

Danos Y Perjuicios Programa De Propiedad Participada Bono De Participacion En Las Ganancias Responsabilidad Del Estado Indemnizacion

JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Programa de propiedad participada. Bono de

participación en las ganancias. Responsabilidad del Estado. Indemnización Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda por daños y perjuicios interpuesta por los trabajadores de la empresa Telefónica, y se decreta la inconstitucionalidad del decreto 395/92, en tanto viola la expresa disposición del artículo 29 de la ley 23696 en cuanto otorga a los empleados de las empresas privatizadas el derecho a la participación de las ganancias de la empresa. En la ciudad de Buenos Aires, el 06 de agosto de 2015, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación. La Dra. Graciela A. González dijo: La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción interpuesta por los coactores y condenó solidariamente a Telefónica de Argentina SA y al Estado Nacional -Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos- a abonar las sumas que determine el perito contador en la oportunidad prevista por el art. 132 de la LO, conforme a los parámetros fijados en sus respectivos considerandos. Contra tal decisión se alzan el Estado Nacional -Ministerio de Economía- y la parte actora a tenor de los memoriales de fs. 225/235 y 237/239, respectivamente. El Estado Nacional cuestiona la condena solidaria impuesta a su parte en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del art. 4º del Dto. 395/92. Señala que el bono de participación en las ganancias sólo puede emitirlo la sociedad que generó el beneficio o resultado positivo, esto es, la empresa licenciataria y no el Estado Nacional que no estaba obligado a su emisión y, en tal sentido, estima que la única omisión que podría imputársele sería la ausencia de previsión estatutaria en el ente a privatizar con anterioridad a la licitación y transferencia, cuestión que no fue introducida por los actores como fundamento de su pretensión. Entiende que no se configuran en autos los requisitos de antijuridicidad, imputabilidad, causalidad y daño para fundamentar su responsabilidad contractual por el acto ilícito. Manifiesta que el Decreto N° 395/92 no es inconstitucional toda vez que de manera alguna modifica, altera o suprime lo prescripto por el art. 29 de la ley 23.696 sino que lo reglamenta. En apoyo de su postura, sostiene que la Constitución Nacional estaba satisfecha de una mejor forma con la acción del programa de propiedad participada que con el bono de participación en las ganancias. Requiere, en consecuencia, el rechazo de la demanda. Finalmente, solicita que se aplique al crédito de autos el mecanismo dispuesto por la consolidación establecida para el período pertinente. La parte actora se agravia del monto de condena por estimarlo reducido, de la tasa de interés declarada aplicable y del límite temporal de la condena. Por razones de orden metodológico abordaré, en primer lugar, el tratamiento de la crítica deducida por el Estado Nacional con respecto a la declaración de inconstitucionalidad del Dto. 395/92. Cabe poner de relieve que el art. 29 de la ley 23.696 -disposición ésta en la cual se fundamenta el reclamo-, expresamente establece: "En los Programas de Propiedad Participada, el ente a privatizar deberá emitir bonos de participación en las ganancias para el personal, según lo previsto en el art.230 de la Ley 19.550. A tal efecto, el Poder Ejecutivo Nacional podrá hacer uso de las facultades que le otorga esta ley. Cada empleado, por su mera relación de dependencia recibirá una cantidad de bonos de participación en las ganancias determinada en función de su remuneración, su antigüedad y sus cargas de familia?". Del texto transcrito surge inequívoca la disposición legal de crear en cabeza del empleador la obligación de emitir los bonos de participación desde el mismo momento en que fue declarado "ente a privatizar", lo cual resulta corroborado por vía analógica mediante el decreto 2778/90, con vigencia a partir del 1/1/91, cuando en el art.2º, último párrafo, establece que "a tal fin (el de la transformación global) se la declara (a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado) comprendida en los términos de los arts.8º y 9º de la ley 23.696", vale decir, sujeta a privatización o "ente a privatizar", dentro de la terminología empleada por el art.29 de la ley de reforma del Estado. Esta interpretación ya había sido ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Antonucci c/ Y.P.F. S.A. y otro" (del 20/11/2001), al remarcar que la ley 23.696 expresara un verdadero sistema destinado a la transformación del Estado destacando en el considerando 6to. que, el decreto 2778/90 dispuso la transformación de Y.P.F. en una sociedad anónima, su inclusión entre las "sujetas a privatización" en los términos de los arts.8 y 9 de la ley 23.696 sometiendo al ente a las previsiones de la ley 19.550. Agregó el Alto Tribunal que la inteligencia de las normas se halla corroborada, además, por la ley 24.145, en tanto convalida lo dispuesto por el decreto 2778/90, que importa otorgarle jerarquía de ley a la norma dictada por el P.E.N. y retrotraer sus efectos a la fecha de su vigencia. En consecuencia, la obligación de la empleadora surgía a partir de la propia ley 23.696 y no se hallaba condicionada a la instrumentación de ningún programa y nació en el momento en el que se la declaró susceptible de privatización (ver -entre otros- Sent. Def. n° 94.296 de fecha 22/6/1996 in re "Zenavilla de Véliz, Ramona Arminda y otros C/ Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y Otro S/ Art.29 Ley

23.696 del registro de esta Sala). Ahora bien, aunque los argumentos expuestos definen los aspectos sustanciales del debate, es cierto que allí no se ve contemplado el análisis de los efectos del Decreto 395/92 que fue tachado de inconstitucional, y ello precisamente por atentar contra lo dispuesto por el art. 29 de la ley 23.696, en el sentido antes expuesto, a lo que se suma la imputada responsabilidad del Estado Nacional por las consecuencias derivadas de dicha norma. Al respecto, no puede desconocerse la trascendencia que cobra en este punto lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos ?Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad Social? -por el seguimiento que sus fallos merecen- (12-8-2008; G. 1326. XXXIX) en el cual se concluyó: ?Que como corolario del análisis de las normas que confluyen en el caso, se observa que el propósito tenido en cuenta por el legislador al dictar la ley 23.696 de tornar operativo en el ámbito del personal de las empresas privatizadas el derecho de los empleados a la participación en sus ganancias, ha quedado frustrado a raíz de una reglamentación que colisiona con la letra de la normativa y que resulta adversa al espíritu que la inspiró. En efecto, los textos reglamentarios, en especial el del art. 4° del decreto 395/92, se inscriben en una línea de interpretación restrictiva del derecho social consagrado por los preceptos constitucionales y legales lo cual, como fue advertido en la ya citada causa "Berçaitz" no sólo "contraría la uniforme jurisprudencia de esta Corte, concordante con la doctrina universal (el "principio de favorabilidad", *Günstigkeitprinzip*, que formularon los autores alemanes a partir de la Constitución de Weimar, Pérez Botija, Curso de Derecho del Trabajo, Madrid 1948; Barassi, *II diritto del lavoro*, Milano 1949, I. párr. 38), sino que también se contrapone a la hermenéutica de las leyes que surge...del objetivo preeminente de promover el bienestar general que la Constitución se propone obtener para todos los habitantes del suelo argentino (Fallos:289:430; confr. asimismo, doctrina de Fallos: 181:209; 246:345 y 250:46). ? ?En las condiciones expresadas, el vicio que exhibe el art. 4° del decreto 395/92 conlleva a su descalificación constitucional por haber determinado la vulneración del derecho que los actores invocan como sustento de su pretensión resarcitoria y que encuentra su fuente en la propia Ley Fundamental. De ahí que el reclamo de los daños y perjuicios experimentados deba ser declarado procedente.? ?Habida cuenta de los límites impuestos a la jurisdicción del Tribunal por las normas que habilitaron su actuación, serán los jueces de la causa quienes discernan el carácter y la medida de la responsabilidad de cada uno de los sujetos demandados en función de los extremos alegados y de la proyección que en la situación fáctica de autos tenga la inconstitucionalidad declarada. La ponderación de tales circunstancias no podrá prescindir, por un lado, de que la norma viciada de inconstitucionalidad emanó de la autoridad administrativa que, por expresa disposición del legislador, tenía a su cargo velar por el correcto desarrollo del proceso de privatización en orden al logro de los objetivos trazados por la ley. Por otra parte, deberá considerarse que la obligación que pesaba sobre la adjudicataria se encontraba claramente establecida en el cuadro normativo que presidió la convocatoria al concurso público en el que resultó vencedora así como la actividad impugnativa desplegada en sede administrativa tendiente a obtener su exención. Ello más allá de que, de todas formas, el detrimento patrimonial sufrido por los empleados exhibe como contrapartida y como corolario ineludible el beneficio obtenido por la empresa privatizada. Por lo demás, debe repararse en el hecho de que -como lo admitió el representante del Estado Nacional en la audiencia pública celebrada ante el Tribunal-, la exención obtenida colocó a las empresas privatizadas del ámbito de las telecomunicaciones en una situación de privilegio respecto de las restantes que, a la par del programa de propiedad participada, han debido emitir los bonos de participación en las ganancias y responder en consecuencia...?. Consecuentemente, propongo confirmar la sentencia apelada en tanto declara la inconstitucionalidad del Decreto 395/92. El Estado Nacional se agravia de la condena que le fue impuesta en origen argumentando que no era el sujeto encargado de emitir los bonos. Al respecto, cabe señalar que en numerosos precedentes que tenían el mismo objeto y las mismas partes que el presente, esta Sala sostuvo que la condena sólo debía ser impuesta a la empleadora y no contra el Estado Nacional, al entender que éste ha sido ajeno al marco obligacional por cuanto -en el marco planteado en aquéllas- no podía reprochársele falencia alguna en la implementación del rubro en cabeza del sujeto empleador desde el momento en que fue declarado ?ente a privatizar?. Sin embargo, en el presente caso, y con sustento en las consideraciones efectuadas por el Alto Tribunal en el ya mencionado precedente ?Gentini? -que fueron expuestas al analizar la inconstitucionalidad del Dto. 395/92-, la responsabilidad del Estado Nacional no resulta por deficiencias en la instrumentación de la participación de las ganancias del trabajador en los términos del art. 29 de la ley 23.696, sino que -como se fundamentara en el referido decisorio- surge por la sanción de un decreto (395/92) que instauró una regulación contraria a la claramente establecida en la norma que debía reglamentar, favoreciendo de dicho modo al detrimento patrimonial sufrido por el trabajador, y colocando a las empresas privatizadas en el ámbito de las telecomunicaciones en una situación de privilegio respecto de las restantes. En ese contexto, corresponde desestimar este tramo del libelo recursivo y confirmar la decisión de grado al respecto. El Estado Nacional cuestiona, asimismo, que se lo considere responsable en forma solidaria con la otra codemandada Telefónica de Argentina SA. Al respecto recuerdo que mi distinguido colega el Dr. Miguel Ángel Maza en la causa ?López Gallardo, María Fernanda y otros c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ Participación Acc. Obrero? (Sentencia Definitiva Nro. 99372 del 29/6/11 del registro de esta Sala) señaló que sobre el particular, cabía remitirse a los

argumentos que expusiera al votar en la causa ?Gentini?, como consecuencia de la disidencia suscitada sobre dicha temática entre la Dra. Elsa Porta y el Dr. Ricardo Guibourg en la sentencia cuyo dictado ordenara la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí expuso: ?...que entiendo que lo enunciado en el considerando XI (conclusión) del fallo evidencia que es este tribunal el que debe determinar si la responsabilidad de los dos sujetos deudores es concurrente, simplemente mancomunada o solidaria, sin excluir ninguna posibilidad.? ?Sentado ello, opino como el Dr. Guibourg que ambos sujetos han actuado sumando sus conductas -una activa, el dictado de un decreto inconstitucional, y otra omisiva, no haber cumplido el deber impuesto por la ley- para configurar el incumplimiento del deber que la ley había impuesto claramente como parte esencial del programa social que fue insertado en la ley 23.696.? ?Coincido con el Dr. Guibourg en que la razón que lleva a responsabilizarlos conjuntamente radica en que, merced a su actuar ilegítimo concurrente, se generó la exclusión de los actores del programa. Paralelamente, discrepo respetuosamente con la afirmación de la Dra. Porta en cuanto afirma que las causas de las obligaciones son distintas e independientes entre sí, ya que, como vengo de decir, la causa fuente del deber de reparar ha sido el actuar conjunto del Estado que dictó una norma inconstitucional y de Telefónica de Argentina SA que se atuvo a esta despreciando la clara obligación nacida de la ley y de las reglas de la licitación a las que adhirió oportunamente.? ?Es decir que ambas codemandadas construyeron en conjunto, sumando sus inconductas, la situación aquí juzgada como dañosa, es decir la exclusión de los demandantes del régimen de bonos de participación en las ganancias. Esa asociación de conductas ilícitas genera la obligación solidaria de los dos autores de reparar el daño causado, como lo dispone el art. 1081 del Código Civil aún para hechos no penados por el derecho criminal.? (CNAT, Sala III, Sent. Def. n° 90842 de fecha 20.4.2009, en autos ?Gentini Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otro s/ Part. Accionariado Obrero?). Desde esta perspectiva, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada también en este aspecto. Se agravia la parte actora de las pautas establecidas por la Sra. Juez a quo para la determinación del monto de condena (0,5% de las utilidades netas). Entiende que el criterio de la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, aplicado a tal fin, no es unánime y resulta minoritario con relación al resto de las Salas de dicho fuero que determina como pauta el porcentual del 2% de las utilidades brutas de cada ejercicio. A mi juicio, se impone desestimar este aspecto de la queja. Ello así porque comparto la decisión adoptada por la Dra. Beatriz M. A. de Hermida en el sentido de que cabe tener en cuenta lo decidido por la Sala III de esta CNAT en el mencionado caso ?Gentini?, en el que, a su vez, ha sido receptado el criterio sentado por la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, la cual, al resolver cuestiones donde se debatía la misma controversia planteada en autos se decidió, por mayoría, que ?la suma con la cual deben ser indemnizados los actores debe surgir de computar el 0,50% de las utilidades de cada ejercicio obtenidas por Telefónica, pues tuvo en consideración que éste fue el porcentual que se fijó en la generalidad de las empresas privatizadas, según resulta de los elementos de prueba que indican y tuvieron a la vista los Sres. Vocales que conforman el voto mayoritario (ver sentencia del 30.10.2008, dictada en autos ?Leo, Gregorio y otros c/ Estado Nacional -Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otros s/ proceso de conocimiento? y sentencia del 30.10.2008 en autos ?Decarre, Néstor Juan y otros c/ Estado Nacional -Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otros s/ proceso de conocimiento?, ambas dictadas por la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal)?. ?...En efecto, de los estatutos sociales de Hidroeléctrica Piedra del Águila SA (art. 13, aprobado por dec. 287/93), de Empresa de Transporte de Energía Eléctrica Por Distribución Troncal de la Patagonia SA -TRANSPA SA- (art.22, aprobado por Resolución 283/93 de la Secretaría de Energía), de Central Térmica Alto Valle SA (art. 22, aprobado por decreto 509/92), de Central Térmica Güemes SA (art. 22, aprobado por Resolución 99/92 de la Secretaría de Energía), de Central Térmica Sorrento SA (art. 22, aprobado por Resolución 124/92 de la Secretaría de Energía), de Centrales Térmicas del Noroeste SA (art. 22, aprobado por Resolución 82/92 de la Secretaría de Energía), de Centrales Térmicas Patagónicas SA (art. 22, aprobado por Resolución 123/93 de la Secretaría de Energía), de Centrales Térmicas del Litoral SA (art. 22), de Centrales Térmicas Mendoza SA (art. 22, aprobado por Resolución 218/93 de la Secretaría de Energía), de Central Puerto SA (art. 13, aprobado por decreto 122/92), entre otras, resulta que se establece el 0,5% de las ganancias del ejercicio como la porción a distribuir entre los trabajadores mediante los bonos de participación?. Consecuentemente, y por razones de analogía (conf. art. 16 del Código Civil), considero ajustado a derecho el porcentaje fijado en el pronunciamiento recurrido (ver en este sentido Sentencia Definitiva 98.987 del 28/2/2011 in re ?Radivoy, Gabriel Anibal y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ Daños y perjuicios? del registro de esta Sala; íd. Sentencia Definitiva 100.497 del 14/5/12 in re ?Cornella Diego Marco y otros c/ Telecom Argentina SA. y otro s/ Diferencias de Salarios?). Entiendo que también debe desestimarse la solicitud de que dicho porcentaje se aplique sobre las utilidades brutas. Ello así por cuanto es evidente que la ganancia de una persona no está dada por la diferencia entre los precios de sus compras y los de sus ventas pues, de su resultado, deben deducirse los costos o gastos de las operaciones de la empresa que absorben parte de la utilidad bruta, por lo que procede efectuar el mentado cálculo sobre la utilidad neta ya que ésta constituye, a mi modo de ver, la real y verdadera ganancia de todo empresario (CNCOM, Sala D Sentencia del 26/3/98 in re ?Calderón, Osvaldo / Peñaflor SA?; íd. CNCOM Sala B Sentencia del

26/6/08 in re ?Querze Raul c/ Sancor Coop. Unidas Ltdas?), criterio adoptado por la Sala VI de esta Exma Cámara en la sentencia del 7/7/04 in re ?Banega, Félix c/ YPF? y Sala VIII en la Sentencia Nro. 3649 del 4/9/09 in re "Bedino Mónica Noemí c/Telecom Argentina SA y otro s/ Part. Accionariado Obrero? -aunque reconociéndose otros porcentajes- y que ha dejado traslucir este Tribunal en la Sentencia Definitiva Nro. 99372 del 29/6/2011 in re ?López Gallardo, María Fernanda y otros c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ Participación Acc. Obrero?. Lo expuesto me lleva a confirmar la decisión de la anterior sede en cuanto determina que el porcentaje del 0,5% se aplicará sobre las utilidades netas. Distinta suerte correrá la crítica vertida en torno a la extensión del período de condena que fue determinado hasta el período del año 2012. En efecto, cabe memorar que, en el punto VII de la demanda -El reclamo-, los accionantes manifestaron que ?...vienen en este actor (sic) a promover la presente demanda por los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega de los bonos de participación en las ganancias correspondientes a los ejercicios financieros siguientes, es decir desde el año 2006 en adelante y hasta el momento del dictado de la sentencia, conforme lo autoriza el art. 331 CPCC.? (ver fs. 14vta.), sin que mediara oposición expresa de ninguna de las accionadas. Por lo tanto, propicio receptar el agravio vertido y modificar el pronunciamiento recurrido en cuanto a este tópico, estableciendo que el crédito de autos alcanzará hasta la fecha de la sentencia de primera instancia. Los accionantes también cuestionan la decisión de la Sra. Juez a quo en tanto ordenó aplicar al crédito de autos intereses moratorios a calcular conforme la tasa activa indicada por esta Cámara mediante Acta Nro. 2155 y fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos (conf. Acta Nro. 2357 del 7/5/2002). Solicitan la aplicación de la nueva tasa dispuesta en el Acta 2601/2014. Dado que por Acta Nro 2601 de fecha 21.5.2014 esta Cámara recomendó la aplicación de la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino para el plazo de 49 a 60 meses que utiliza el Banco Nación, desde que cada importe se haya hecho exigible hasta su efectivo pago, en el entendimiento de que dicha tasa de interés, por su dinámica, refleja adecuadamente el costo del dinero que la mora de la demandada priva de disponer al acreedor, y que la potestad de fijar dicha tasa se encuentra expresamente contemplada en el art. 622 del Código Civil, considero que asiste razón a los quejosos, por lo que propongo modificar la sentencia de anterior instancia en cuanto a este tópico y establecer dicha tasa de interés sobre el monto diferido a condena por todo el período que abarca la deuda. El Estado Nacional solicita que se apliquen al crédito de autos -cuyo punto de partida es el balance del año 2006- las disposiciones de las normas de consolidación.

El quejoso, debido a su naturaleza jurídica, se encuentra encuadrado dentro de las previsiones contenidas en la ley 23982 y el trámite seguido para el cobro del crédito es de carácter administrativo conforme lo dispuesto en el art. 5 del citado cuerpo legal. Sentado ello, corresponde receptar lo petitionado y aclarar que si la actora decidiera dirigir su acción tendiente al cobro de sus acreencias contra el Estado Nacional, resultarían aplicables al crédito reconocido en autos -por ser posterior al 1/1/02- las disposiciones del art. 22 de la ley 23982. En virtud de las modificaciones propuestas, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios y proceder a su determinación originaria (art. 279 CPCCN). En tal sentido, considero que las costas de ambas instancias deben imponerse a las codemandadas -en forma solidaria- por haber resultado vencidas en lo sustancial de la controversia (art. 68 CPCCN). Teniendo en cuenta el mérito y extensión de la labor desarrollada por los profesionales que actuaron en estos autos, de conformidad con las pautas que emergen del art. 6 y subs. de la ley 21839, de la ley 24432, del art. 38 L.O. y del dec. 16638/57 estimo que, por las tareas desarrolladas en primera instancia, corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, Telefónica de Argentina SA y Estado Nacional, en el ...%, ...% y ...%, respectivamente, y en el ...% para el perito contador (que incluye la labor encomendada en la etapa del art. 132 LO), a calcular sobre el monto total de condena con intereses. Asimismo, corresponde regular los honorarios de Alzada de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, Telefónica de Argentina SA y Estado Nacional, en el ...%, ...% y ...%, respectivamente, de lo que les corresponda percibir por todo lo actuado en la instancia anterior (art. 14 ley arancelaria). El Dr. Miguel Ángel Maza dijo:

Que adhiere a las conclusiones del voto de la Dra. Graciela A. González, por análogos fundamentos. Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar parcialmente la sentencia apelada y extender la condena recaída a favor de los accionantes hasta la fecha del pronunciamiento de primera instancia; 2) Disponer la aplicación al monto de condena de la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación Argentina para un plazo de 49 a 60 meses -sugerida por esta Cámara en el Acta Nro. 2601 del 21/5/14- desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago; 3) Aclarar que si la actora decidiera dirigir su acción tendiente al cobro de sus acreencias contra el Estado Nacional, resultarían aplicables al crédito reconocido en autos las disposiciones del art. 22 de la ley 23982; 4) Dejar sin efecto la imposición de costas y la regulación de honorarios dispuestas en origen y proceder a su determinación en forma originaria; 5) Imponer las costas de ambas instancias a cargo de las demandadas en forma solidaria; 6) Confirmarla en lo demás que ha sido materia de recurso y agravios; 7) Regular los honorarios en la forma dispuesta en los considerandos pertinentes del primer voto de la presente; 8) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN Nº 15/2013, a sus efectos.

Regístrese, notifíquese y devuélvase. Miguel Ángel Maza Juez de Cámara Graciela A. González Juez de Cámara

003659E