Fallo: Mijaloski Jorge Eduardo c/ Telecom Argentina S.A. y otro s/ programas de propiedad participada

 En Buenos Aires, a los 26 días del mes de junio de 2013, 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 dice:

I. El pronunciamiento de fs. 294/298 rechazó la acción promovida por los coactores Jorge Eduardo MIJALOSKI, Roberto Rubén LEONE, Miguel Ángel GIOCOLI, Ramón Roberto GONZÁLEZ, Alejandro BERTERRETCHE BORDAZAR, Guillermo Alberto TORRES, Claudio Javier MERCANDINO, Gilberto Armando ESPINOSA, Carlos Daniel REGO y Héctor Sebastián PORRAZZO contra el ESTADO NACIONAL -PODER EJECUTIVO NACIONAL- y TELECOM ARGENTINA S.A., con los alcances que se exponen a continuación: a) Hizo lugar a la defensa de falta de legitimación activa planteada por Telecom con respecto al trabajador Jorge Eduardo MIJALOSKI; b) Desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por ambas demandadas y c) Admitió la excepción de prescripción articulada por dos co-demandadas, y en consecuencia rechazó la demanda.

Para así decidir, sostuvo que por tratarse de bonos de participación en las utilidades, el plazo de prescripción era el decenal conforme el art. 4023 del Código Civil; y que éste debía computarse a partir de la publicación en el Boletín Oficial del Decreto N° 395/92, es decir el 10.03.92. En ese sentido, advirtió que desde esa fecha hasta la interposición de la demanda (conf. cargo de fs. 14 vta. 09.03.07) transcurrió el plazo indicado.

Asimismo, agregó que el señor Jorge Eduardo MIJALOSKI no se encontraba legitimado para efectuar el reclamo pues se había incorporado a la empresa con posterioridad a la "fecha de corte".

II.- La sentencia comentada motivó la apelación articulada por la parte actora a fs. 302, quien expresó agravios a fs. 320/332 vta., los que fueron replicados por el Estado Nacional a fs. 338/345 vta. y por Telecom Argentina S.A. a fs. 347/351. El Estado Nacional apeló a fs. 304, fundando sus quejas a fs.316/318 vta., las que fueron contestadas por la parte actora a fs. 335.

Los agravios de los accionantes versan sobre: a) El "a quo" incurre en un error al sostener que los actores que ingresaron con posterioridad a la privatización no tienen derecho a los bonos, siendo que sólo debe tenerse en cuenta "la mera relación de dependencia"; b) El Juez erróneamente sostuvo que la acción de inconstitucionalidad del Decreto N° 395/92 no era imprescriptible, siendo que se trata de una nulidad absoluta por lo que nunca prescribe; c) No corresponde el inició del cómputo de la prescripción fijado por el Juez, dado que debería correr desde que se abona el dividendo; d) Los actores tienen derecho al 10% de las utilidades brutas. En apoyo de su postura, transcribe distintos porcentajes asignados en otros programas; e) Expone que debe aplicarse el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Gentini"; f) cuestionan la imposición de costas y g) Finalmente, se agravian del monto de los emolumentos fijados por entender que resultan elevados.

Las quejas del Estado Nacional se refieren, únicamente, a la forma en que fueron distribuidos los gastos causídicos, por estimar que no existen causales para su dispensa.

III. Respecto a la falta de legitimación activa opuesta por Telecom respecto del trabajador MIJALOSKI decidida por el a quo, entiendo que debe confirmarse. Como bien expuso el sentenciante, dicho accionante no se encontraba trabajando en la empresa estatal al momento de su privatización. Cabe señalar que los bonos de participación en las ganancias eran un derecho reconocido a los empleados que 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".

Ahora bien, no hay dudas en cuanto a que, una vez creado y puesto en marcha el P.P.P., quienes revistieran la condición de empleados eran sujetos activos de la obligación legal prevista en la norma. Mas es claro 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, el accionante nunca prestó servicios en la empresa estatal ENTEL, ni fue transferido en el proceso de privatización del servicio de telecomunicaciones, corresponde confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar a la excepción de falta de legitimación activa opuesta por Telecom.

IV.Cabe señalar que el reclamo de los actores tiene sustento en las disposiciones de la Ley Nº 23.696 y decretos invocados en la demanda, peticionándose que se condene a cancelar los "Bonos de Participación en las Ganancias", previstos por la normativa citada, todo lo cual excede el mero marco de las relaciones laborales y/o societarias. Por ende, no resulta alcanzado por la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo, ni del Derecho Comercial.

Por ese motivo, se debe examinar la defensa de marras a la luz de las reglas propias del derecho común y, desde ese ángulo, analizar la procedencia de la prescripción deducida por las codemandadas. Como lo ha sostenido esta Sala en numerosos casos análogos, resulta aplicable el término decenal contemplado en el artículo 4023 del Código Civil: "toda acción personal por deuda exigible prescribe a los diez años, salvo disposición especial".

Ello sentado, atento a que el crédito pretendido por los accionantes encuadra en la normativa legal aludida en el párrafo precedente, configurándose así una relación atípica que excede el marco laboral y societario, no es dudoso sostener que resulta aplicable el término decenal contemplado en el artículo referido en el párrafo precedente. Ante la ausencia de una disposición especial que regule el caso, procede remitirse a lo previsto en la norma citada, que reviste carácter residual (conf. esta Sala, causas 7.206 del 24-4-90; 7.253 del 8-5-90; 17.246 del 16-12-95; 5735/99 del 16.5.02; Sala III, causas 7.343 del 2-5-97; 8819/00 del 11.6.02; entre otras). Y, en este aspecto, es menester puntualizar que la imprescriptibilidad postulada por los actores fundada en la nulidad absoluta de la disposición cuestionada, no es admisible; por cuanto la acción para obtener la declaración de nulidad de un acto es relativa y prescribe en el lapso decenal ordinario (conf. LLAMBÍAS, J.J., "Tratado de Derecho Civil - Obligaciones", 3ra. ed., T. III, pág.379, n° 2057).

V. Sentado el plazo de prescripción aplicable, corresponde adentrarse en la determinación de la fecha de inicio para su cómputo. Adelanto que no es correcto que dicho término comience a correr desde el mismo momento para ambos codemandados.

En efecto, respecto a la representación estatal, se toma el día de la publicación del Decreto N° 395/92 en el Boletín Oficial. En atención a la fecha de la interposición de la demanda (09.03.07, según surge de fs. 14 vta.), es claro que transcurrió el plazo previsto en el artículo 4023 citado. De modo que corresponde confirmar el fallo en cuanto admitió la excepción de prescripción respecto al Estado Nacional (conf. fs. 294/297 vta.).

En cambio, en lo que concierne a la acción promovida contra Telecom Argentina S.A., es conveniente señalar que 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).

VI. Ahora bien, excepto GONZALEZ, en estos autos se presenta una particularidad, y es que los trabajadores todavía mantienen una relación laboral con la co-demandada al momento de interponer la demanda. Otro dato a tener en cuenta es que la acción procura que se le abonen los bonos de participación devengados y aquellos que deban repartirse en el futuro.Creo conveniente retomar el razonamiento expuesto en el Considerando III y 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 los diez años anteriores a la interposición de la demanda (arg. arts. 3956 y 4023 del Código Civil).

Por ello, ponderando las constancias de autos, entiendo que corresponde revocar la decisión apelada respecto de los trabajadores que mantienen su vínculo laboral con Telecom Argentina S.A. al tiempo de interposición de la demanda (09.03.07, según surge de fs. 14 vta.), que por ende continúan sin acceder a los bonos de participación de las utilidades. Por lo tanto, procede el reconocimiento de su derecho respecto de las ganancias repartidas en los ejercicios societarios en los diez años previos a la interposición de la demanda.

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 arrebata. 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.

En cuanto a la acción promovida por el actor Ramón GONZÁLEZ, tampoco se encuentra prescripta. En efecto, partiendo de la fecha de egreso que surge de la pericia contable a fs. 197 hasta el momento en que se iniciaron las presentes actuaciones, es claro que el plazo decenal todavía no había transcurrido.

VII. En la causa "Corvino" -n° 14.186/02 del 30.10.08- y aclaratoria recaída en la causa "Decarre" -expte. n° 10.591/07 del 17.11.08-, 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 inadmisible y 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.

VIII. Es necesario entonces resolver la extensión pecuniaria de la reparación debida a cada accionante.

Debe tenerse en cuenta que, en este caso, no existe norma alguna que determine sobre qué porción de las utilidades de la "empresa adjudicataria", corresponde calcular la suma a la que tienen derecho los demandantes en concepto de bonos de participación en las ganancias. En su escrito inicial y al expresar agravios, los trabajadores peticionaron que se aplique el mismo porcentaje que el utilizado para la distribución de las acciones del Programa de Propiedad Participada, es decir el 10% (ver fs. 7 vta./9 y fs. 329 vta.).

Esa pretensión no es admisible, atendiendo a la diversa naturaleza que reviste la distribución accionaria y la adjudicación de los bonos en cuestión, diferencia que ha quedado plasmada en las normas reglamentarias que regulan los restantes servicios y empresas que han sido objeto de privatización, y a las cuales cabe acudir por analogía (arg. art. 16 del Código Civil). En efecto, salvo en algunos supuestos donde se fijó ese porcentaje en el 0,25% de las ganancias del ejercicio, en la generalidad de los casos se limitó éste al 0,50% de las referidas utilidades (conf.esta Sala, "Corvino" del 30.10.08).

Por lo tanto, en la etapa de ejecución, de ser necesario con el auxilio del perito contable, deberá establecerse el monto que le corresponde a cada actor (excepto MIJALOSKI, claro está), que surgirá de computar el 0,50% de las utilidades de cada ejercicio obtenidas por la empresa en los períodos no prescriptos, cantidad que deberá distribuirse entre aquéllos en función del porcentaje de participación accionaria que corresponda a cada uno, según pautas fijadas en el respectivo Programa de Propiedad Participada. El cálculo se extenderá a los ejercicios cerrados durante los diez años anteriores a la interposición de la demanda (conf. art. 231 de la Ley N° 19.950), y hasta el momento en que quede firme esta decisión.

Se recuerda la diferente situación del actor GONZÁLEZ, que al egresar de la empresa telefónica en el año 2006 (conf. fs. 197), sólo tiene derecho a las utilidades obtenidas durante el período no prescripto computado desde la desvinculación de la concesionaria.

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.

X.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 casos 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.

XI. Por ello, voto por:

11.1) Confirmar la sentencia de fs. 294/297 vta. en cuanto hizo lugar a la excepción de prescripción planteada por el Estado Nacional.

11.2) Confirmar la sentencia en cuanto hizo lugar a la excepción de legitimación planteada por Telecom Argentina S.A. respecto al actor Jorge Eduardo MIJALOSKI.

11.3) Revocar la decisión apelada en cuanto hizo lugar a la excepción de prescripción planteada por Telecom Argentina S.A.

11.4) Hacer lugar en forma parcial a la demanda promovida condenando a Telecom Argentina S.A. a pagar a los señores LEONE, GIOCOLI, GONZÁLEZ, BERTERRETCHE BORDAZAR, TORRES, MERCANDINO, ESPINOSA, REGO y PORRAZZO la suma que corresponda a cada uno de ellos según las bases indicadas en el Considerando VIII de este voto, cuya determinación deberá concretar el perito contador designado en autos -salvo de existir acuerdo entre las partes- en la etapa de ejecución de sentencia.

11.5) 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.).

La doctora Graciela Medina dijo:

I. Comparto la decisión propiciada en el voto que antecede, salvo en lo atinente al cómputo de la prescripción respecto de la empresa telefónica.

II.En primer lugar, quiero aclarar que la fecha de inicio del cómputo de la prescripción tanto para el Estado Nacional como para la empresa telefónica, es la de publicación en el Boletín Oficial del decreto N° 395/92, es decir el 10.3.92. Sólo se cuentan desde la fecha de desvinculación laboral, y respecto a la empresa telefónica, cuando ésta expresamente lo solicita y así entiendo que fue precisado en la causa "CORVINO".

Ello aclarado, en cuanto al cómputo de la prescripción, cabe recordar que conforme reiterada jurisprudencia resulta determinante establecer el momento en que la acción puede ser ejercida, es decir, cuando los actores tomaron conocimiento de que la acción quedó habilitada a su favor (conf. Fallos: 320:2539 ; esta Sala, causa n° 10.084/93 del 29.03.99 y sus citas; Sala 1, causa n° 8.437/93 del 26.11.98).

Desde este ángulo, de acuerdo con lo decidido en las causas n° 11.128/01 y 10.591/01, ambas del 30.10.08, para el cómputo del plazo corresponde tomar como hito inicial la publicación del decreto 395/92, la que tuvo lugar el 10 de marzo de 1992 (ver también, en el sentido indicado, lo resuelto por la Sala 1 en la causa n° 2.287/01 del 18.2.03). Ello es así, pues a partir de ese momento los demandantes estuvieron en condiciones de accionar en defensa de sus derechos, impugnando la norma que señalan como incon stitucional, habida cuenta de la naturaleza de los daños alegados (conf. Fallos 299:149 y sus citas; 320:2289 , entre otros). Ya por entonces, no parecía dudosa la existencia de un agravio irreversible derivado de la no emisión de los bonos de participación en las ganancias -cuyo pago persiguen los demandantes en este juicio-, pues, precisamente, esa conducta por parte de las licenciatarias era una consecuencia lógica y necesaria del decreto aludido.Y, por otra parte, adviértase que los demandantes específicamente pidieron que el Estado Nacional sea condenado a pagar los daños y perjuicios ocasionados por el decreto 395/92, lo cual muestra claro que el inicio del plazo prescriptivo se produjo con su publicación.

En tales condiciones, la fecha que debe tomarse para el cómputo de la prescripción es a partir del decreto 395/92 hasta el momento que se iniciaron las presentes actuaciones. Siendo así, desde esa fecha hasta la interposición de la demanda transcurrió el plazo previsto en el artículo 4023 citado.

III. Por ello, soy de opinión que debería confirmarse la sentencia apelada respecto a hacer lugar a la defensa de prescripción deducida por el Estado Nacional y Telecom de Argentina S.A. y, en consecuencia, rechazar la demanda interpuesta. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 68, 2° párrafo del Código Procesal).

El doctor Ricardo Víctor Guarinoni por razones análogas a las expuestas por la doctora Graciela Medina adhiere al voto que antecede.

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta sala RESUELVE: confirmar la sentencia apelada respecto a hacer lugar a la defensa de prescripción deducida por el Estado Nacional y Telecom de Argentina S.A. y, en consecuencia, rechazar la demanda interpuesta. Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado (art. 68, 2° párrafo del Código Procesal).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

GRACIELA MEDINA

RICARDO VÍCTOR GUARINONI