

Programa De Propiedad Participada Privatizacion De Empresa Telefonica Responsabilidad Del Estado Prescripcion

JURISPRUDENCIA

teléfono. Responsabilidad del Estado. Prescripción

contra la concesionaria telefónica y contra el Estado en el marco del Programa de Propiedad Participada.

En Buenos

Aires, a los 8 días del mes de abril de 2016, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, el doctor Alfredo Silverio Gusman dijo: I. El pronunciamiento de fs. 442/446 hizo lugar a la acción promovida por los coactores Graciela Fátima BATISTA, Edgardo Luis FORNASERO, Miguel Luis CORTESE, Carlos Javier JORGE, Efran Ricardo ARAGON, José Luis VALDES, Ramón León RODRIGUEZ, Marcelo Horacio ROCHA, Daniel Humberto ORMEÑO y Gustavo Adrián DIAZ contra el ESTADO NACIONAL y TELEFONICA DE ARGENTINA S.A., con el objeto de que la empresa licenciataria sea condenada a pagar los bonos de participación en las ganancias por el período no prescripto y hasta el dictado de la sentencia definitiva. Para así decidir, el señor Juez estimó que en el caso de autos, el plazo de prescripción debía ser quinquenal según lo dispuesto por el art. 4027, inc. 3 del Código Civil. Sostuvo que no podía válidamente ubicarse el día a quem para todos los períodos litigiosos en la oportunidad en que fue publicado el Decreto N° 395/92. En consecuencia, admitió en forma parcial la prescripción limitándola a aquellos bonos correspondientes a los ejercicios finiquitados con posterioridad al 09.03.02. Finalmente, en el mencionado decisorio, el Magistrado rechazó la excepción de falta de legitimación. Asimismo, fijó la cuantía del resarcimiento y los intereses (conf. considerandos 5 y 6).

III. Esa decisión motivó la apelación articulada por la parte actora a fs. 459, quien expresó agravios a fs. 490/495, que fueron replicados por Telefónica de Argentina a fs. 497/508vta. El Estado Nacional y la concesionaria del servicio apelaron la sentencia y fundaron sus recursos a fs. 474/479vta. y fs. 481/488, escritos que merecieron la réplica de los trabajadores a fs. 510/515 y fs. 517/530. Los trabajadores, en concreto, cuestionan: a) Solicitan que la condena se extienda hasta la fecha de la sentencia definitiva de este Tribunal; b) Expone que el Magistrado omitió pronunciarse sobre la entrega de los bonos para los actores que mantienen la relación de empleo; c) Expone que debe seguirse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Gentini" y d) Cuestionan la imposición de costas. Las quejas de Telefónica versan sobre: a) Que el "a quo" desestimó la excepción de prescripción opuesta, haciendo lugar a la demanda siendo que no corresponde el inicio del cómputo de la prescripción fijado por el Juez, dado que debería correr desde la fecha de publicación del Decreto N° 395/92; b) El Magistrado de la anterior instancia desestimó las excepciones de falta de legitimación pasiva siendo que no es el sujeto obligado a la emisión de los bonos; c) El Juez establece un porcentaje de participación en las ganancias por parte de los titulares de los bonos de participación que es excesivo e infundado; d) El "a quo" admitió la demanda respecto de los actores JORGE, RODRIGUEZ y ORMEÑO pese a que no pertenecían a la planta de ENTEL al momento de la privatización y d) Cuestionan la imposición de costas. El Estado Nacional, en sus agravios, considera en lo sustancial que el Magistrado declaró la inconstitucionalidad del Decreto N° 395/92 como consecuencia de una errónea interpretación de la normativa vigente. IV. Como punto de partida, no tengo otra alternativa que destacar, en forma preliminar, que en autos ha quedado firme que la acción contra el Estado Nacional no se encuentra prescripta como así también la aplicación del plazo quinquenal del art. 4027, inc. 3 del Código Civil. Entonces comenzaré con los agravios esgrimidos respecto a la excepción de prescripción de la codemandada Telefónica. Respecto a la concesionaria telefónica es conveniente señalar que, para los empleados que no conservan relación de dependencia con esa demandada, a partir de la causa "Corvino" esta Sala ha considerado que el plazo de prescripción de los reclamos vinculados con el pago de los bonos de participación previstos en la Ley N° 23.696, debía computarse desde el momento de la desvinculación laboral, por ser la pauta que mejor se adecuaba a la interpretación restrictiva que corresponde observar ante cualquier institución que implica la aniquilación de derechos (conf. esta Sala, causa "Corvino" del 30.10.08), postura que inicialmente fue mantenida por el Tribunal (conf. causas "Escobar" y "Tranquillo" del 04.03.11 y del 04.05.11, reiterada en el caso "Machado" del 11.05.12, entre otras). V. Además, en estos autos se presentan otros trabajadores que todavía mantienen una relación laboral con la co-demandada. Creo conveniente recordar que los Programas de Propiedad Participada han sido previstos en la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado, por medio de la cual comenzó un proceso de privatizaciones de empresas públicas. Con el evidente propósito de beneficiar a los trabajadores -sector que por lo general vio con desconfianza las políticas de incorporación del capital privado en ese ámbito-, se previó que en oportunidad de la privatización de la empresa, más puntualmente cuando ésta se transformara en una sociedad anónima, se le ofreciera a los empleados participación accionaria en el nuevo ente, que en forma voluntaria el trabajador podría adquirir adhiriendo

al régimen. Pues bien, dado que el derecho a percibir los beneficios del Programa nace en cada ejercicio societario en el que se reparten ganancias, generándose así, de manera periódica, diferentes créditos singulares, la acción para percibir esos bonos no se encuentra prescripta respecto de las utilidades repartidas en los ejercicios societarios cerrados durante el plazo de prescripción que en autos no fue objetado por la representación de la actora. Es claro que el derecho de los actores emerge de la Ley N° 23.696. El Decreto N° 395/92 lo suprimió, pero este reglamento no puede ser tomado en cuenta para el inicio del plazo de prescripción de los trabajadores que mantienen su relación de empleo. Intentaré ser gráfico: una ley les reconoce el derecho de acceder a beneficios societarios; un reglamento (no es necesario que me explaye sobre su naturaleza *secundum legem*, arg. art. 31 de la Constitución Nacional) se los arrebató. Paralelamente, año tras año los actores siguen sin gozar de los bonos de participación en las ganancias que les otorga la ley. ¿Es posible que para la concesionaria tomemos como punto de inicio del plazo de extinción del derecho el del reglamento inconstitucional (C.S.J.N. *Gentini*, Fallos: 331:1815)? ¿Entonces nunca van a poder accionar por un derecho que les confiere la ley, pese a que año tras año su daño se renueva periódicamente? La respuesta negativa a esos interrogantes creo que es la correcta. Por cierto, a esta altura cabe agregar que la Corte Suprema en la causa *DOMINGUEZ Susana Isabel y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ Programa de Propiedad Participada* del 10 de diciembre de 2013, sostuvo en forma concordante con mi postura que el hecho que creaba el título de la obligación dineraria y el correlativo daño por su insatisfacción, se fue produciendo, de manera periódica, en cada oportunidad en que se abonó el dividendo (art. 231 de la Ley de Sociedades Comerciales), según las ganancias que, eventualmente, resultaran de cada balance. VI. En cuanto a la falta de legitimación activa opuesta por la concesionaria telefónica, entiendo que corresponde hacer lugar respecto a los trabajadores Carlos Javier JORGE, Ramón León RODRIGUEZ y Daniel Humberto ORMEÑO. En efecto, dichos actores no se encontraban empleados en la empresa estatal al momento de su privatización. Cabe señalar que los bonos de participación en las ganancias eran un derecho reconocido a quienes se encontraban laborando en relación de dependencia en la empresa a privatizar y en el marco de un Programa de Propiedad Participada, según lo dispuso expresamente el art. 29 de la Ley N° 23.696. En este sentido, la norma invocada establece que *En los Programas de Propiedad Participada, el ente a privatizar deberá emitir bonos de participación en las ganancias para el personal, según lo dispuesto en el artículo 230 de la Ley N° 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*. En cuanto a los fines de los P.P.P., considero que, una vez creado y puesto en marcha el Programa, únicamente quienes revistieran la condición de empleados eran sujetos activos de la obligación legal prevista en la norma. Tengo para mí que el derecho a la participación en las utilidades consagrado en el art. 29 de la Ley N° 23.696, fue previsto para quienes ya se desempeñaban en las empresas a privatizar. Ello se explica si se pondera que en el marco de la reforma del Estado encarada hacia fines del siglo pasado, el legislador concibió la privatización de ciertas empresas hasta entonces pertenecientes total o parcialmente al Estado (conf. anexo I de la Ley N° 23.696), como instrumento para superar la emergencia administrativa imperante (art. 8 de la Ley N° 23.696), pero sin omitir la protección del trabajador de la empresa *sujeta a privatización*. En otras palabras, del trabajador estatal que, a raíz del cambio estructural ideado, perdería su condición de tal (conf. Sala III, causa n° 2661/2009 *Kasjan* del 14.02.13 y esta Sala, causa n° 12.633/2007 *Liviero* del 09.08.12). En función de lo expuesto, toda vez que según se desprende del sub lite, los accionantes mencionados en este Considerando nunca prestaron servicios en la empresa estatal ENTEL, ni fueron transferidos en el proceso de privatización del servicio de telecomunicaciones, corresponde hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa respecto a los actores Carlos Javier JORGE, Ramón León RODRIGUEZ y Daniel Humberto ORMEÑO. Se trata de un aspecto del decisorio apelado que propongo modificar. VII. En cuanto al fondo del asunto, en la causa *Mendoza* de la Sala III -n° 9773/00 del 20.07.06-, y de conformidad con lo resuelto por la Corte Suprema en la causa G. 1326. XXXIX *GENTINI, JORGE MARIO Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL s/ ACCIONARIADO OBRERO* del 12 de agosto de 2008, se hizo lugar a la pretensión de la adjudicación de los bonos de participación en las ganancias, declarando la inconstitucionalidad del art. 4° del Decreto N° 395/92. El Alto Tribunal, en el precedente antes citado sostuvo que: a) El artículo 4 del Decreto N° 395/92 es inconstitucional pues desatiende la finalidad perseguida por el art. 29 de la Ley N° 23.696; b) En cuanto a la empresa adjudicataria, sobre ella pesaba una obligación resultante de las normas que regularon la convocatoria al concurso público en el que resultó vencedora; c) La exención otorgada por el decreto impugnado había colocado a las empresas telefónicas en una situación de privilegio respecto de otros entes privatizados, lo cual es inadmisibles; d) Debe tenerse en cuenta que el detrimento sufrido por los empleados guarda correspondencia con los beneficios obtenidos por la empresa privatizada, lo cual determina el alcance del resarcimiento y e) La interpretación judicial debe tener en cuenta que el art. 14 bis de la Constitución coloca al trabajador en una posición de sujeto de preferente atención constitucional. Bien hizo el *quod*, entonces, al desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la concesionaria. VIII. De acuerdo con lo señalado en el Considerando que

antecede, cabe aludir al grado de responsabilidad de los codemandados Estado Nacional y Telefónica de Argentina y a la distribución de la condena. En la causa ?Amor?, teniendo en cuenta el criterio postulado por la Dra. MEDINA al incorporarse a este Tribunal, esta Sala consideró que debía modificarse tanto el porcentaje de las utilidades a distribuir a los actores en concepto de resarcimiento, así como el grado de responsabilidad y la distribución de la condena entre ambos codemandados. A partir de entonces, se adoptó el criterio del precedente ?Mendoza? (conf. Sala III, causa n° 9773/00 del 20.07.06) en el que se sostuvo la responsabilidad del Estado Nacional por la frustración de los beneficios que los demandantes habrían obtenido en su oportunidad, de no existir el Decreto N° 395/92 y de contar con la reglamentación pertinente para su derecho (arts. 508, 511 y conc. del Código Civil). Se trató de compensar una demora, ya que la indemnización sustitutiva no era imposible para el deudor originario. En atención a ello, a que el ente residual no era el obligado a emitir los bonos y a que el sujeto previsto por la ley para cumplir con ese cometido está también vinculado a la suerte de este pronunciamiento, corresponde condenar a la representación estatal al pago de los intereses del capital de condena a determinarse oportunamente y hasta que la sentencia quede firme, ya que ésta sustituye -por su carácter de norma jurídica individual- la regulación omitida por el Estado Nacional a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días (conf. la doctrina de esta Sala a partir de la causa ?Amor? del 23.12.13). Sintetizando, responden ambos demandados de distinto modo, más no uno en lugar del otro. En lo que respecta a Telefónica, destaco que, habiendo sido removido el obstáculo legal que lo eximía ilegítimamente de la emisión de los bonos de participación, es preciso condenarlo a una suma de dinero representativa del lucro que habrían obtenido los demandantes si hubiesen contado con dichos títulos en tiempo propio. Por lo tanto, durante la etapa de ejecución de sentencia y, de ser necesario ante discordancias entre las partes con la intervención del perito contador designado en la causa, deberá establecerse el monto que le corresponde a cada actor, que surgirá: a) De establecer el coeficiente de participación accionaria de cada uno de los demandantes; b) Debe tomarse el 2% de las utilidades de cada ejercicio y se lo distribuirá entre los actores con arreglo al porcentaje de participación accionaria que cada uno de ellos tuvo en el P.P.P.; c) El cálculo se extenderá a los ejercicios cerrados durante los cinco años anteriores a la interposición de la demanda en virtud de encontrarse consentido por la actora el plazo de prescripción aplicable y hasta el momento en que quede firme esta decisión y d) Cada uno de los períodos así estimados devengará un interés directo equivalente a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días, computado desde la aprobación de cada uno de los balances respectivos por parte de la asamblea hasta el efectivo pago (esta Sala, causa n° 6537/2001 ?Amor? del 23.12.13).

La fijación sobre el tipo de utilidades respecto a las cuales debe ser calculada la indemnización, se decide de conformidad con la nueva reflexión efectuada por los jueces de la Cámara en ocasión de debatir la solución en el plenario ?Parota César y otros c/ Estado Nacional? del 27.02.14. En ese cónclave se estableció que debe ser aplicado sobre el 2% de las ?ganancias imponibles? (resultado antes de impuestos) de la empresa. Entendiendo tal a la utilidad representada por el monto sujeto al cálculo del impuesto a las ganancias que la sociedad debe tributar; y que equivale, en términos generales, a la ganancia bruta, incluidos todos los ingresos obtenidos durante el ejercicio (tanto eventuales como extraordinarios), menos todos los gastos ordinarios y extraordinarios devengados durante dicho período. Esta conclusión se funda en que el bono de participación se computa como gasto de la sociedad, lo que implica que incidirá en el estado de resultados del ejercicio como pérdida ordinaria proveniente de un pago que integra la retribución del empleado beneficiario. En cambio, la pretensión de los actores de que se condene a la empresa telefónica a emitir o entregar los bonos de participación durante toda la vigencia laboral, no puede prosperar, pues se trata de un eventual daño futuro y del que no es posible determinar su cuantía. Además, esta Sala no tiene elementos de juicio para elaborar una suerte de reglamentación ?ad hoc? que sustituya al inconstitucional Decreto N° 395/92, ni tampoco creo que tiene atribuciones para ello. Por cierto, el hecho de que existan óbices para el reconocimiento del derecho en este proceso, no excluye la obligación de instrumentar los P.P.P. en las concesionarias del servicio público telefónico. IX. En cuanto a la queja relativa a la imposición de costas, cabe señalar que las especiales condiciones que motivaron la interposición de la presente acción, dada la complejidad de la cuestión controvertida, el modo en que se resuelve y el criterio seguido por esta Sala en asuntos análogos, justifican exceptuar el caso de la regla del art. 68, primera parte del Código Procesal. En consecuencia, las costas se imponen en el orden causado en todas las relaciones procesales. X. Por ello, voto por: 10.1) Revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de falta de legitimación planteada por Telefónica de Argentina S.A. respecto a los actores Carlos Javier JORGE, Ramón León RODRIGUEZ y Daniel Humberto ORMEÑO. 10.2) Confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar a la demanda promovida condenando a Telefónica de Argentina S.A. y al Estado Nacional a pagar a los señores Graciela Fátima BATISTA, Edgardo Luis FORNASERO, Miguel Luis CORTESE, Efran Ricardo ARAGON, José Luis VALDES, Marcelo Horacio ROCHA y Gustavo Adrián DIAZ la suma que corresponda a cada uno de ellos según las bases indicadas en la sentencia apelada. 10.3) Imponer las costas de ambas instancias en todas las relaciones procesales en el orden causado, dada la complejidad y las particularidades que presenta la cuestión debatida, así como el modo en que se resuelve (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.N.). El doctor Ricardo Víctor Guarinoni

dijo: 1.- Adhiero -en general- al voto precedente, aunque difiero respecto del tema del pago de los bonos futuros. 2.- Habiéndome expedido en numerosos casos semejantes al presente respecto a los bonos futuros que deba emitir la empresa telefónica, un nuevo análisis de la cuestión, en coincidencia con los expuesto por la doctora Medina en la causa n° 7861/07 ?Molina Néstor Javier y otros c/ Telecom Argentina S.A.?, del 17.4.15, me lleva a sostener que habiéndose declarado la inconstitucionalidad del decreto 395/92 quedó eliminado el obstáculo legal que impedía a la empresa privatizada llevar a cabo el pago de los bonos de participación en las ganancias, resultando la empresa telefónica obligada al pago de los bonos futuros a aquellos trabajadores que mantengan su relación de dependencia, de acuerdo a las normas legales aplicables a la materia. 3.- Dejando a salvo esta diferencia de criterio, como ya expresé, adhiero en todo lo restante al voto del doctor Alfredo Silverio Gusman. La doctora Graciela Medina, por razones análogas a las expuestas por el doctor Ricardo Víctor Guarinoni, adhiere a su voto. En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, el Tribunal por mayoría, RESUELVE: 1) Revocar la sentencia en cuanto rechazó la excepción de falta de legitimación planteada por Telefónica de Argentina S.A. respecto a los actores Carlos Javier JORGE, Ramón León RODRIGUEZ y Daniel Humberto ORMEÑO; 2) Confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar a la demanda promovida condenando a Telefónica de Argentina S.A. y al Estado Nacional a pagar a los señores Graciela Fátima BATISTA, Edgardo Luis FORNASERO, Miguel Luis CORTESE, Efran Ricardo ARAGON, José Luis VALDES, Marcelo Horacio ROCHA y Gustavo Adrián DIAZ la suma que corresponda a cada uno de ellos según las bases indicadas en el Considerando VIII del primer voto y el Considerando II del voto de la mayoría, cuya determinación deberá concretar el perito contador designado en autos en la etapa de ejecución y 4). Imponer las costas de ambas instancias en todas las relaciones procesales en el orden causado, dada la complejidad y las particularidades que presenta la cuestión debatida, así como el modo en que se resuelve (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. ALFREDO SILVERIO GUSMAN RICARDO VÍCTOR GUARINONI GRACIELA MEDINA 008934E