

Voces: PRIVATIZACIONES - PROGRAMA DE PROPIEDAD PARTICIPADA - INDEMNIZACIÓN - COMPRAVENTA DE ACCIONES SOCIETARIAS - PÉRDIDA DE LA CHANCE

Partes: Simesen Enrique del Valle c/ YPF S.A. y otro | proceso de conocimiento

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal

Sala/Juzgado: III

Fecha: 16-jun-2005

Cita: MJ-JU-M-5433-AR | MJJ5433

Producto: MJ,SOC

Sumario: Consultar en la Sección Jurisprudencia Agrupada nuestra recopilación sobre Daños y Perjuicios derivados del Programa de Propiedad Participada .

1.-Corresponde reconocer el derecho del actor sobre las acciones Clase C de la demandada, conforme el Programa de Propiedad Participada, destinadas al personal del ente a privatizar y en consecuencia condenar a la demandada al pago de una suma de dinero que lo indemnice por el daño que le produjo no haber podido participar en dicho Programa.

2.-No puede pretender el actor que no se le descuente precio alguno del valor de venta de las acciones, porque la metodología seguida para establecer la suma que cobró cada trabajador que adhirió al programa fue la de restar al valor de venta de la acción el valor que el trabajador debía pagar.

3.-Pretender que el reclamante no deba pagar suma alguna por las acciones y que cobre el valor de mercado de ellas, no es justo porque el programa de propiedad participada no establecía que a los trabajadores se les debiera donar una parte del capital accionario sino que los legitimaba para comprarlo mediante el pago de una suma de dinero.

4.-El demandante no puede pretender que la indemnización se fije de acuerdo al precio actual del valor de las acciones que cotizan en bolsa porque no son éstas las acciones que él podía adquirir y como las que formaban parte de las del Programa de Propiedad Participada ya no existen, para establecer la indemnización sólo se puede tener en cuenta el precio al que salieron a la venta al momento en que el programa finalizó como así también la oportunidad en que los trabajadores que revestían esa calidad pudieron venderlas.

5.-La indemnización que se le condena a pagar al demandado busca reparar el daño que sufre por una pérdida de chance, cual era la de ingresar a un programa de propiedad participada de

la empresa a privatizar.

6.- La pérdida del trabajador de obtener una ganancia por las acciones clase C, se establece restando del precio en que fueron vendidas las acciones, el precio en que pudieron ser compradas. La diferencia constituye el beneficio del cual ha sido privado el accionante. Por ello ésta chance no puede ser equiparada al precio de venta que las acciones tienen en la actualidad ya que el actor nunca tuvo derecho a ella y mucho menos en forma gratuita.

En Buenos Aires, a los días del mes de junio del año dos mil cinco, hallándose reunidos en acuerdo los Señores Vocales de la Sala III de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, a fin de pronunciarse en los autos "SIMESSEN ENRIQUE DEL VALLE c/ YPF SA Y OTRO s/ proceso de conocimiento", y de acuerdo al orden de sorteo la Dra. Medina dijo:

1. El actor, Enrique del Valle Simesen dependiente de Yacimientos Petrolíferos Fiscales desde el 27.08. 1957 hasta el 16.10.1991, promovió formal demanda contra el Estado Nacional - Ministerio de Economía y Obras Públicas-, a fin de que se le reconozca su derecho sobre las acciones Clase C, conforme el Programa de Propiedad Participada, destinadas al personal del ente a privatizar y se condene al pago de una suma de dinero que lo indemnice por el daño que le produjo no haber podido participar en dicho Programa. A fs. 284/ 288 corre agregada la sentencia que hizo lugar a la demanda condenando al Estado Nacional a pagar al actor la suma de \$ 10.311,50 con más intereses.

La sentencia fue apelada por el demandante a fs. 294, siendo concedido el recurso a fs. 295. Los agravios se encuentran agregados a fs. 313/317, los que no merecieron réplicas de su contraria. Median asimismo recursos por honorarios, los que serán tratados conjuntamente por esta Sala al finalizar el presente Acuerdo.

Las quejas del actor pueden resumirse de la siguiente manera: se agravia fundamentalmente porque considera exiguo el monto condenado a pagar en concepto de indemnización, entiende que para fijar el capital a pagar el a quo debió tener en cuenta el valor real de las acciones en el mercado de valores al momento de la liquidación de cierre. Además considera erróneo que a su parte se le descontara el precio de las acciones que no le fueron ni serán adjudicadas. Finalmente sostiene que a la indemnización resultante deberá aplicarse un interés moratorio del 12 % anual desde el momento de interposición de la demanda hasta el pago.

Esta causa plantea cuestiones sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas por esta Sala, en la CAUSA N° 5549 "VEGA, Alberto y Otros c/ YPF S.A. y otros s/ proceso de conocimiento", CAUSA N° 9.046/2000 "Paz Benjamín c/ Estado Nacional Ministerio de Economía s/ proceso de conocimiento" a cuyos términos y fundamentos me remito por brevedad.

2. El programa de propiedad participada, que fue creado por las leyes de reforma del estado daban derecho a los trabajadores de la empresa a privatizar a adquirir el 10% del total de las acciones.

Este programa, fue pensado para posibilitar el acceso de los trabajadores a la propiedad parcial de su fuente de trabajo, a través de mecanismos normales de la legislación societaria;

no es una cooperativa, ni cogestión, ni participación en las ganancias; sino un método específicamente diseñado para organizar colectivamente el acceso de los trabajadores a la participación individual en la propiedad normal de una sociedad (DROMI, Roberto "Reforma del Estado" Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As. 1997, p.119).

La adquisición de acciones era un acto voluntario y oneroso, ello implica que el trabajador debía manifestar su voluntad de adherir al programa y pagar un precio por los títulos que adquiriría.

Largas demoras se produjeron en proceso de PPP de YPF, que desnaturalizó el fin que tenía el PPP, así el sistema pensado para introducir a los trabajadores en la propiedad de la empresa se redujo al cobro de una suma de dinero por la venta de las acciones que les estaba destinada.

El PPP finalizó con el dictado del decreto 628/97 se autoriza la cancelación de deuda (de accionistas con Estado Nacional) y la venta de acciones Clase C, por cuenta y orden de los empleados (accionistas del Programa). Al desprenderse de las acciones, fueron convertidas simultáneamente en acciones Clase D y se pudieron vender 33.794.525 acciones. Actuaron agentes mandatarios de los accionistas (Comafi Bursátil S.A. y Salomón Brothers) que colocaron acciones en la Bolsa de Nueva York el día 16.7.97 a u\$s 29.25 cada acción. Cada "vendedor" trabajador recibió \$ 29.25 por acción, y del monto resultante se le descontó lo que cada uno debía por la compra original al Estado Nacional.

Finalmente, el Estado Nacional en el año 1997 permitió que los empleados de YPF que trabajaran en relación de dependencia en 1993 adquirieran las acciones clase C y pagaran el precio con una parte del valor de su venta, recibiendo \$ 10 por cada acción.

El Sr. Enrique del Valle Simesen, no participó de esta distribución accionaria porque había egresado de la empresa en el año 1991, por tal motivo demandó al Estado Nacional.

Se encuentra fuera de controversia que el actor tenía derecho a participar en el programa de propiedad participada establecido por la ley de reforma del estado 23.696. Este derecho fue aceptado por el juez a quo por las consideraciones expuestas en los fallos de la CSJN "Antonucci Roberto c/ YPF S.A." del 20.11.2001 y "Gerry Roberto Ernesto y otro c/ YPF S.A." del 26.08.2003, en tanto al accionante se le había privado del mismo, se condenó al Estado a pagar una indemnización.

Para establecer el capital de condena, el magistrado buscó precisar cuantas acciones le deberían haber pertenecido a Enrique del Valle Simesen, tuvo en cuenta el informe pericial contable presentado a fs. 199/206 por el contador Alfredo Mario Bruno, allí explica que ".el coeficiente de participación de cada adherente surge de dividir su PEAD por la sumatoria del PEAD de todos los adherentes al programa. Así la cantidad de acciones que le corresponden a cada adherente al 1° de enero de 1991, resulta de multiplicar el coeficiente de participación por el total de acciones que se distribuyen, llegando de ese modo al guarismo expuesto a fs. 206 (1006 acciones).".

Por otro lado, coincidiendo con las conclusiones brindadas por el perito a fs. 205 vta./206, estableció que el precio que se debía reconocer a cada trabajador excluido por acción ascendía a \$ 10,25 lo que multiplicado por la cantidad de acciones determinadas por el experto contable arrojaba la cantidad de \$ 10.311,50; monto por el cual fue admitida la pretensión

3. El actor se queja del monto indemnizatorio porque considera: que su parte no debía pagar precio alguno por acciones que no recibió y entiende que la indemnización debe tener en cuenta el precio que en la actualidad tienen las acciones.

Ninguna de las dos quejas resultan admisibles a mi juicio:

Exceden ampliamente el reclamo realizado en la demanda donde el actor reclamó "atento a la venta producida de las mismas en Julio de 1997, se condene al pago en efectivo del valor de la cuota parte de las acciones que por derecho hubieran pertenecido a la actora, conforme el criterio seguido respecto del personal en actividad para la época de dicha venta" (conf. fs. 8 del escrito de demanda).

Si la pretensión era cobrar de acuerdo a las pautas establecidas para pagar a quienes vendieron las acciones en Julio de 1997, no puede pretender el actor que no se le descuente precio alguno del valor de venta de las acciones, porque la metodología seguida para establecer la suma que cobró a cada trabajador que adhirió al programa fue la de restar al valor de venta de la acción el valor que el trabajador debía pagar. Es decir en los agravios el apelante introduce una cuestión distinta a la que planteo en la demanda, lo que conlleva sin mas a su rechazo por aplicación de lo dispuesto en el art 277 del C.P.C.C.N. .

No obstante lo cual a los fines de precisar la forma de la realización de la pericia y para aclarar el por qué del rechazo del segundo agravio me expediré, por qué se debe restar una suma de dinero sobre el precio en que fueron vendidas las acciones y sobre el momento a considerar su valor.

Pretender que el reclamante no deba pagar suma alguna por las acciones y que cobre el valor de mercado de ellas, no es justo porque el programa de propiedad participada no establecía que a los trabajadores se les debiera donar una parte del capital accionario sino que los legitimaba para comprarlo mediante el pago de una suma de dinero. La totalidad de la doctrina nacional que se ha ocupado del tema considera que las acciones no eran gratuitas, ni eran una indemnización que se debía pagar al trabajador. En este sentido se expide entre otros Guastavino quien dice que el ingreso a los PPP por los trabajadores, no es el resultado de una distribución gratuita de bienes estatales, ni el producto de una donación, ni constituye una indemnización sino que por el contrario es siempre originado en un acto oneroso, que requiere un pago previo de un precio (GUASTAVINO, Elías "La propiedad participada y sus fideicomisos" Ed. La Roca. 1994, p 96).

Habiéndose privado al ex trabajador del derecho de integrar el programa, se debe condenar al pago de la ganancia que éste hubiera obtenido si hubiera podido participar, esta ganancia se establece restando el valor que Simesen debió haber pagado a la suma de dinero que las acciones en su momento se vendieron.

Gráficamente, se apunta que "indemnización quiere decir: poner a uno en tanto sea posible en la misma situación patrimonial en que se encontraría, si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización". (Enneccerus-Lehamann, "Derecho de obligaciones", 2ª ed. traducida al español, de la 35ª ed. alemana, por Pérez González y Alguer, t. II, vol. 1, p. 62, núm.10, II).

De hacerse lugar al razonamiento del requirente de que se le entregue el valor real de las

acciones el monto de condena colocaría al actor en una situación mejor que la que tenía de haber participado en el programa, porque él nunca tuvo derecho a que se le entregaran gratuitamente acciones, sino a comprarlas, frustrada esa expectativa la indemnización reparatoria no puede colocarlo en mejor lugar que el que hubiera tenido de haber ingresado al sistema de Propiedad Participada.

El daño cierto que sufrió el ex trabajador de YPF está dado por la privación de su derecho a adquirir acciones clase C, inexistentes en la actualidad, ya que las acciones de YPF fueron transformadas en clase D para poder venderse. Lo antedicho implica que el demandante no puede pretender que la indemnización se fije de acuerdo al precio actual del valor de las acciones que cotizan en bolsa porque no son éstas las acciones que él podía adquirir y como las que formaban parte de las PPP ya no existen, para establecer la indemnización sólo se puede tener en cuenta el precio al que salieron a la venta en julio del año 1997, momento en que el programa finalizó como así también oportunidad en que los trabajadores que revestían esa calidad en 1993 pudieron venderlas.

Sería arbitrario que la condena se estableciera teniendo en cuenta el precio de otras acciones a las que insistió el ex trabajador no tenía derecho adquirir.

El error del apelante consiste en no advertir que la indemnización que se le condena a pagar busca reparar el daño que sufre por una pérdida de "chance", cual era la de ingresar a un programa de propiedad participada de la empresa a privatizar.

En este sentido, existe pérdida de chance cuando se frustra la oportunidad de obtener un beneficio, o de evitar un menoscabo de índole patrimonial o espiritual. No resultando frustrado beneficio esperado, sino la mera posibilidad de lograr lo que razonablemente hubiese tenido el damnificado de no mediar el ilícito (PIZARRO, Daniel - VALLESPINOS, Carlos "Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones" T 2 ed. Hammurabi, p 650).

A fin de determinar el monto que se debe reparar por la pérdida de chance entiendo que "la dificultad proviene en este caso de que es preciso indagar el valor de dicha oportunidad, lo que naturalmente presenta serios inconvenientes" (Peirano Facio, "Responsabilidad extracontractual", p. 364, núm. 204).

La circunstancia de que el daño produzca la pérdida de una oportunidad o "chance" determina que, en definitiva, el resarcimiento se acuerde a quien ha sido frustrado en la lesión a un mero interés de hecho, y no a quien goza de una situación jurídica ya constituida. En efecto, y tal como lo mencionara precedentemente, el actor no había ingresado en el programa de Propiedad Participada de YPF sino que tenía la expectativa de un derecho en formación. Ahora bien, sólo esta expectativa puede ser calificada de jurídica, aunque revele un interés de hecho, porque recae en definitiva sobre un derecho en formación o *in fieri* (Mayo, Jorge A. "La pérdida de la "chance" como daño resarcible" LA LEY 1989-B, 102 , quien a su vez remite a Guastavino, "Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil", en Jus, núm. 22, ps. 49/50).

Remitiéndome a lo expresado en otras oportunidades la pérdida del trabajador de obtener una ganancia por las acciones clase C, se establece restando del precio en que fueron vendidas las acciones, el precio que en que pudieron ser compradas. La diferencia constituye el beneficio del cual ha sido privado el accionante. Es por ello que esta "chance" no pueda ser equiparada al precio de venta que las acciones tienen en la actualidad, ya que el señor Enrique

del Valle Simesen nunca tuvo derecho a ellas y mucho menos en forma gratuita, motivo por lo cual entiendo que los agravios del actor deben ser totalmente desestimados.

4.No obstante la impugnación a la pericia contable realizada por la actora a fs. 209, el cálculo de la cantidad de acciones que le correspondían a Enrique del Valle Simesen debió ser hecho teniendo en cuenta el universo de personas que trabajaban en YPF al 1.1.1991 y no los que lo hacían al año 1993. Por las siguientes consideraciones:

a. Si se fija el PEAD sobre la base de los trabajadores que existían en el año 1993, que fueron los que tuvieron derecho a optar - lógicamente aumenta el número de acciones porque los empleados eran menos en 1993 (9542) que en 1991 (36.935). Estimo que este cálculo no prueba el daño efectivo, porque la chance era adquirir acciones en el año 1991, con la cantidad de trabajadores que existían a esa fecha.

b. Es cierto que quizá muchos de los 36.935 empleados de YPF al 01-01-91 no optaran por la compra de las acciones lo cual jurídicamente acrecentaba las posibilidades de quienes efectivamente querían comprar, pero esto entra en el terreno de la hipótesis y el daño que debe ser indemnizado es el daño cierto entendiendo por tal al no eventual o meramente hipotético (artículo 519 del Código Civil) .

c. Entiendo que la indemnización debida al actor está dada por el daño real que él sufrió. Por lo tanto se debe condenar a reparar el menoscabo existente y no el meramente conjetural o hipotético. En este orden de ideas sólo puedo tener por cierto, la chance que el actor perdió teniendo en cuenta la cantidad de empleados que existían en el año 1991.

Es cierto que no se puede calcular el PEAD correspondiente al año 1991 porque YPF carece de datos para hacerlo.En consecuencia el pead total - que es la sumatoria de los pead personales - debe calcularse hipotéticamente, se trata de una asimilación no de un cálculo exacto, que es imposible en este expediente, pues la realidad es que los actores no estuvieron en actividad en ese tiempo y por tanto, no formaron parte del número de adherentes.

Este cálculo es el que realizó el perito de autos al contestar los puntos de pericia de la demandada y que por estar reservado al ámbito jurisdiccional - por su vinculación con el tema sometido a su conocimiento, la misión del perito consiste en ilustrar sobre los hechos de la causa de acuerdo a las reglas de su profesión a fin de que el juez resuelva la controversia calificándolos jurídicamente. Es por ello, el perito debe ser creído acerca de las verificaciones que dice haber practicado, en tanto no demuestre lo contrario (conf. Sala II, causa n° 3659 del 6.6.75; 1295 del 7.7.98; Sala I, causa 4000 del 24.3.77 y otras).

Pongo de relieve, a los restantes miembros del tribunal que aunque la pericia fue practicada en el año 2002, las pautas para su realización coinciden con las dadas por la 25.471 y por el decreto 1077/2003.

5. Finalmente, en relación a la tasa de interés aplicable, resulta oportuno recordar que "los intereses moratorios son los que se pagan en concepto del perjuicio sufrido por el acreedor por el retardo incurrido por el deudor en el cumplimiento de sus obligaciones" (conf. Highton Elena, "Intereses: Clases y punto de partida", Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2001-2, pág. 104). En este sentido, resalto que del escrito de expresión de agravios no surge claramente los elementos que permitan inferir cuales fueron las razones que indujeron al actor a reclamar una tasa del 12 % anual desde la interposición de la demanda.En cuanto a la

aplicación de una tasa del 12% anual, no encuentro motivos suficientes para apartarme del criterio adoptado por el señor Juez de la anterior instancia, ya que las leyes 23.982 y 25.344 como así también sus decretos reglamentarios, se tratan de normas de orden público cuyo caso que nos ocupa no encuadra dentro de un supuesto de excepción a las referidas disposiciones.

Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo la confirmación de la sentencia recurrida en cuanto ha sido materia de agravios y se condene al Estado Nacional a pagar a Enrique del Valle Simesen la cantidad de \$ 10.311,50. Los intereses serán devengables a la tasa que corresponda según el régimen de consolidación aplicable, computándose la mora al día siguiente a la notificación de la demanda conforme lo estableciera el a-quo en su sentencia de fs. 284/288, las costas de Alzada se imponen a la actora vencida (artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial) .

El doctor Antelo dijo:

Adhiero a los considerando 1 -párrafos primer a tercero-, 3, 4 y 5 del voto precedente y a la solución contenida en él respecto de los agravios planteados por el actor. Creo necesario aclarar, tal como lo hice en otros expedientes análogos, que el Estado Nacional no apeló el fallo condenatorio (fs. 301/301 vta.), lo que circunscribe la jurisdicción de la Cámara al estudio de los planteos de la actora que son suficientemente tratados por mi apreciada colega preopinante. Ello impide que se revise lo atinente a la responsabilidad del Estado nacional en los términos que he propiciado en otros juicios, tema éste que ha suscitado criterios dispares en el seno de esta Sala (v.gr. causa 5549, fallada el 7-12-04, voto del suscripto y del doctor Ricardo Gustavo Recondo).

En consecuencia, también voto por la confirmación de la sentencia de fs. 284/288 vta., con costas de recurso a la actora vencida (art.68, primera parte, del Código Procesal).

El doctor Recondo adhiere al voto del doctor Antelo.

Con lo que terminó el acto firmando los Señores Vocales por ante mí que doy fe. Fdo.: Graciela Medina - Guillermo Alberto Antelo - Ricardo Gustavo Recondo. Es copia fiel del original que obra en el T° 4, Registro N° del Libro de Acuerdos de la Sala III de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Buenos Aires, de junio de 2005.

Y VISTO: Lo deliberado y las conclusiones a las que se arriba en el Acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: confirmar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravio. Las costas de Alzada se imponen a la actora vencida (art. 68 del Código Procesal).

Teniendo en cuenta el monto por el cual prosperó la demanda, la cantidad e importancia de los trabajos realizados y las etapas cumplidas, confírmase los emolumentos de los doctores Juan Carlo Etcheverry, Ricardo A. Ducros, Fernando José García y Felicitas María de Achaval (arts. 6, 7, 9, 10, 19, 37 y 38 de la ley 21.839 , modificada por la 24.432).

En atención al carácter de las cuestiones sobre las que debieron expedirse el perito contador designado Alfredo Mario Bruno, así como la entidad de su respectivo dictamen, se confirma su retribución (art. 3° del decreto-ley 16.638/57).

Por las tareas desarrolladas en Alzada, así como también el resultado del recurso y el monto controvertido, establécese los emolumentos correspondientes al doctor Juan Carlos Etcheverry en la cantidad de pesos TRESCIENTOS (\$ 300)(art. 14 del Arancel).

Se deja constancia que los honorarios regulados se calcularon sobre la base del capital de condena, y por ende, se deberán incrementar en la misma medida en que se acreciente el monto de la condena, en virtud de los intereses devengados en favor del actor (conf. CCNFed., en pleno, causa 21.961/96 "La Territorial de Seguros S.A. c/ Staf" s/ incidente" del 11-9-97).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.