*Corte Suprema de Justicia de la Nación*

Buenos Aires, 1º de Julio de 2014

Vistos los autos: "D'Ambrossio, Juan Mario José c/ Estado Nacional Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

Que las cuestiones propuestas por el apelante encuentran adecuada respuesta en el dictamen de la Procuración General de la Nación a cuyos fundamentos y conclusiones cabe remitir por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en atención a la índole de los derechos en juego. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

CARLOS S. FAYT

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-TO DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, habiendo dictaminado la Procuración General de la Nación, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

Recurso extraordinario interpuesto por **Juan Mario José D'Ambrossio**, representado por la Dra. **Sofía Guinzburg.**

Traslado contestado por el **Estado Nacional**, representado por la Dra. **Rosana L. Albertario.**

Tribunal de origen: **Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 6.**

S.C. D. 319, L. XLVII

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

- I -

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, confirmó la decisión de grado que rechazó la demanda promovida por el actor contra el Estado Nacional a fin de que se le entreguen las acciones y los dividendos -o la reparación sustitutiva- correspondientes a la participación obrera instaurada a partir de la privatización del servicio provisto por la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones (punto 1, anexo I, ley 23.696).

Manifestó para así decidir que: a) la ley 23.696 y sus reglamentos se dirigen a proteger los derechos de los empleados de las empresas a privatizar y la admisión de esos trabajadores en los PPP fue un medio de salvaguarda, innecesario en el caso de los agentes que, como el actor, continuaron trabajando para el Estado; b) la ley 23.696 no persigue el establecimiento de un beneficio económico, sino que sanciona un medio protector contra el posible desempleo del personal transferido a las compañías licenciatarias; y, c) los decretos n° 731/89, 59/90, 60/90, 62/90 y 395/92 concuerdan con el artículo 22 de la ley 23.696 y ejercen la función tutelar consagrada por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, por lo que no presentan el vicio de inconstitucionalidad alegado por el accionante (fs. 260/261 y 293/295).

Contra la decisión la actora dedujo recurso extraordinario, que fue replicado y concedido por hallarse en tela de juicio el alcance de disposiciones federales, como la ley 23.696, el decreto 395/92 y el antecedente de Fallos: 331:1815 (cfr. fs. 300/314, 320/322 y 326).

- II -

La actora dice que la decisión afecta su derecho a participar en las ganancias de su ex empleadora ENTEL y que, de tal forma, desconoce las garantías de los artículos 1,

14 bis, 16 a 18, 28 y 31 de la Constitución Nacional. Invoca un caso federal fundado en el artículo 14, incisos 1° y 3°, de la ley 48 por encontrarse en juego la interpretación de la ley 23.696 y la regularidad constitucional de los decretos reglamentarios 731/89, 59/90, 60/90, 62/90 y 395/92.

Manifiesta que se desempeñaba en la Dirección de Observaciones Judiciales de ENTEL cuando se concretó la privatización del servicio de telefonía, el 08/11/90, y que los decretos convalidados por la Sala incurren en una reglamentación irrazonable de la Ley de Reforma del Estado, opuesta a su espíritu y al precedente publicado en Fallos: 331:1815 ("Gentini").

Precisa que el decreto 1801/92, por el que se transfirió la Dirección citada a la Secretaría de Inteligencia del Estado, formaliza una decisión gubernamental que omite el derecho del actor a participar en el capital de las licenciatarias del servicio, relegándolo arbitrariamente de las previsiones del artículo 22 de la ley 23.696.

Sobre la base del fallo "Gentini" afirma que el actor debió ser resarcido por haber sido privado de acceder al PPP de ENTEL y que todo empleado, por la mera relación subordinada, tiene derecho a percibir bonos de participación en las ganancias de la empresa en función del salario, antigüedad y cargas de familia.

Hace hincapié en que el decreto 395/92 extralimitó la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo y que el único requisito para integrar el PPP, con arreglo al artículo 22 de la ley 23.696, era que el personal fuera parte "del ente a privatizar" -ENTEL- al tiempo de la transferencia. La exigencia de que el trabajador pasara a desempeñar tareas para una de las firmas adjudicatarias fue añadida impropiamente por los decretos cuestionados en la causa.

Resalta que mientras la Sala excluyó del PPP al personal de la Dirección de Observaciones Judiciales de ENTEL, el decreto 395/92 incluyó en él a trabajadores que no revistaban directamente en la privatizada, como por ejemplo, el personal de la sociedad

prestadora del servicio internacional, el de la sociedad de servicios en competencia y el de la obra social.

Finaliza manifestando que el hecho de no haber sido transferido a una de las licenciatarias resulta ajeno al actor, puesto que la reubicación del personal fue determinada discrecionalmente por el Poder Ejecutivo (v. fs. 300/314).

- III -

El actor trabajó en ENTEL, Empresa Nacional de Telecomunicaciones, entre el 24 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1993. Luego de concretarse el traspaso de la Dirección de Observaciones Judiciales de esa empresa a la Secretaría de Inteligencia del Estado, en virtud del decreto 1801/92, pasó a revistar en dicho organismo a partir del año 1994 (cfr. peritaje, legajo n° 164.417-8 y certificación de servicios y remuneraciones a fs. 127/135, 169/187 y 173).

De los oficios agregados surge que no consta como personal activo ni como egresado de Telecom Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. (cfse. fojas 160/164 y 168).

- IV -

Expuesto lo anterior, incumbe referir que el artículo 22 de la Ley de Reforma del Estado 23.696, invocado por el actor en respaldo de su pretensión, determina en lo que interesa que: "... Podrán ser sujetos adquirentes en un Programa de Propiedad Participada [...]: a) Los empleados del ente a privatizar de todas las jerarquías que tengan relación de dependencia. No podrá ser sujeto adquirente el personal eventual, ni el contratado, ni los funcionarios y asesores designados en representación del gobierno o sus dependencias..." (v. B.O. del 23/08/89).

Por su parte, el artículo 9 del decreto 731/89 -de Privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones- establecía en su redacción original la reserva de "... un porcentaje de capital de hasta el diez por ciento (10%) para los empleados de E.N.Tel que pasen a desempeñarse en la empresa adjudicataria, cuya participación podrá canalizarse a través del Programa de Propiedad Participada previsto en los artículos 21 y siguientes de la ley 23.696..." (v. B.O. 14/09/89).

El decreto 59/90 modificó el texto transcripto, el cual quedó redactado de la siguiente manera: "Se reservará el diez por ciento (10%) de las acciones de las sociedades licenciatarias para los empleados de E.N.Tel que pasen a desempeñarse en las mismas y en las sociedades prestadoras del servicio internacional y de servicios en condiciones de libre competencia..." (B.O. del 12/01/90).

Junto al mencionado decreto 59/90, fue dictado el decreto 60/90, por el que se crearon las Sociedades Licenciatarias Norte S.A. y Sur S.A. (cfse. arts. 1° y 2°). Dicho precepto, al determinar lo relativo a la composición del capital de las compañías, estableció que estaría representado por acciones escriturales cuya tercera clase ("C") constituiría el diez por ciento (10%) del capital social, y que serían asignadas "al personal que pase a desempeñarse en las sociedades licenciatarias y las que se constituyan para prestar el servicio internacional y los servicios en régimen de competencia..." (cf. art. 7°, B.O. del 12/01/90).

En igual fecha se publicó el decreto 62/90, por el que se llamó a concurso público internacional para la privatización del servicio nacional de telecomunicaciones y se aprobó el Pliego de Bases y Condiciones que regiría el procedimiento (arts. 1° y 2°). Como reseñó V.E. en Fallos: 331:1815 (v. Cons. 15), el Capítulo VII de ese instrumento disponía en su versión original que del 40% de las acciones representativas del capital no vendido al respectivo adjudicatario, el 25% debía destinarse al personal de la adquirente (cfse. punto 7.7 y 7.7.1). Por otro lado, en la parte pertinente del Capítulo XIV del pliego, relativo al

"Régimen laboral", se establecía que: "La participación accionaria del 10% del personal de ENTel, que pase a desempeñarse en las Sociedades Licenciatarias [...] prevista en el art. 9 del decreto 731/89 no es objeto del Concurso. ENTel entregará esas acciones en usufructo a un fondo especial a constituir por este personal. Las acciones pasarán a ser propiedad del personal cuando sean abonadas en su totalidad [...] A efecto de la participación accionaria del personal se aplicará lo establecido en el Capítulo III de la ley n° 23.696 en lo referido específicamente a la compra y tenencia de acciones por el PPP..." (v. ítems 14.2 a 14.5 del pliego citado).

Aprobados los contratos de transferencia de acciones a las licenciatarias (dec. 2332/90, B.O. del 29/01/91), fue dictado el decreto 2423/91 (B.O. del 19/11/91), por el que se determinó la implementación del Programa de Propiedad Participada para los empleados -ya en ese entonces- de Telecom Argentina y de Telefónica de Argentina que reúnan los requisitos del artículo 22 de la ley 23.696. Ello fue así, sin perjuicio de aclarar, redefinir y derogar algunas de las normas estipuladas en los capítulos VII y XIV del pliego licitatorio (v. arts. 3 a 5 y 7).

Por último, el artículo 1° del decreto 395/92, tanto en su redacción original como en el texto del decreto 1834/93, incluyó entre los sujetos legitimados por el artículo 22 de la ley 23.696 para adquirir las acciones asignadas a los PPP, a los empleados de la ex ENTEL, al momento de la firma del contrato de transferencia, que pasaron a desempeñarse en las licenciatarias, en la sociedad prestadora de servicio internacional y en la sociedad de servicios en competencia (lo subrayado no obra en los originales).

También incluyó entre los legitimados, a los dependientes de la Compañía Argentina de Telefónica, en las condiciones indicadas en el precepto, y a los empleados de la Dirección de Obra Social de la ex ENTel al momento de la rúbrica de los contratos de transferencia respectivos (en el último supuesto, el decreto 1834/93 suprimió la exigencia:

"y que actualmente en ella se desempeñen"; B.O. correspondientes al 10/03/92 y 07/09/93, respectivamente).

En lo que atañe específicamente a la Dirección de Observaciones Judiciales de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, en liquidación, se dispuso que a partir del 29/09/92 pase a depender funcionalmente de la Secretaría de Inteligencia del Estado, sin perjuicio de establecer un cronograma a los efectos de verificar el traspaso ulterior de los medios materiales y del personal correspondiente (cfse. arts. 1° a 3°, decreto 1801/92, B.O. del 06/10/92).

Vale reiterar que el actor, basado en el artículo 22 de la ley 23.696, esgrimió que le asiste derecho a las acciones y dividendos del PPP -o a la reparación sustitutiva- en su calidad de ex operario de ENTEL al tiempo de la privatización del servicio de telefonía, el 08/11/90.

También afirmó que la preceptiva reglamentaria es inválida por introducir la exigencia de que dichos trabajadores pasen a desempeñarse en una de las adjudicatarias; arts. 14 bis, 16, 17, 28 y 86, incs. 1 y 2, C.N. (cfse. fs. 5/20, 51/53, 55, 250/251, 277/280 y 300/314).

- V -

Ante todo, considero que el recurso extraordinario es formalmente admisible pues, por su intermedio, se ha puesto en tela de juicio la validez e inteligencia de normas de carácter federal y la resolución de la Cámara ha sido contraria al derecho que el recurrente funda en esas normas.

Sentado ello, incumbe referir que esta Procuración General tuvo ocasión de dictaminar una causa análoga a la examinada en autos S.C. F. 1286, L. XLII; "Flores, Raúl c/ Sindicato de Accionistas Clase 'C' de Telecom Argentina S.A.", el 28 de agosto de

2008, cuyos términos cabe tener presente, en lo pertinente, y que fue fallada por V.E., por remisión al artículo 280 del Código adjetivo, el 22 de diciembre de 2008.

Con cita de Fallos: 324:3876 y 331:1815, se recordó en ese dictamen que la ley 23.696 tuvo un tenor eminentemente programático y confirió un conjunto de facultades discrecionales al Poder Ejecutivo para resolver, frente a cada hipótesis de privatización, la modalidad más adecuada para llevar adelante el proceso e implementar o no un programa de propiedad participada (PPP), resultando, en su caso, exigible el dictado de disposiciones complementarias.

También se recordó que de las normas reseñadas -decs. 731/89, 59/90, 60/90 y 62/90- se deriva que, en ocasión de efectuarse el llamado a concurso para la privatización del servicio de telefonía, la preceptiva en la materia exteriorizaba el ejercicio positivo por parte del Poder Ejecutivo de la opción legal de implementar un programa a fin de que los trabajadores que fueran transferidos a las sociedades licenciatarias pudiesen adquirir parte del capital social.

Es decir que, a diferencia de antecedentes como el de Fallos: 324:3876, el Poder Ejecutivo seleccionó razonablemente aquí como sujetos adquirentes de las acciones al personal del ente a privatizar (ENTEL) que hubiera pasado a desempeñarse en las firmas adjudicatarias (Telecom, Telefónica, Telintar, etc.), como consecuencia de la privatización segmentada llevada a cabo (v. doctr. S.C. F. 1549, L. XL; "Flores, Ramón y otros c/ Agua y Energía Eléctrica y/o PEN y otro", dictamen del 22 de mayo de 2007; S.C. G. 607, L. XLIII; "Gallinger, José y otros c/ Estado Nacional", fallo del 28 de abril de 2009; S.C. A 689, L. XLV; "Alvaro, Humberto y otros c/ Edesur S.A. y otros", dictamen del 18 de agosto de 2010; etc.).

En ese marco, entiendo que las disposiciones reseñadas, en este particular, se ajustan a lo previsto por la ley 23.696 y su reglamentación, pues contemplan la inclusión de los empleados en relación de dependencia del ente a privatizar y son reflejo del ejercicio

de las facultades que se le acordaron en la materia al Ejecutivo en punto a la factibilidad y conveniencia de la instauración de un PPP, compatible con la naturaleza de la privatización encarada (arts. 11, 15, 16 y 17, ley 23.696). Dichas prerrogativas debían hacerse cargo en el caso del traspaso al sector privado del servicio de telecomunicaciones organizado en diferentes unidades de negocio (doctr. S.C. F. 1549, L. XL, ya citado; en especial, ítems VI y VII del dictamen; etc.).

En tales condiciones, no habiendo sido transferido el actor a ninguna de las sociedades adjudicatarias, sino a la entonces Secretaría de Inteligencia del Estado, S.I.D.E., corresponde confirmar el pronunciamiento llegado en crisis a la instancia federal.

- VI -

Por lo expresado, considero que corresponde declarar admisible el recurso y confirmar la sentencia.

Buenos Aires, 15 de marzo de 2013.

M. ALEJANDRA CORDONE ROSELLO
Procuradora Fiscal ante la
Corte Suprema de la Nación
SUBROGANTE

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación