el fallo Badaro reconoció un contenido mínimo esencial del derecho a seguridad social vinculado a la subsistencia decorosa, concepto que resulta conexo con la dignidad humana aludida con frecuencia respecto del contenido mínimo de los derechos sociales, económicos y culturales⁶³.

En tanto que la jurisprudencia de la Corte no descarta el contenido mínimo del derecho constitucional de participación en las ganancias, resulta coherente entender aplicables las consideraciones de la Corte en los fallos Siri, Ekmekdjian, Vizzoti y Badaro, de las que se extrae que los derechos constitucionales, incluso los del art. 14 bis y, entre ellos, la participación del trabajador en las ganancias de la empresa, tienen un contenido mínimo protegible. Es por ello necesario tratar de concretar dicho contenido mínimo esencial que debería ser protegido jurisdiccionalmente incluso en ausencia de desarrollo normativo.

⁶³ CSJN, Fallos: 329:3089, considerando 4º. Sobre la dignidad humana y los derechos sociales, económicos y culturales, ver NASH ROJAS (2011), p. 97.

C. Una propuesta de contenido mínimo para el derecho de participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa

Para determinar el posible contenido esencial del derecho de participación de los trabajadores en la empresa según lo configurado en el art. 14 bis CNA, es preciso acudir en primer lugar al propio texto del precepto. De acuerdo con la redacción constitucional, el inciso que reconoce el derecho se puede examinar mejor como una regla de mandato (correlación entre un caso y una solución) que como un principio entendido como mandato de optimización (como sucedía con el reconocimiento en la Constitución Española). Esta característica permite examinar por separado los elementos del derecho de participación: el caso descrito en el derecho y la solución que dispone.

En cuanto al caso, las circunstancias que determinarían la aplicación del derecho de participación de los trabajadores en las ganancias de la empresa entendido como una regla de mandato serían tres según el art. 14 bis CNA: la existencia de trabajadores, la existencia de la empresa obligada por el derecho y la existencia de ganancias. Resulta obvio que la existencia de trabajadores y empresa es generalizada en Argentina, en tanto que ambos son agentes en la realidad económica. Por ello, para saber si el derecho de participación es aplicable en una situación determinada habría que verificar solo si la empresa a la que pertenecen los trabajadores tiene ganancias⁶⁴. De este modo, cuando coexistan trabajadores, empresa y beneficios se generarán automáticamente las obligaciones que determina el derecho.

En cuanto a la solución, procedería determinar exactamente en qué consistirían las obligaciones generadas por el derecho entendido como una regla de mandato. Estas obligaciones constituirían el contenido de un derecho subjetivo exigible por los trabajadores sin necesidad de desarrollo normativo adicional ni prestaciones del Estado. Según el art. 14 bis CNA, el derecho establece que se debería producir (i) la participación en las ganancias; (ii) el control de la producción, y (iii) la colaboración en la dirección, por lo tanto estas serían las tres vertientes de la obligación del empresario frente a los trabajadores.

⁶⁴ Considero adecuado entender las ganancias, a los efectos de un contenido mínimo del derecho, como beneficios netos repartibles.

*D. Una distinción previa:
la participación en las ganancias de la empresa
y el derecho al beneficio empresarial*

Para analizar la participación en el beneficio empresarial del art. 14 bis CNA, es necesario hacer una diferenciación conceptual previa entre el rendimiento o ganancia de la empresa como elemento de la libertad de empresa y la participación en el beneficio empresarial como derecho del trabajador ajeno a la libertad de empresa.

La posibilidad de apropiación del rendimiento o ganancia de la empresa se configura como un elemento esencial de la libertad de empresa. La incorporación de tal ganancia al patrimonio del empresario es entendida como retribución a su labor de organización y dirección de la empresa, así como compensación por el riesgo de pérdidas y por la responsabilidad asumida por la organización y dirección. Los elementos de riesgo y responsabilidad son importantes, puesto que cuando el empresario se apropia de la ganancia generada por la actividad empresarial está ejercitando la libertad de empresa en la misma medida que cuando sufre una pérdida patrimonial derivada del riesgo propio de la actividad o cuando responde por los daños producidos como consecuencia de la organización y dirección de la empresa.

Por el contrario, la apropiación de parte de las ganancias de la empresa como elemento del derecho del trabajador a participar según el art. 14 bis CNA tiene una naturaleza diferente. En este caso, la participación es un derecho atribuido al trabajador y que presupone la relación jerárquica por la que el trabajador está bajo la órbita de organización del empresario. Esta relación jerárquica determina que el trabajador no tome partido en la organización y dirección de la empresa ni asuma riesgo por pérdidas o responsabilidad por la organización y dirección. Por ello, la participación en las ganancias, según la Constitución Nacional Argentina, es un elemento retributivo por la condición de trabajador y por ninguna otra.

Al respecto, la Constitución no sugiere que el ejercicio del derecho de participación implique para el trabajador ejercer el derecho a la libertad de empresa por participar en las ganancias, del mismo modo que el derecho de huelga no conlleva que el trabajador esté ejerciendo facultades de organización de los medios de producción al interrumpir la producción ni extiende sobre el trabajador la responsabilidad de la empresa. De la misma manera, el derecho a participar de las ganancias retribuye al trabajador por formar parte de los medios de producción organizados en la empresa, pero no conlleva para el trabajador la participación en el riesgo al igual que no conlleva extensión a los trabajadores de responsabilidad

por la administración empresarial, puesto que dicho riesgo y responsabilidad son parte del ejercicio de la libertad de empresa pero no de la relación laboral⁶⁵.

Por todo lo anterior, creo equivocada la opinión de Badeni, quien sostiene que si los trabajadores participan en las ganancias deberían también participar en las pérdidas⁶⁶. 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. Además, el capitalismo popular no promueve solo el derecho a ganancia, sino la adquisición por el trabajador de todos los derechos y responsabilidades derivadas de la titularidad de la empresa.

E. El elemento de participación en las ganancias

Una vez precisado que la participación en las ganancias no conlleva asunción de pérdidas, para concretar un contenido mínimo protegible de la participación (primer elemento del derecho) sería necesario determinar (i) un montante total; (ii) un criterio de distribución entre los trabajadores de la empresa, y (iii) una periodicidad.

Para especificar el monto, Bidart Campos sugiere mecanismos porcentuales⁶⁷. Esta postura parece adecuada, puesto que los mecanismos porcentuales son los únicos presentes en los antecedentes legislativos y jurisprudenciales de Argentina. En su análisis de tales antecedentes, Seco precisa que no conviene establecer un porcentaje unificado para todas las empresas por sus diferencias individuales, entre otras la incidencia del trabajo en el beneficio, pero concluye que un porcentaje de participación entre un 4% y un 20% sería congruente con las experiencias pasadas⁶⁸. Si se acude a la legislación comparada latinoamericana, el criterio porcentual es mayoritario. Salvo la Ley Brasileña N° 10.101, de 10 de diciembre de 2000, que no establece un porcentaje sino que lo deja a la negociación entre trabajadores y empresa, el resto de las legislaciones que han desarrollado el derecho

⁶⁵ En este sentido, BIDART CAMPOS (1999), pp. 134-135; EKMEKDJIAN (1994b), pp. 37-38, y SECO (2009).

⁶⁶ BADENI (2006), p. 888.

⁶⁷ BIDART CAMPOS (1999), p. 79.

⁶⁸ SECO (2009), apartados 6. Antecedentes públicos y privados del posible porcentaje de participación en las ganancias, y 7. Conclusiones.

establecen un porcentaje que oscila entre un 5 y un 15%⁶⁹. En tanto que en este trabajo pretendo sugerir un contenido mínimo que fuera fácilmente aceptable y, por lo tanto, acogible por los tribunales para su ejecución directa, considero que resultaría aceptable acogerse al mínimo sugerido por Seco, un 4%, puesto que resultaría coherente con los antecedentes legislativos en Argentina y, además, sería muy prudente según la legislación de los países del entorno latinoamericano, pues quedaría por debajo del mínimo representado por la legislación peruana.

En cuanto a la distribución entre los trabajadores, un reparto proporcional prorrateado según el salario de cada trabajador es un criterio sencillo y coherente con el fallo Badaro y los citados en el mismo, donde se vinculan los beneficios de seguridad social a la posición del trabajador durante la vida laboral. Aun así, este criterio no garantiza que se refleje correctamente la contribución de cada trabajador al beneficio empresarial, de modo que sería posible plantear otras formas de reparto que atendieran a baremos objetivos adecuados a cada empresa, tales como número de horas trabajadas, ventas o producción individual e incluso otros mecanismos presentes en derecho comparado. Cualquiera de tales criterios sería defendible para concretar el derecho, aunque a efectos de sugerir un contenido mínimo para su protección por los tribunales a falta de desarrollo normativo, la sencillez de un criterio que atienda a la escala salarial de la empresa es preferible a criterios más personalizados. Tampoco hay que olvidar que, dado que esta cuestión no afectaría al empresario, la decisión sobre el reparto interno entre los trabajadores de la cantidad total que correspondiese como participación en los beneficios podría quedar a la decisión conjunta de los trabajadores dejando como criterio supletorio, en caso de falta de acuerdo, el reparto proporcional en función de los salarios.

Por último, en lo relativo a la periodicidad, la obligación de elaboración de cuentas anual aconsejaría que, como contenido mínimo, la determinación y reparto de beneficios se hicieran con periodicidad anual una vez que las cuentas de la empresa hubieran sido elaboradas, auditadas y aprobadas, aunque ello no descartaría la posibilidad de alcanzar acuerdos para una periodicidad inferior en cada empresa. Además, esta periodicidad serviría para concretar los titulares del derecho subjetivo de participación, de manera que el derecho a participar en

⁶⁹ Ecuador, 15%, según el art. 97 del Código del Trabajo; México, 10%, según la resolución de 28 de enero de 2009 de la Comisión Nacional para la Participación de los Trabajadores en las Utilidades de las Empresas; Perú, entre el 5 y el 10% dependiendo de la actividad de la empresa, según el art. 2 del decreto legislativo 892 de 8 de noviembre de 1996, y Venezuela, 15%, según el art. 131 de la Ley Orgánica del Trabajo.

las ganancias correspondería a todos los trabajadores que hubieran prestado sus servicios a la empresa en algún momento comprendido en el período reflejado en dichas cuentas anuales⁷⁰.

F. Los elementos de control de la producción y dirección de la empresa

El control de la producción y la dirección de la empresa son los otros dos elementos que forman parte tanto de la libertad de empresa como de la participación en las ganancias. De hecho, estos elementos forman parte de la empresa en sí misma, como hace tiempo señaló la doctrina económica⁷¹ y ha recogido la doctrina comercialista argentina⁷². Según este concepto organizativo de la empresa, el empresario coordina ciertos factores para realizar una actividad productiva determinada, lo que se puede esquematizar como la coordinación de diversos *inputs* para generar un *output*.

Considero razonable entender que los conceptos constitucionales de control de la producción y de dirección se refieren a estos elementos del concepto de empresa. El control de la producción se relacionaría claramente con las decisiones en relación con la actividad económica desarrollada, esto es, el *output* de la actividad. La dirección, por el contrario, sería relativa a la coordinación y administración de los diversos factores de producción, esto es, el *input*. Esta diferenciación conceptual facilita indagar en el significado de la intervención de los trabajadores a la que se refiere el art. 14 bis CNA cuando habla del “control de la producción y colaboración en la dirección”.

En general, el derecho de los trabajadores respecto del control y gestión de la empresa se ha concebido como un derecho de información para evitar el falseamiento de datos por el empresario sobre la producción y los beneficios, y así asegurar la participación en las ganancias. Esta concepción resulta congruente con

⁷⁰ Así, pues, sería necesario coordinar el elemento subjetivo con el criterio de reparto del importe total entre los trabajadores para tener en cuenta la diferente aportación de los trabajadores que hubieran prestado sus servicios durante todo el período frente a los que solo hubieran contribuido parcialmente.

⁷¹ La importancia de la organización ya se afirma en el paradigmático trabajo “The nature of the firm” de Coase: “A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur”. COASE (1937), p. 393.

⁷² Por todos, Roitman y Aguirre destacan las facultades de organización del empresario al concebir la empresa como “la organización de los factores de la producción, puesta en acto por un sujeto, el empresario, quien hace trabajar coordinadamente los factores a fin de producir bienes o servicios”. ROITMAN y AGUIRRE (2009), pp. 736-737.

la aproximación a la participación de los trabajadores que plasma el art. 14 bis CNA, donde se prima la participación patrimonial sobre la intervención en la gestión y toma de decisiones. Esta concepción subordinada a la participación en el beneficio se encuentra en los debates constituyentes producidos durante la génesis del derecho⁷³ y es la seguida por Ekmekdjian y Badeni, quienes niegan que los trabajadores puedan asumir control o participar en la gestión con objetivos distintos a verificar la existencia de ganancias para su distribución⁷⁴. Al hilo de esta concepción, resulta prudente entender que el control de la producción y la colaboración en la dirección están subordinados a la participación como meros mecanismos para asegurar la efectiva participación en las ganancias, lo cual también es congruente con la búsqueda de un contenido mínimo esencial del derecho.

Así, pues, tanto la colaboración en la dirección del *input* como el control del *output* tendrían como finalidad evitar la reducción indebida del importe que corresponda a los trabajadores en virtud de su derecho a participar de un porcentaje de las ganancias netas repartibles. Ahora bien, ¿qué tipo de participación de los trabajadores puede evitar que su derecho de participación se vea afectado? Según la comprensión del control como control del *output*, los trabajadores o sus representantes tendrán derecho a acceder a la documentación relativa a la producción y a verificar los aspectos económicos relativos a los costes de producción, los precios, los volúmenes de facturación y el beneficio neto obtenido⁷⁵. Esta concepción del control de los trabajadores sobre la producción es adecuada porque no limitaría indebidamente las facultades del empresario para decidir sobre la producción dentro del ejercicio de su libertad de empresa y, simultáneamente, permitiría a los trabajadores asegurar la eficacia del derecho de participación en las ganancias. En todo caso, para evitar cualquier tipo de fraude contable, los trabajadores, deberían contar con la facultad de solicitar una auditoría externa de la información facilitada, auditoría cuyos gastos correrían a cargo de los propios trabajadores salvo que se demostrara que los datos suministrados eran incorrectos, en cuyo caso el coste recaería sobre la empresa (o, incluso podría argumentarse, sobre el empresario, para no reducir las ganancias repartibles).

Más complejo es perfilar el contenido mínimo de la colaboración de los trabajadores en la dirección entendida como coordinación de los factores de

⁷³ Citados en el fallo Gentini (CSJN, Fallos: 331:1815), considerando 8.

⁷⁴ EKMEDJIAN (1994b), pp. 36-38, y BADENI (2006), p. 888.

⁷⁵ UNZAGA (2006), pp. 163-165.

producción o *input*. Acogiendo la concepción clásica de tales factores, el empresario coordina capital, tierra y trabajo mediante relaciones jurídicas articuladas a través de su libertad de contratación. No creo que, al menos como contenido mínimo, se pueda defender que la colaboración de los trabajadores se extienda a la participación en igualdad en aspectos de dirección de los factores de producción, incluso aunque pudieran afectar a su participación en las ganancias. Según la distinción antes realizada, la participación con extensión constituiría ejercicio de la libertad de empresa y conllevaría la participación de los trabajadores en las pérdidas y su responsabilidad por la gestión. La colaboración en la administración se podría entender como (i) facilitar la autoorganización de los trabajadores en los aspectos de coordinación de factores de producción que se refieran exclusivamente a ellos, y (ii) permitir participación en alguna medida de las grandes decisiones empresariales que afecten entre otros a los trabajadores como factor de producción o que afecten exclusivamente a los trabajadores. Habría que tener en cuenta en todo momento, no obstante, que la participación que se reconoce es una participación en las ganancias, por lo que no se podría transformar dicha participación injustificadamente en cualesquiera de las otras dos concepciones de la participación (como gestión y toma de decisiones conjuntas o como autogestión).

Un contenido mínimo adecuado para la participación podría tomar como modelo la Directiva Europea 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 que establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Unión Europea. La Directiva 2002/14/CE concibe la participación como intervención en las decisiones, y coordina el derecho de información y consulta de los trabajadores con las posibles necesidades del empresario sobre confidencialidad y toma urgente de decisiones. La información y consulta se refieren, según el art. 4.2 de la Directiva: (i) a la evolución reciente y probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo y de su situación económica; (ii) a la situación, estructura y evolución probable del empleo en la empresa o centro de trabajo y a las eventuales medidas preventivas previstas (especialmente en caso de riesgo para el empleo), y (iii) a las decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en la organización del trabajo y los contratos laborales.

Siguiendo esta guía, el contenido mínimo del derecho de colaboración en la dirección del art. 14 bis CNA propiciaría que los trabajadores fueran informados y tuvieran el derecho colectivo a ser oídos en modificaciones estructurales de la empresa que puedan afectar a la organización del trabajo (en particular en operaciones societarias como transformación, fusión o escisión), y también en procedimientos colectivos de regulación de empleo, en tanto que ambos tipos de

operaciones pueden provocar reducciones de beneficios o de plantilla que afecten al derecho de participación en beneficios de los trabajadores afectados. Incluso en caso que surgieran problemas para resolver aspectos prácticos del derecho, estos podrían solucionarse por analogía con el art. 83 de la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales sobre la fusión de sociedades, en donde se regula la puesta a disposición de acuerdos e informes.

G. El papel del Estado

Otro aspecto a examinar es el papel que debe jugar al Estado para que el contenido mínimo esencial del derecho de participación en beneficios sea efectivo en una concepción no prestacional del derecho. Al respecto, y aunque se ha adelantado alguna conclusión, en los párrafos siguientes plantearé que los medios ya existentes que garantizan la libertad de empresa y de contratación son suficientes para controlar el respeto al derecho de participación de los trabajadores en las ganancias, por lo que el papel del Estado quedaría reducido a controlar que se respete su contenido mínimo.

El ejercicio de la empresa y el comercio como actividades humanas son muy anteriores a la concepción del Estado benefactor cuya responsabilidad era asegurar cierto marco social. De hecho, el comercio y la actividad empresarial son instituciones sociales presentes a lo largo de la historia⁷⁶. Es cierto que la intensidad de ambas actividades se ve favorecida por la existencia de una cierta actividad estatal, pero el ejercicio de la libertad de empresa no requiere prestaciones positivas del Estado. En la misma medida, el derecho de participación según está configurado en el art. 14 bis CNA es un derecho cuyo contenido mínimo sería directamente ejercitable sin ninguna prestación del Estado siempre que se cumplan ciertas condiciones previas.

Dada la interrelación entre libertad de empresa y participación, las condiciones previas que permitirían la participación en las ganancias derivan del ejercicio efectivo de la libertad de empresa. Esto se debe a que el contenido de derecho de participación, como se expuso, se refiere a elementos propios de la empresa. En Argentina, la existencia de tejido empresarial en el país manifiesta que el derecho a la libertad de empresa se ejerce (con independencia de la valoración que se haga del marco institucional de ejercicio de la libertad de empresa). Así pues, una vez

⁷⁶ Economistas como CLARK (2007), pp. 23-24, llegan a afirmar que “la antigua Babilonia poseía superficialmente en el año 2000 a.C. una economía sustancialmente similar a la de Inglaterra en 1800”.

existente una cierta estructura empresarial, se dan las circunstancias que configuran el presupuesto para el ejercicio del derecho de participación en las ganancias de la empresa (existen trabajadores, empresas y, en ocasiones, ganancias) y los elementos sobre los que inciden las obligaciones del contenido mínimo del derecho de participación (existe una dirección de recursos y gestión de la producción y, cuando existen, las ganancias se pueden repartir). A la vista de esta situación de hecho, en Argentina se dan ya los presupuestos necesarios para el ejercicio del núcleo mínimo esencial del derecho constitucional de participación sin necesidad de prestación estatal.

Entonces, si ya existen todas las condiciones para su ejercicio, cabría cuestionarse cuál es el elemento aún ausente para la eficacia del derecho de participación. Obviamente, en tanto concurren los elementos necesarios, el único elemento faltante sería el ejercicio en sí del derecho. Es decir, la eficacia práctica del derecho de participación en el marco jurídico y económico de Argentina solamente requeriría que los trabajadores solicitaran la entrega de una porción de los beneficios y la información para verificar la certeza del beneficio, sin necesidad tampoco de intervención del Estado con una actividad prestacional. Este ejercicio extrajudicial del derecho cuenta ya con instituciones adecuadas para encauzar su práctica: existen representaciones de los trabajadores a través de los sindicatos y existen derechos de protesta laboral como la huelga; los resultados de las empresas se declaran mediante la contabilidad de los empresarios y mayoritariamente dicha contabilidad se verifica por auditores externos; incluso para las operaciones empresariales-societarias relevantes existen filtros formales y de legalidad como son los constituidos por los escribanos y el Registro Público de Comercio. A la vista de estas instituciones, no resulta defendible que sea necesaria mayor intervención de los poderes públicos para que los trabajadores tengan acceso a cierta información de la empresa y de su operativa y se les transfiera un porcentaje del beneficio neto distribuible.

Solo en caso de no verse reconocido el derecho de los trabajadores, 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 al día de hoy existen medios para proteger el derecho de participación en las ganancias del art. 14 bis CNA con el contenido mínimo sugerido, sin que ello requiera prestación por el Estado o activismo judicial⁷⁷.

Como conclusión sobre el papel del Estado, el derecho no puede asimilarse conceptualmente a otros derechos económicos, sociales y culturales como los derechos a la sanidad, educación, seguridad social o vivienda digna que requieren una prestación pública, sino que sería suficiente con la intervención del Estado como garante del derecho, es decir, bastaría con el ejercicio de la función jurisdiccional para obligar al empresario a cumplir con el derecho en caso de que no lo reconociera a sus trabajadores.

H. Coordinación de la participación en las ganancias de la empresa con otros derechos constitucionales

La concepción no prestacional del derecho de participación en las ganancias de la empresa justifica obligaciones para el empresario. Por ello resulta coherente reflexionar sobre cómo afecta el derecho de participación a la libertad de empresa, también protegida a través de los derechos constitucionales de comercio e industria lícita.

La primera apreciación es que el derecho de participación tiene la misma jerarquía de derecho constitucional que los derechos de propiedad y de libertad de empresa. Además, se produce una coincidencia parcial entre el ámbito de los derechos de comercio e industria lícita y el ámbito del derecho de participación de

⁷⁷ Esta interpretación permitiría asegurar el cumplimiento de derechos constitucionales socioeconómicos a través de acciones de inconstitucionalidad por omisión, según promueve, por ejemplo, BAZÁN en CARBONELL (coord.) (2007), pp. 265-270. Además, incluso si se considerara que la fijación de un porcentaje de participación constituye activismo judicial, la intervención judicial estaría amparada por más de 50 años de demora en el desarrollo del derecho, retraso tal que permite considerarlo no una omisión legislativa sino una deliberada inobservancia del texto constitucional.

los trabajadores, por tanto, sus ámbitos de eficacia están interrelacionados aunque sus contenidos mínimos esenciales sean diferentes⁷⁸. En vista de la igual jerarquía y de la coincidencia de sus ámbitos, el principal problema es cómo coordinar ambos derechos constitucionales sin afectar a sus respectivos contenidos esenciales⁷⁹. Esto plantea una diferencia con la participación reconocida en España, puesto que, como se vio, su Constitución no reconoce como tal un derecho de participación, por lo cual no existirá ponderación de derechos, y la promoción del acceso a los medios de producción por los trabajadores deberá respetar con pulcritud los derechos de propiedad privada y libertad de empresa.

En Argentina, una interpretación constitucional unitaria excluye que alguno de sus derechos (en este caso, el de libertad de empresa) sea considerado un derecho primigenio, original e inmutable, que no puede verse afectado en ninguna medida por el posterior reconocimiento de otro derecho (en este caso, la participación de los trabajadores). Tal postura equivaldría a afirmar que los derechos posteriores solamente pueden tener un ámbito de eficacia que no haya sido ocupado ya por el ámbito de eficacia de otros derechos anteriores. Esta afirmación no me parece sostenible por confundir contenido esencial de los derechos y ámbito de eficacia. Los derechos constitucionales, en tanto que operan como principios, coordinan sus ámbitos de eficacia con respeto a su contenido mínimo esencial, pero en caso de conflicto se produce la ponderación de los derechos para su satisfacción en su mayor medida posible, sin que se excluyan entre sí. La Constitución Nacional Argentina crea un complejo de derechos que se interrelacionan y se ven modificados por otros derechos, sean originales o hayan sido reconocidos posteriormente, pero es insostenible considerar que los derechos constitucionales tienen un privilegio de antigüedad que los resguarda de futuras reducciones, de manera que no solo su contenido esencial es inviolable sino todo el ámbito que lleguen a ocupar queda blindado frente al nacimiento de futuros derechos en conflicto.

La doctrina incluye los siguientes derechos dentro de la libertad de empresa reconocida en la Constitución Nacional Argentina: (i) crear un emprendimiento entendido como “realización voluntaria de una actividad económicamente lucrativa” con posibilidad de apropiación del rendimiento; (ii) permanecer en el sector productivo o mercado; (iii) interactuar en los mercados interno y externo

⁷⁸ Esta relación es similar a la existente entre los derechos medioambientales y de propiedad y libertad de empresa.

⁷⁹ En contra, sostienen que la participación debe respetar la propiedad y libertad de empresa BADENI (2006), p. 888, y EKMEKDJIAN (1994b), pp. 37-38.

de intercambios; (iv) controlar la dirección del emprendimiento; (v) establecer el control de la producción del emprendimiento; (vi) abandonar el sector productivo, y (vii) cesar la actividad económica privada⁸⁰. Si se toma estos elementos como contenido mínimo esencial de la libertad de empresa, algunos de ellos guardan gran relación con el derecho de participación (rendimiento o beneficio, control de la dirección y establecimiento del control de la producción), aunque ello no impide que los contenidos mínimos de ambos derechos coexistan⁸¹. Ello da una idea de la conexión y compatibilidad entre libertad de empresa y derecho de participación en las ganancias.

Por lo tanto, como conclusión, la participación de los trabajadores en la empresa, según está configurada en el art. 14 bis CNA, se reconoce como un derecho constitucional con jerarquía equivalente a la de la libertad de empresa y un ámbito relacionado. De este modo, es preciso coordinar los ámbitos de ambos derechos sin vulnerar sus contenidos mínimos esenciales y no se requiere para la eficacia del derecho de participación en las ganancias de la empresa más medios que los necesarios para la eficacia del derecho a la libre empresa. Así, pues, si se reconoce y protege la libertad de empresa dentro del marco constitucional, existirán medios suficientes para el ejercicio del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa sin necesidad de desarrollo normativo adicional.

IV. CONCLUSIONES

El examen del régimen constitucional de la participación económica de los trabajadores en la empresa según las constituciones de España y Argentina revela que, aunque ambas normas fundamentales se refieran a la participación de los trabajadores, los regímenes que establecen discrepan en cuestiones tan profundas como el reconocimiento de la participación como un derecho, la estructura de la norma como regla de mandato o como principio, el contenido de la participación, su eficacia directa y la posibilidad de exigir actuaciones concretas a los poderes públicos.

La fuerza normativa de ambas constituciones es respaldada en los dos países por su regla de reconocimiento, pero la Constitución Española se autolimita con claridad y reduce algunas de sus normas –incluyendo normas reconocedoras de derechos

⁸⁰ CAO (2013), pp. 315-317.

⁸¹ Al menos, mientras no se conciba el derecho de participación como el derecho de los trabajadores a apropiarse de la totalidad de los beneficios.

constitucionales— a normas que no generan derechos subjetivos inmediatamente aplicables, mientras que el texto de la Constitución Nacional Argentina no limita su fuerza normativa. Además, la participación según se configura en España es una finalidad a promover por los poderes públicos, mientras que en Argentina es un derecho constitucional de los trabajadores. Estas diferencias determinan que la norma fundamental española no cree un derecho con contenido mínimo, mientras que en la Constitución de Argentina es posible predicar que existe un contenido mínimo esencial del derecho de participación compatible con los derechos de propiedad y libre comercio, especialmente si se concibe el mismo como un derecho no prestacional que no requiere intervención pública para su eficacia.

En una interpretación no prestacional, el derecho constitucional de participación de los trabajadores en la empresa en Argentina permitiría, dado el estado del tejido empresarial en el país, ejercer el derecho directamente, con la única necesidad de concretar un porcentaje de participación en las ganancias. Al existir antecedentes legislativos argentinos y experiencia comparada del contexto latinoamericano para la elaboración práctica o jurisprudencial de un criterio aceptable como contenido mínimo del derecho, resulta sorprendente que el ejercicio del derecho no haya sido reivindicado con mayor frecuencia, y más aún que en la práctica el derecho haya sido alegado en relación con la recuperación de empresas insolventes por sus trabajadores mediante cooperativas de trabajo⁸², lo cual no parece tener una relación directa con su contenido mínimo esencial. Por su parte, el mandato a los poderes públicos en la Constitución Española de promover el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción impondría el uso de un criterio interpretativo sobre las normas que regulen la propiedad de dichos medios (en especial, la adquisición derivativa), aunque deberá respetar cuidadosamente los derechos de propiedad y libertad de empresa.

En definitiva, es evidente que el modelo argentino establece herramientas más adecuadas que la participación de los trabajadores contribuya, como pretendía la OIT en su Declaración de Filadelfia de 1944, a “garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso”⁸³. En todo caso, quedaría por comprobar si el contexto de aplicación y las consideraciones sobre su normatividad, en particular de los operadores jurídicos, les permiten alcanzar eficacia práctica o si quedarán constreñidas por el antiguo prejuicio según el cual las cláusulas socioeconómicas no son más que bellos brindis al sol.

⁸² Ver TÉVEZ (2010), pp. 39-43 y 144 y ss.

⁸³ Declaración de la Conferencia General de la OIT de 10 de mayo de 1944, punto III, apartado d.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (2004): “La Constitución económica de 1978: reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución Española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 71), pp. 123-160.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducc. Ernesto GARZÓN VALDÉS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2000): “On the structure of legal principles”, en *Ratio Juris* (Vol. 13, Nº 3), pp. 294-304.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan (1996): “La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (N. 47), pp. 29-53.
- ATRIA, Fernando (2004): “¿Existen derechos sociales?”, en *Discusiones: Derechos Sociales* (Vol. 4), pp. 15-59.
- BADENI, Gregorio (2006): *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed. (Buenos Aires, La Ley), tomo II.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2004): “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales: Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, en *Discusiones: Derechos Sociales* (Nº 4), pp. 99-144.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (1999): *El orden socioeconómico en la Constitución* (Buenos Aires, Ediar-Editora Comercial, Industrial y Financiera).
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2004): *Derecho de la Constitución y su fuerza normativa* (Buenos Aires, Ediar-Editora Comercial, Industrial y Financiera).
- BULNES ALDUNATE, Luz (2006): “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 4, Nº 1), pp. 251-264.
- CAO, Christian A. (2013): *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales: estudio comparado entre los casos de España y Argentina* (tesis doctoral inédita, Madrid, Universidad Complutense de Madrid) [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2014]. [Disponible en <http://eprints.ucm.es/22813/1/T34725.pdf>].
- CARBONELL, Miguel (coord.) (2007): *En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2ª ed. (México, Universidad Nacional Autónoma de México) [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2014]. [Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2455>].

- CARBONELL, Miguel (2008): “Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 6, Nº 2), pp. 43-72.
- CARMONA CUENCA, Encarnación (1992): “Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nº 76), pp. 103-126.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia (1984): *Representación unitaria de los trabajadores en la empresa y derechos de comunicación: (en torno al artículo 81 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)* (Madrid, Akal).
- CASTRO ARGÜELLES, María Antonia (2014): “Participación de los trabajadores en la empresa”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* (Nº 108), pp. 319-355.
- CLARK, Gregory (2007): *Farewell to alms: a short economic history of the world* (Princeton, Princeton University Press).
- COASE, Ronald H. (1937): “The nature of the firm”, en *Economica* (Vol. 4, Nº 16), pp. 386-405.
- DURÁN LÓPEZ, Federico (1998): “La participación de los trabajadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (Nº 13), pp. 77-94.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1994a y b): *Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina* (Buenos Aires, Depalma), tomos I (1994a) y II (1994b).
- FARRANDO MIGUEL, Ignacio (2012): “El privilegio refaccionario de los trabajadores en el concurso”, en PÉREZ MILLÁN, David, y SOLERNOU SANZ, Stella (coords.); Fernández de la Gándara, Luis, Embid Irujo, José Miguel, Recalde Castells, Andrés Juan, y León Sanz, Francisco José (eds. lit.), *“Liber amicorum” prof. José María Gondra Romero* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons), pp. 445-464.
- GALIANA MORENO, Jesús María, y GARCÍA ROMERO, Belén (2003): “La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (Nº 43), pp. 13-30.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed. (Madrid, Civitas).
- GARGARELLA, Roberto (2004): “Derecho y disociación, un comentario a ¿Existen los derechos sociales? de Fernando Atria”, en *Discusiones: Derechos Sociales* (Nº 4), pp. 61-70.
- GARRORENA MORALES, Ángel (1984): *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho* (Madrid, Tecnos).

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2009): *Constitución socioeconómica y derechos económicos, sociales y culturales* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- HART, H.L.A. (1994): *The concept of law*, 2ª ed. With a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz (Oxford, Oxford University Press).
- HERNÁNDEZ, Antonio María (2005): “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario” en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 3, Nº 1), pp. 281-296.
- JIMÉNEZ HORWITZ, Margarita (2001): “La protección del derecho de propiedad en el marco del convenio de Roma (sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2000, asunto ex-rey de Grecia y otros c. Grecia)”, en *Derecho Privado y Constitución* (Nº 15), pp. 239-264.
- JORDÁN DÍAZ, Tomás Pablo (2007): “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución chilena”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 5, Nº 2), pp. 185-204.
- KELSEN, Hans (1979): *Teoría pura del derecho*, 2ª ed. (trad. Roberto Vernengo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México) [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2014]. [Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1039>].
- LEGUINA VILLA, Jesús (1994): “El régimen constitucional de la propiedad privada”, en *Derecho Privado y Constitución* (Nº 3), pp. 9-28.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego (1993): “Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Nº 15), pp. 79-96.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. (1988): *La disciplina constitucional de la propiedad privada* (Madrid, Tecnos).
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 8, Nº 2), pp. 125-166.
- NASH ROJAS, Claudio (2011): “Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 9, Nº 1), pp. 65-118.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 7, Nº 2), pp. 143-205.

- PACHOT ZAMBRANA, Karel L. (2010): “A propósito del carácter fundamental de los derechos económicos, sociales y culturales. Una mirada desde la doctrina comparada y la experiencia del ordenamiento jurídico cubano”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 8, Nº 1), pp. 13-42.
- PRADOS DE REYES, Francisco Javier, y VIDA SORIA, José (1998): “Artículo 129: Principios constitucionales sobre la participación social: aplicación y desarrollo”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Madrid, EDERSA Editoriales de Derecho Reunidas y Cortes Generales) [fecha de consulta: 7 de diciembre de 2014]. [Disponible en: http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/constitucion-esp-ola-comentarios-tomo-x-1640?_ga=1.3472883.257008790.1400633689].
- QUISPE CORREA, Alfredo (2006): “¿Inconstitucionalidad por omisión?”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 4, Nº 1), pp. 241-250.
- RAZ, Joseph (1998): “On the authority and interpretation of Constitutions: some preliminaries”, en ALEXANDER, Larry (ed.), *Constitutionalism: philosophical foundations* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 152-193.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1994a): “Sobre la (paradójica) jurisprudencia constitucional en materia de propiedad privada”, en *Derecho Privado y Constitución* (Nº 3), pp. 169-202.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1994b): *La propiedad privada en la Constitución Española* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- RÍOS SALMERÓN, Bartolomé (2002): “Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: El privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito salarial”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (Nº 38), pp. 143-200.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín (2002): “El derecho a la participación en la empresa y en la seguridad social”, en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, MONEREO, José Luis, y MORENO VIDA, María Nieves (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (Granada, Comares), pp. 699-718.
- ROITMAN, Horacio, y AGUIRRE, Hugo (2009): “Capítulo XXI - Empresa y sociedad”, en PIAGGI, Ana (ed.), *Tratado de la empresa* (Buenos Aires, AbeledoPerrot), pp. 731-761.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, y CAMAS RODA, Ferrán (2003): “Comentario del artículo 129.2 de la Constitución Española de 1978 y su desarrollo (con

- especial atención a la participación en la empresa”, en Sempere Navarro, Antonio, y Martín Jiménez, Rodrigo (coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), pp. 1467-1503.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1997): “La Constitución como fuente del Derecho”, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, 2ª ed. (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales), reimpreso en CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos* (2005, México, Porrúa), pp. 155-176.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2008): “Evolución institucional argentina: sistema de gobierno, poder judicial, derechos fundamentales, 1975-2005”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 6, Nº 2), pp. 143-172.
- SECO, Ricardo Francisco (2009): “La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas ¿derecho operativo o programático?”, en *Revista de Derecho Laboral Rubinzal Culzoni* (Vol. 2009, Nº 1), p. 139.
- TÉVEZ, Alejandra N. (2010): *Empresas recuperadas y cooperativas de trabajo* (Buenos Aires, Astrea).
- UNZAGA DOMÍNGUEZ, Guillermo (2006): “La participación del personal en la administración de la empresa”, en *Revista Jurídica Argentina La Ley* (Suplemento Actualidad 16/03/2006, Nº 1), pp. 163.
- URIARTE, Roberto (2004): *El mandato constitucional de participación de los trabajadores y la afectación de los derechos de propiedad y libre empresa* (Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública).
- WUNDER HACHEM, Daniel (2014): “Derechos Fundamentales Económicos y Sociales y la responsabilidad del Estado por omisión”, en *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Vol. 12, Nº 1), pp. 285-328.

VI. NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 23 de marzo de 2002.
- Constitución Nacional Argentina de 1853. Texto oficial vigente según ley Nº 24.430 sancionada el 15 de enero de 1994.
- Ley Nº 19.550 de Sociedades Comerciales de Argentina, Texto oficial vigente según ley Nº 26.994, Boletín Oficial de 8 de octubre de 2014.

- Constitución Española de 1978. Texto oficial vigente según Ley de Reforma de la Constitución Española promulgada y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 27 de septiembre de 2011.
- Ley Nº 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE de 10 de julio de 2003. Texto vigente según reforma por leyes 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal (BOE de 26 de mayo de 2015) y 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión (BOE de 19 de junio de 2015).
- Ley orgánica de España 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 2 de julio de 1985. Texto vigente según reforma por ley orgánica 6/2014 de 29 de octubre. BOE de 30 de octubre de 2014.
- Real decreto legislativo Nº 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Texto vigente según ley Nº 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 1 de marzo de 2014).
- Nueva Constitución Política del Estado de Bolivia de 2008. Texto oficial vigente según promulgación por ley de 7 de febrero de 2009.
- Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988. Texto oficial vigente según la enmienda al texto constitucional número 84 de 2 de diciembre de 2014, DOU de 3 de diciembre de 2014.
- Ley Nº 10.101 de Brasil, de 19 de diciembre de 2000, que regula la participación de los trabajadores en las ganancias o resultados de las empresas y otras cuestiones. Texto vigente según ley Nº 12.832, de 20 de junio de 2013, DOU de 21 de junio de 2013.
- Constitución Política de Colombia de 1991. Texto oficial vigente según Acto Legislativo Nº 1 de 2013 publicado en el Diario Oficial Nº 48.852 de 15 de julio de 2013.
- Constitución de la República de Ecuador de 2008. Promulgada y con texto vigente según Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Código del Trabajo de Ecuador, Codificación 2005-17, Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005. Texto vigente según Registro Oficial Suplemento 797 de 26 de septiembre del 2012.
- Constitución de la República Italiana de 1947. Texto vigente según reforma de 20 de abril de 2012 publicada en el Diario Oficial Nº 95 de 23 de abril de 2012.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Texto vigente según Diario Oficial de 7 de julio de 2014.

- Ley Federal del Trabajo de México, Diario Oficial de 1 de abril de 1970. Texto vigente según Diario Oficial de 30 de noviembre de 2012.
- Constitución de la República de Paraguay de 1992. Texto vigente según la Enmienda Constitucional de 17 de octubre de 2011.
- Constitución Política de Perú de 1993. Texto vigente según la ley N° 29.402, Ley de Reforma del artículo 90 de la Constitución Política de Perú de 5 de septiembre de 2009 publicada el 8 de septiembre de 2009.
- Decreto legislativo de Perú 892, de 8 de noviembre de 1996, que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría. Texto vigente según ley N° 28.464 de 13 de enero de 2005, publicada en misma fecha.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999. Texto vigente según Enmienda N° 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en la Gaceta Oficial 5.908E el 19 de febrero de 2009.
- Decreto N° 8.938 de Venezuela, mediante el cual se dicta el decreto con rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Gaceta Oficial 6.076E de 7 de mayo de 2012.

VII. JURISPRUDENCIA CITADA

7.1. *Jurisprudencia argentina*

- Ángel Siri (1957)*: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Siri, Ángel s/interpone recurso de hábeas corpus” (27-12-1957-Fallos: 239:459).
- Miguel Ángel Ekmekdjian contra Gerardo Sofovich y otros (1992)*: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros” (07/07/1992 - Fallos: 315:1492).
- Carlos Alberto Vizzoti contra AMSA S.A. (2004)*: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A. s/despido” (CSJN, V. 967. XXXVIII, 14/09/2004).
- Matías Eugenio Casal (2005)*: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Casal, Matías Eugenio s/robo simple en grado de tentativa” (CSJN, C.1757.XL, Fallos: 328:3399, 20/9/2005).
- Adolfo Valentín Badaro contra ANSES (2006)*: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Badaro, Adolfo Valentín c/ANSES s/reajustes varios” (CSJN, B. 675. XLI, 8/8/2006).
- Jorge Mario Gentini contra Estado nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad (2008)*: Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gentini, Jorge Mario y otros

c/Estado nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad s/part. Accionariado obrero” (CSJN, G 1326. XXXIX, 12/8/2008).

Elisabeth del Rosario Morales contra Minera Argentina Gold S.A. (2013): Quinto Juzgado de Trabajo de San Juan, “Morales Elisabeth del Rosario c/Minera Argentina Gold S.A. s/ordinario” (RC J 18093/13 9/10/13).

7.2. Jurisprudencia española

STC 4/1981: Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero, del Pleno, en el recurso de inconstitucionalidad 186/1980 en relación con el Texto Articulado y Refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, aprobado por decreto de 24 de junio de 1955; de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944; de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957; del texto articulado parcial, aprobado por real decreto de 6 de octubre de 1977, de la Ley 41/75 de Bases del Estatuto de Régimen Local; y contra la Base 33, párrafo segundo, de la misma. BOE 24 de febrero de 1981.

STC 15/1982: Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril, de la Sala Primera, en el recurso de amparo 205/1981 interpuesto por Juan Segundo Soler Vizcaíno contra el Consejo Supremo de Justicia Militar. BOE de 18 de mayo de 1982.

STC 24/1982: Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, del Pleno, en el recurso de inconstitucionalidad 68/1982 contra la ley Nº 48/1981, sobre clasificación de mandos y regulación de ascenso en régimen ordinario para los militares de carrera del Ejército de Tierra. BOE 9 de junio de 1982.

STC 98/1985: Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 de julio, del Pleno, en los recursos previos de inconstitucionalidad 584/1984, 585/1984 y 594/1984 (acumulados) contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de Libertad Sindical. BOE de 14 de agosto de 1985.

STC 37/1987: Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987, de 23 de marzo, del Pleno, en el recurso de inconstitucionalidad 685/1984 en relación con la Ley del Parlamento de Andalucía 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria. BOE de 14 de abril de 1987.

STC 74/1987: Sentencia del Tribunal Constitucional 74/1987, de 25 de mayo, del Pleno, en el recurso de inconstitucionalidad 194/1984 contra la ley Nº 14/1983, de 12 de diciembre. BOE de 9 de junio de 1987.

STC 227/1988: Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, del Pleno, en los conflictos positivos de competencia 995/1986, 512/1987,

1208/1987, 824/1985, 944/1985, 977/1985, 987/1985 y 988/1985 (acumulados) y los recursos de inconstitucionalidad 995/1986, 512/1987, 1208/1987, 824/1985, 944/1985, 977/1985, 987/1985 y 988/1985 (acumulados) en relación con la ley Nº 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico en desarrollo de la Ley de Aguas; la Orden de 23 de diciembre de 1986 del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por la que se dictan normas complementarias sobre autorizaciones de vertidos de aguas residuales, y el real decreto Nº 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de Cuenca y de los planes hidrológicos. BOE de 23 de diciembre de 1988.

STC 45/1989: Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1989, de 20 de febrero, del Pleno, en la cuestión de inconstitucionalidad 1837/1988 en relación con determinados preceptos de la ley Nº 44/1978, de 8 de septiembre, de normas reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas según reforma por ley Nº 48/1983. BOE de 2 de marzo de 1989.

STC 89/1994: Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1994, de 17 de marzo, del Pleno, en cuestiones de inconstitucionalidad 2010/1989 y 969/1991 interpuestas respectivamente por el Juzgado de Distrito núm. 14 de Madrid y el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón en relación con el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos aprobado por el decreto Nº 4104/1964, de 24 de diciembre. BOE 14 de abril de 1994.

Sentencias sobre el Grupo Rumasa

STC 111/1983: Sentencia del Tribunal Constitucional 111/1983, de 2 de diciembre, del Pleno, en el recurso de inconstitucionalidad 116/1983 contra el real decreto-ley Nº 2/1983, de 23 de febrero, sobre expropiación, por razones de utilidad pública e interés social, de los bancos y sociedades que componen el Grupo Rumasa. BOE 14 de diciembre de 1983.

STC 166/1986: Sentencia del Tribunal Constitucional 166/1986, de 19 de diciembre, del Pleno, en la cuestión de inconstitucionalidad 704/1984 interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia Nº 18 de Madrid en relación con la ley Nº 7/1983, de 29 de junio, sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componen el Grupo Rumasa. BOE de 3 de enero de 1987.

STC 67/1988: Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1988, de 18 de abril, de la Sala Primera, en los recursos de amparo números 1080/1985, 628/1986 y

894/1986 interpuestos por José María Ruiz Mateos contra los acuerdos del Consejo de Ministros para la expropiación del Grupo Rumasa. BOE de 5 de mayo de 1988.

STC 6/1991: Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1991, de 15 de enero, del Pleno, en cuestión de inconstitucionalidad 1628/1989 en relación con los artículos 1 y 2 de la ley Nº 7/1983, de 29 de junio, sobre expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componen el Grupo Rumasa. BOE de 13 febrero 1991.

Sentencias sobre televisión por cable

STC 31/1994: Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994, de 31 de enero, de la Sala Segunda, en recurso de amparo 1513/1990 interpuesto por Lady Cocinas S.A. y Teledimo, S.A. contra las resoluciones del Gobierno Civil de Huesca por las que se requirió a las entidades demandantes el cese de las emisiones de televisión por cable y el desmontaje de sus instalaciones, y sentencias que las confirmaron. BOE de 2 de marzo de 1994.

STC 47/1994: Sentencia del Tribunal Constitucional 47/1994, de 16 de febrero, de la Sala Segunda, en recurso de amparo 296/1991 interpuesto por “Tele-Satélite Mazarrón” contra resolución del Gobierno de Murcia sobre cese de emisiones y resoluciones judiciales que los confirmaron. BOE de 17 de marzo de 1994.

STC 98/1994: Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1994, de 11 de abril, de la Sala Primera, en recurso de amparo 668/1990 interpuesto por Cartagena de Comunicaciones S.A. y Teledistribución Totana S.A. contra requerimientos del Delegado del Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por los que se instaba el cese de emisiones de video comunitario y resoluciones judiciales que los confirmaron. BOE de 17 de mayo de 1994.

Sentencias sobre privilegio de refacción

STS/Civ 458/2006: Sentencia del Tribunal Supremo 458/2006, de 6 de febrero, de la Sala Primera, en recurso de casación en el asunto Promotora Inmobiliaria Residencial San Andrés, S.A. ROJ STS 458/2006.

STS/Soc 17 noviembre 1997: Sentencia del Tribunal Supremo 8314/1997, de 17 de noviembre, de la Sala Tercera, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina. RJ 1997\8314.