

Buenos Aires, 12 de agosto de 2008

Vistos los autos: "Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad s/ part. accionariado obrero".

Considerando:

I. La litis.

1°) Que los actores promovieron demanda contra Telefónica de Argentina S.A. y contra el Estado Nacional con el objeto de obtener "la reparación de los daños y perjuicios derivados de la omisión en que incurrió..." dicha empresa (su empleadora y licenciataria del servicio nacional de telecomunicaciones después de la privatización de ENTEL) al no emitir los bonos de participación en las ganancias previstos en el art. 29 de la ley 23.696, a partir del 8 de noviembre de 1990 y por cada ejercicio financiero (fs. 12). Como fundamento de su pretensión sostuvieron, en lo esencial, que el decreto 395/92 es inconstitucional en la medida en que dispensa a la mencionada compañía de la obligación legal de emitir los títulos.

2°) Que la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo confirmó la sentencia dictada en primera instancia que había dispuesto el rechazo de la pretensión. Para decidir de ese modo los jueces intervinientes tuvieron en cuenta, en síntesis, que el decreto censurado no había extralimitado la disposición legal que debía reglamentar, sin perjuicio de la crítica que su contenido podía suscitar.

3°) Que, contra tal pronunciamiento, por considerar afectados sus derechos constitucionales, los actores interpusieron el recurso extraordinario de fs. 330/337 que ha sido correctamente concedido (fs. 355) toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de normas de carácter federal, como lo son las que integran el régimen de privatización de

empresas públicas, así como la validez constitucional de una de ellas, el art. 4° del decreto 395/92 (art. 14 de la ley 48).

4°) Que es pertinente señalar que, con arreglo a lo establecido en la acordada 30/2007, el Tribunal llamó a audiencia pública de carácter informativo en la presente causa, la que tuvo lugar el 7 de mayo del corriente año y en la cual las representaciones letradas de cada una de las partes han sido interrogadas sobre diversos aspectos de la controversia, conforme da cuenta el acta y el instrumento incorporados al expediente (fs. 429/445).

II. El punto constitucional debatido.

5°) Que conviene precisar que el eje sobre el cual gira la discusión planteada en autos consiste en determinar la existencia o no de adecuación al texto constitucional del art. 4° del decreto 395/92 en cuanto dispone que las empresas licenciatarias del servicio nacional de telecomunicaciones "*no están obligadas a emitir bonos de participación en las ganancias para el personal*".

Para alcanzar tal objetivo, es primordial tener presente que, según lo ha sostenido invariablemente en sus pronunciamientos, esta Corte en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales no se encuentra limitada por las posiciones del tribunal apelado ni por los argumentos de las partes sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue (Fallos: 326:2880; 328:2694; 329:2876 y 3666, entre muchos).

III. Marco constitucional.

6°) Que es menester destacar que la "participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y

colaboración en la dirección" integra el plexo de derechos y garantías que, de conformidad con la manda establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, las leyes deben asegurar al trabajador a fin de conferir protección al trabajo en todas sus formas.

Ese derecho fue incorporado a la Carta Constitucional en ocasión de la reforma de 1957 que, mediante el citado art. 14 bis, consagró una serie de derechos de carácter laboral y social que habían adquirido reconocimiento universal durante la primera mitad del siglo XX en virtud de su inclusión en las cartas constitucionales de diversos estados. Tal fue el caso de la Constitución de México de 1917, bajo cuya influencia fueron dictadas posteriormente la de Weimar en 1919 y la Española en 1931. Se inscribieron en idéntica línea, tras la segunda guerra mundial, la Constitución de Italia de 1947 y la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949. En el caso de Francia, la Constitución de la Cuarta República de 1946 introdujo en su preámbulo los derechos del trabajador los cuales, al dictarse la Constitución de la Quinta República en 1958, fueron elevados al rango de principios fundamentales (art. 34).

Es preciso destacar, también, que en el proceso de reconocimiento universal de los derechos de los trabajadores tuvo especial gravitación la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919, acontecimiento que marcó el nacimiento del derecho internacional del trabajo. Respecto de la actuación específica de esta Organización y en lo que al caso concierne, el derecho a la participación en las utilidades o en las ganancias de las empresas puede verse como un modo de materialización, con aristas definidas, de uno de los objetivos del programa cuya promoción, a nivel universal, asumió expresamente en 1944, mediante la Declaración de Fila-

delfia, orientado a que los estados adoptasen "en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso..." (confr. Declaración de la Conferencia General de la O.I.T., 26° Reunión, Filadelfia, 10 de mayo de 1944, punto III, ap. d).

7°) Que no está demás recordar que, en lo que atañe a nuestro país, la tendencia a dar una ubicación preferente dentro del ordenamiento jurídico interno a los derechos laborales y sociales postulados a nivel universal se hizo patente en el curso de las deliberaciones que precedieron a la reforma constitucional de 1949. Cabe destacar que, en ese entorno, frente a la postura sostenida por el Convencional Sobral, para quien los derechos fundamentales del trabajador no debían figurar en el texto constitucional sino en el código del trabajo, el Convencional de Virgilio defendió la tesis contraria, que finalmente prevaleció, esto es la expresa consagración en la Constitución "...porque así se asegura en el estatuto fundamental un derecho que no podrá ser alterado en el futuro y a cuyas prescripciones tendrá que ajustarse el código que se dicte como consecuencia de ese mandato imperativo e inalienable de la nueva Constitución. De otra manera, en el Código del Trabajo que pudiera estructurarse por el Honorable Congreso no sabemos en qué forma y hasta qué punto serían contemplados los auténticos derechos del trabajador" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1949, pág. 387).

8°) Que, como se adelantó, la concreta incorporación del beneficio de participación en las ganancias de las empresas —reconocido entre otras en las antes citadas Constituciones de México de 1917, art. 123, y de España de 1931, art. 46— al elenco de derechos constitucionales de los traba-

jadores tuvo lugar mediante la reforma de 1957. Del debate que la precedió se desprende que ciertos convencionales pretendían sujetar la efectividad de la cláusula al dictado de la ley reglamentaria. Ese fue el caso del Convencional Otero Monsecur quien propuso que la cláusula se limitase a reconocer "*participación en las ganancias de la empresa, fijando la ley las condiciones para hacerla efectiva*". Otras intervenciones, como la del convencional Gómez, apuntaron a que esta cláusula no fuese solamente una mera expresión programática: "*si se ha de dar participación en las ganancias a los obreros de las empresas —sostuvo— es absolutamente indispensable darles los medios fehacientes que no les dejen lugar a la menor duda de que realmente han de participar en las ganancias efectivas y reales de dicha empresa*". A modo de síntesis, el Constituyente Pastor aclaró que "*hay coincidencia general sobre dos puntos fundamentales: 1° sobre la necesidad de reconocer a los obreros la participación en las ganancias de la empresa; 2° necesidad de posibilitar el control sobre esas ganancias, para que no sean burlados en los beneficios que esta cláusula les reconoce (...). De manera que mi proposición es la más sencilla que pueda hacerse para conjugar los dos extremos: participación y control en las ganancias de las empresas, trasladando la solución del problema del ámbito constitucional al ámbito legislativo*" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1957, pág. 1446).

9°) Que es necesario reconocer que, aun después de medio siglo de vigencia de la cláusula general comentada, como aconteció en el seno de la Convención Constituyente que le dio origen, en el ámbito de la ciencia constitucional se siguen sosteniendo variadas y muy fundadas opiniones acerca de su carácter operativo o programático. Mas tal diversidad de

pareceres no empece a que resulte incuestionable que, por medio del art. 29 de la ley 23.696, el legislador ha contemplado la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas en términos que no se limitan a un enunciado de valores neutros para una materia determinada, sino que expresan una definición lo suficientemente precisa como para posibilitar su aplicación inmediata dando lugar al nacimiento de derechos subjetivos. En efecto, como se examinará más adelante, la referida norma legal estableció expresamente dicha participación de raigambre constitucional en el terreno de las empresas creadas como consecuencia del proceso de privatización llevado a cabo en la última década del pasado siglo en aquellos supuestos en que se decidió implementar programas de propiedad participada.

10) Que en atención a que el derecho que se encuentra en juego reconoce su fuente primaria en la ya mencionada cláusula contenida en art. 14 bis de la Constitución Nacional, conviene precisar cuáles han de ser las reglas que presidan la delicada misión de fijar sus alcances y, en consecuencia, determinar la validez de los preceptos de rango inferior que la reglamentan. A tal fin, cabe recordar que en el precedente Berçaitz, Miguel Ángel, pronunciamiento del 13 de septiembre de 1974 (Fallos: 289:430) el Tribunal enfatizó que "el principio fundamental de la hermenéutica jurídica en los Estados que, como el nuestro, adoptan una 'Constitución rígida', consiste en interpretar las leyes conforme al fin que esa 'superley' se propone promover; y este fin, establecido en el documento de la constitución formal por una generación del pasado, 'como derecho recibe su fuerza y efecto de la presente generación, por lo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones del presente y con la mira puesta en los problemas del presente' (Edward S. Corvin, *The Constitution and what it*

means today —Atheneum—, New York, 1963, pág. 2). Y como esta Corte lo ha declarado 'el objetivo preeminente' de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el 'bienestar general' (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización". En función de ello, el análisis del plexo normativo aplicable al caso no puede prescindir de la orientación que marca la máxima *in dubio pro iustitia socialis* dado su carácter de principio inspirador y, por ende, guía de hermenéutica segura de cualquier normativa vinculada con los derechos y garantías laborales y sociales establecidos constitucionalmente.

Por otra parte, la tarea del intérprete jurídico ha de tener en cuenta que, como lo ha puesto de relieve el Tribunal en el precedente V.967.XXXVIII. "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido", sentencia del 14 de septiembre de 2004 (Fallos: 327:3677) así como en otros posteriores en los que se debatió sobre la extensión de diversas garantías constitucionales de carácter laboral, es innegable que el referido art. 14 bis coloca al trabajador en una posición de sujeto de preferente atención constitucional. Mas no es esa la única previsión que determina tan singular tutela puesto que al mismo fin concurren una serie de instrumentos integrantes del derecho internacional de los Derechos Humanos que cuentan con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), entre los que tienen especial relevancia la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

IV. El régimen legal de las privatizaciones.

11) Que, para una mejor comprensión del contexto en que fue dictada la ley 23.696, resulta útil reiterar lo señalado por el Tribunal en el precedente D.452.XXIV. "Di Tullio Nilda" en autos: "González, Carlos Sergio y otros c/ E.N.Tel s/ cobro de australes - expte. 29.542 s/ incidente de ejecución de sentencia" del 17 de diciembre de 1996 registrado en Fallos: 319:3071. En esa oportunidad se subrayó que la ley 23.696 declaró en estado de emergencia a la prestación de los servicios públicos, a la ejecución de los contratos a cargo del sector público, a la situación económico financiera de la administración pública centralizada y descentralizada, a las entidades autárquicas, a las empresas del Estado, y a otros entes en los que aquél tuviese participación (confr. art. 1°). El legislador concibió como remedio para superar tal emergencia —además de otros mecanismos— la privatización de ciertas empresas que hasta entonces pertenecían en forma total o parcial al Estado Nacional (art. 8°) entre las que incluyó a E.N.Tel (anexo I de la ley citada).

En cuanto se vincula con el debate de autos, el art. 21 de la norma examinada, integrante del capítulo III, establece que "el capital accionario de las empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas declaradas 'sujeta a privatización', *podrá* ser adquirido en todo o en parte a través de un 'Programa de Propiedad Participada' según lo establecido en los artículos siguientes", en tanto que el art. 29 —contenido en el mismo capítulo— prescribe que "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 (la cursiva no es del original). 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".

12) Que, en repetidas ocasiones el Tribunal ha destacado que la primera fuente de interpretación de la ley es la que emerge de su letra de manera que cuando ésta no exige esfuerzo de comprensión debe ser aplicada directamente sin que resulte admisible efectuar consideraciones ajenas al caso que aquella contempla (confr. doctrina de Fallos: 313:1007; 314:458; 315:1256; 318:950; 324:2780, entre varios).

Con arreglo a tal directiva, la lectura de los textos normativos transcritos revela que ha sido voluntad del legislador conferir al Poder Ejecutivo facultades de tipo discrecional para resolver, frente a cada hipótesis de privatización, la implementación o no de un programa de propiedad participada (art. 21) pero, en el supuesto de optar por instituirlo, como consecuencia necesaria de esa decisión, estableció en cabeza del ente a privatizar la obligación de emitir "bonos de participación en las ganancias" (art. 29, primer párrafo). Ninguna otra connotación puede darse al empleo de las expresiones "podrá" y "deberá" en cada uno de los preceptos. Es claro, asimismo, que la frase contenida en la segunda disposición analizada, relativa a que el Poder Ejecutivo "podrá hacer uso de las facultades que le otorga esta ley", se encuentra subordinada a la premisa inicial que constriñe a la emisión de los bonos, de manera que solo es susceptible de ser interpretada en el sentido de que la administración está habilitada para ejercer las facultades y utilizar las herramientas técnico-jurídicas que le provee el régimen solo con el fin de satisfacer el mandato legal mas no para

autorizar su incumplimiento. Por lo demás, si bien el citado art. 29 designa al "ente a privatizar" como el sujeto responsable de emitir los bonos de participación en las ganancias, es evidente que se trata de una terminología carente de rigurosidad, que no logra expresar con exactitud la real intención de su formulación, toda vez que no es dudoso que solamente el "ente privatizado" es el único sujeto capacitado para asumir tal carga. Ello es así porque los entes a privatizar, según los objetivos perseguidos por la propia ley, estaban destinados a desaparecer en un corto plazo, precisamente al transformarse en empresas privadas, por lo que difícilmente podría esperarse que en tan breve lapso de actuación comercial produjesen ganancias susceptibles de ser distribuidas entre el personal. Además, el propio precepto legal, dispone que la emisión de bonos deberá sujetarse a las prescripciones del art. 230 de la ley 19.550. Ello requería necesariamente que el emisor estuviese constituido bajo la forma de sociedad anónima, en los términos de dicha ley, configuración que no se verificaba respecto de la mayoría de los entes a privatizar pero que ha sido expresamente exigida como modo de organización de las entidades adjudicatarias (art. 23 de la ley 23.696).

13) Que, por lo demás, como lo admitió el Estado Nacional —Ministerio de Economía— a fs. 109 de su contestación de demanda, la imprescindible implementación conjunta del programa de propiedad participada y del sistema de participación en las ganancias mediante bonos encuentra otra razón de ser en lo establecido por el art. 31 de la ley en cuanto posibilita destinar al pago de las acciones adquiridas por el personal mediante el aludido programa hasta el 50% de la concurrencia en las utilidades instrumentado a través del bono previsto en el art. 29 en los supuestos en que aún tras com-

putarse al efecto el total de los dividendos anuales no se pudiese cubrir el valor de los títulos.

V. Marco reglamentario de la privatización del servicio nacional de telecomunicaciones.

14) Que el marco normativo dentro del cual se desarrolló el proceso de privatización del servicio nacional de telecomunicaciones se completó con las reglamentaciones establecidas en diversos decretos. A los fines de resolver el presente, cobra especial relevancia el decreto 731/89 del 12 de septiembre de 1989 (Boletín Oficial del 14 de noviembre de 1989) que estableció pautas y términos para el cumplimiento de las diversas etapas de la privatización de la ex E.N.Tel, según lo ordenado en el art. 9° de la ley 23.696. En lo que incumbe al *sub lite*, el reglamento preveía en el texto original de su art. 9 que *"debía reservarse 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 N° 23.696"*. El decreto 59/90, del 5 de enero de 1990 (Boletín Oficial del 12 de enero de 1990), modificó el texto transcrito, 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"*. Es decir, el nuevo precepto mantuvo la prescripción de reservar un porcentaje del capital accionario para los empleados pero omitió referir a que esa concurrencia debía implementarse mediante un programa de propiedad participada. Sin embargo, no es factible entender que tal omisión deba interpretarse como la exteriorización de

la voluntad de la autoridad administrativa de no constituir un programa de esa índole pues si ello hubiese sido así la reglamentación debió haber diseñado algún otro sistema, programa o régimen que posibilitara hacer partícipes a los empleados del capital social cosa que no hizo el decreto bajo análisis, tampoco los dictados con posterioridad en orden a la privatización de E.N.Tel ni los que reglaron el resto de las privatizaciones efectuadas en el marco de la ley 23.696 (como enseguida se verá).

15) Que, el 5 de enero de 1990, junto al ya referido decreto 59/90, fue dictado también el decreto 60/90 (publicado igualmente en el Boletín Oficial del 12 de enero de 1990) que creó las Sociedades Licenciatarias Norte S.A. y Sur S.A. y, al determinar lo atinente a la composición de su capital social, en línea con lo reglado en el decreto precedentemente referido, determinó que estaría representado por acciones escriturales cuya tercera clase, es decir la clase C, constituiría el diez por ciento del capital social y 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 y que darían derecho a designar al menos un Director (art. 7°, inc. c).

En igual fecha, se dictó el decreto 62/90 (publicado en la misma edición del Boletín Oficial), que dispuso el llamado a concurso público internacional para la privatización del servicio público de telecomunicaciones (art. 1°) y aprobó el Pliego de Bases y Condiciones que regiría el procedimiento (art. 2°). El Capítulo VII de ese pliego, al regular la "constitución de las Sociedades Licenciatarias y Transferencias", en su texto original disponía —en lo que para dilucidar el caso interesa— que del 40% de las acciones represen-

tativas del capital no vendido al respectivo adjudicatario (cuyo dominio fiduciario debía ser transferido mediante un fideicomiso) el 25% debía destinarse al personal de la adquirente (punto 7.7. y 7.7.1). Por otro lado, en la parte pertinente del Capítulo XIV del instrumento, relativo al "Régimen Laboral", en correlación con la pauta recién apuntada, se estableció 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. E.N.Tel entregará estas 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 23.696 en lo referido específicamente a la compra y tenencia de acciones por el Programa de Propiedad Participada" (Punto 14.2). Dos disposiciones más, relativas, entre otras cuestiones, a los recaudos a cumplir para la titularidad accionaria, a la adhesión al programa, la intervención sindical y a la clasificación y derechos emergentes de los títulos (14.3, 14.4 y 14.5) complementaron el módulo normativo. Cuadra remarcar que, si bien el decreto 575/90, del 28 de marzo de 1990 (Boletín Oficial del 30 de marzo de 1990), introdujo algunas modificaciones a varios capítulos del pliego (el VII y el XIV inclusive), ellas no incidieron en el régimen de participación accionaria de los empleados.

16) Que, por lo que se lleva expuesto, es dable concluir que en oportunidad de efectuarse el llamado a concurso público para la privatización del servicio de telecomunicaciones la normativa legal y reglamentaria existente exteriorizaba sin duda alguna el ejercicio positivo por parte del Poder Ejecutivo de la opción legal de implementar un programa

de propiedad participada a efectos de que los empleados que fueran transferidos a las sociedades licenciatarias pudiesen adquirir parte del capital social. La previsión del pliego de licitación que ordenó detraer del objeto del concurso público la respectiva porción del capital no admite otra inteligencia que la de procurarle a ese sector del paquete accionario un mayor resguardo para posibilitar la satisfacción de los fines a los que se hallaba orientado, es decir, su adquisición por los empleados destinatarios. No cabe suponer que la directiva reglamentaria haya significado marginar definitivamente a la adjudicataria de las responsabilidades emergentes de la implementación del programa toda vez que sobre ella pesaría en lo sucesivo la obligación más importante en relación con los tenedores de dichas acciones, es decir, el pago de los dividendos que se devengasen.

En tales condiciones, instaurado el programa de propiedad participada con las características precisadas, como quedó expresado en el considerando 11 de la presente, la emisión de los bonos de participación en las ganancias resultaba una consecuencia necesaria por así disponerlo el texto expreso del art. 29 de la ley 23.696. Las dudas interpretativas que al respecto pudieron haber surgido, quedaron finalmente zanjadas por las específicas previsiones del pliego de licitación. Corroboración este aserto el hecho de que, tiempo más tarde —ya operada la privatización del servicio de telecomunicaciones pero pendientes muchos otros procesos similares—, fue dictado el decreto 584/93 del 1° de abril de 1993 (Boletín Oficial del 7 de abril de 1993) que reglamentó puntualmente el Capítulo III de la ley 23.696 relativo a los programas de propiedad participada el cual, tras admitir la atribución de la cartera laboral para determinar la factibilidad de instrumentarlos (art. 1°), fijó las pautas a seguir en las

hipótesis en las que se decidiese la implementación enfatizando, en su art. 20 que *"la Autoridad de Aplicación deberá en todos los casos prever, al momento de la transformación del ente estatal en Sociedad Anónima, la emisión de bonos de participación en las ganancias para el personal, por parte de la misma sociedad. La emisión de dichos bonos deberá constar en los estatutos sociales, conforme lo exige el art. 227 de la ley 19.550"*. Cabe agregar que el mismo decreto derogó parcialmente el decreto 1105/89 del 20 de octubre de 1989 (Boletín Oficial del 24 de octubre de 1989), que había reglamentado un vasto número de disposiciones de la ley 23.696 y en su redacción primitiva contenía un artículo —el n° 23— que decía: *"El acto que disponga las modificaciones estructurales necesarias para adecuar el ente a privatizar a la forma de sociedad anónima, estará expresamente sometido a la condición suspensiva de que la privatización a través de un Programa de Propiedad Participada efectivamente se concrete"*.

VI. El decreto 2423/91.

17) Que, una vez adjudicadas las acciones de la sociedad licenciataria Sur S.A. al consorcio empresario adquirente y aprobado el contrato de transferencia mediante los decretos 1229/90 y 2332/90 del 28 de junio y del 8 de noviembre de 1990 respectivamente (Boletín Oficial del 2 de julio de 1990 y 29 de enero de 1991), fue dictado el decreto 2423/91 el 12 de noviembre de 1991 (Boletín Oficial del 19 de noviembre de 1991) que, en forma coherente con las directivas que enmarcaron el proceso de privatización, determinó la implementación del programa de propiedad participada para los empleados de las Licenciatarias Norte S.A. y Sur S.A. (ya para ese entonces, Telecom Argentina y Telefónica de Argentina; confr. art. 3°), de conformidad con lo establecido en el

art. 22 de la ley 23.696. La norma fijó los principios básicos del sistema así como los que regirían el Acuerdo General de Transferencia (arts. 1° y 2°) y estableció los plazos dentro de los cuales debía organizarse el sistema y los empleados podrían formular su adhesión a él (art. 3°). Todo ello mediante reglas de similar tenor al de las que habían sido estipuladas en los capítulos VII y XIV del pliego de licitación, más arriba comentadas, cuyos textos aclaró o redefinió para otorgarles mayor especificidad.

Cierto es que ni este reglamento, ni sus antecedentes, contienen referencias precisas a los bonos de participación en las ganancias, pero no debe perderse de vista que, conforme a la única interpretación posible del texto legal ya varias veces indicada, la decisión de establecer el programa de propiedad participada tenía como correlato ineludible la obligación de emitir aquellos títulos, por lo que no puede atribuirse al silencio del decreto ningún efecto anulador o eximente de tal obligación. Valga reiterar que esa inescindible vinculación entre el "programa" y los "bonos" fue expresamente reconocida por el Estado Nacional - Ministerio de Economía en el escrito de responde (fs. 108) y en la audiencia celebrada ante este Tribunal (fs. 441) como también en la presentación formulada en sede administrativa por la codemandada Telefónica de Argentina (conf. fs. 177) a la que se hará referencia líneas más abajo (considerando 24).

VII. El decreto 395/92. Su carácter reglamentario.

18) Que, tiempo más tarde, el decreto 395/92 del 5 de marzo de 1992 (Boletín Oficial del 10 de marzo de 1992), retomó los lineamientos de sus antecedentes en cuanto dispuso la inmediata implementación del programa de propiedad participada en el terreno de las empresas de telefonía, pero determinó su quiebre en cuanto, por primera y única vez en el

curso del proceso de privatización, las excluyó expresamente.

Se desprende del considerando del decreto que su dictado se sustentó en los incs. 1° y 2° del art. 86 de la Constitución Nacional (texto anterior a la reforma de 1994); esto es, en el ejercicio de facultades meramente reglamentarias y no de carácter delegado. Por tal razón, el examen de la constitucionalidad de su art. 4° debe efectuarse, en primer término, a la luz de la directiva fijada en la parte final del citado inc. 2° que, en relación con la potestad de expedir los reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, imponía al Poder Ejecutivo el deber de cuidar de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias.

Es inherente a la naturaleza jurídica de todo decreto reglamentario su subordinación a la ley de lo que se deriva que con su dictado no pueden adoptarse disposiciones que sean incompatibles con los fines que se propuso el legislador, sino que solo pueden propender al mejor cumplimiento de esos fines.

Frente a tales consideraciones, que reflejan una antigua y pacífica jurisprudencia de esta Corte (confr. Fallos: 143:271; 151:5; 155:178; 237:636; 315:257, entre muchos otros), es evidente que el art. 4° del decreto 395/92, al establecer que las licenciatarias no estaban obligadas a emitir los bonos de participación en las ganancias, desatendió la finalidad de proveer al mejor cumplimiento del mandato legal contenido en el art. 29 de la ley 23.696, en la medida en que no sólo no se subordinó a la voluntad del legislador allí expresada en forma inequívoca ni se ajustó al espíritu de la norma para constituirse en un medio que evitase su violación, sino que —por el contrario— se erigió en un obstáculo al derecho reconocido a los trabajadores, frustratorio de las

legítimas expectativas que poseían como acreedores.

19) Que, por lo demás, cabe descartar que, como ha alegado el Estado Nacional (fs. 442), la materia regulada deba quedar al resguardo del control judicial de legalidad por tratarse de un acto de contenido político.

Es dable recordar, al respecto, que si bien las decisiones de la administración, adoptadas sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado, no son susceptibles de revisión judicial, ello no implica que queden al margen del control de legalidad que incumbe a los jueces sobre el obrar de las autoridades administrativas aunque tal control no los faculte para sustituirse a ellas en la valoración de las circunstancias ajenas al campo de lo jurídico (doctrina de Fallos: 308:2246; 311:2128; 314:1234; 323:3139, entre muchos otros).

El examen de la medida desde el ángulo de su legalidad —tanto desde el punto de vista constitucional como desde la perspectiva del derecho administrativo— conduce, también, a su censura. Es requisito de validez de los actos del poder administrador que tengan adecuado sustento en los antecedentes que les sirvan de causa, así como que sean motivados y cuenten con expresión concreta de las razones que han inducido a su emisión (art. 7º, incs. b y e de la ley 19.549) extremos, todos ellos, que el art. 4º del decreto 395/92 no reúne. Se observa, en este sentido, que las razones expresadas en el considerando de la norma proporcionan justificación a la mayoría de las medidas adoptadas en su parte dispositiva, excepto a la establecida justamente en el art. 4º que aquí se ha impugnado, respecto de la cual no se brinda explicación alguna. El instrumento normativo, pues, adolece de una manifiesta falta de motivación en cuanto a la exención dispuesta.

Por todo lo expuesto, resulta incontrastable que el art. 4° del decreto 395/92 está viciado de inconstitucionalidad por evidenciar una extralimitación en la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo que condujo a instaurar una regulación contraria a la claramente establecida en la norma que debía reglamentar.

VIII. El decreto 395/92 como reglamento delegado.

20) Que en atención a que a lo largo del proceso las codemandadas (y con especial énfasis, Telefónica de Argentina en su presentación previa a la audiencia celebrada en la instancia extraordinaria; fs. 414/415) han caracterizado al precepto impugnado como un reglamento delegado, y aún admitiendo tal configuración por vía de hipótesis, es dable señalar que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte anterior a la reforma constitucional de 1994, aquella norma no puede ser considerada sin más producto de una disposición mediante la cual el legislador haya transmitido al Poder Ejecutivo una porción del ejercicio de sus competencias en orden a decidir el otorgamiento o no del beneficio contemplado en el art. 29 de la ley 23.696.

En efecto, el Tribunal ha establecido tempranamente rigurosos requisitos para que el Congreso pudiese ampliar el margen ordinario de reglamentación que le competía al Poder Ejecutivo. Con cita de la formulación desarrollada por el Juez Marshall (10, Weaton 1, 43), sostuvo que existía un distingo fundamental entre la delegación del poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para su ejecución: lo primero no podía hacerse, lo segundo era admitido (Fallos: 148:430). En ese contexto, en el precedente "Carmelo Prattico y otros c/ Basso y Cía." del 20 de mayo de 1960, publicado en Fallos: 246:345, afirmó que "tratándose de materias que

presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de las atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo". Se precisó, finalmente, que ello era así siempre y cuando la política legislativa hubiese sido claramente establecida.

A la delimitación indicada cabe agregar lo destacado en Fallos: 286:325 —y reiterado en Fallos: 307:1643— donde se advirtió que "no existe propiamente delegación de facultades legislativas cuando la actividad normativa del poder administrador encuentra su fuente en la misma ley, que de ese modo procura facilitar el cumplimiento de lo que el legislativo ha ordenado. En verdad, no se delega el poder legislativo: lo que se transmite es un modo del ejercicio del mismo, condicionado y dirigido al cumplimiento de un fin querido por ley".

21) Que examinada la situación del *sub lite* bajo las pautas establecidas en la doctrina que se acaba de traer a colación, no se advierte que la actividad normativa del poder administrador como producto de la cual ha sido expedido el art. 4° del decreto 395/92 encuentre su justificación en alguna forma de delegación contenida en la ley 23.696.

En efecto, como quedó puntualizado en el ya citado precedente de Fallos: 319:371, surge de las normas de la referida ley que el objetivo tenido en mira por el legislador al sancionarla fue impulsar un programa de privatizaciones tendiente a superar la grave crisis financiera del Estado, y a tal efecto le otorgó diversas facultades al Poder Ejecutivo. En efecto, entre otras medidas, la ley autorizó a dicho poder a proceder a la privatización de ciertas empresas que hasta

entonces pertenecían total o parcialmente al Estado y, con tal propósito, determinó que "en el decreto de ejecución de esta facultad se establecerán, en cada caso, las alternativas, los procedimientos y modalidades que se seguirán" (art. 11). El legislador, al referirse a tales "alternativas de procedimiento", tendientes a cumplir los "objetivos y fines de esta ley" (art. 15), facultó al Poder Ejecutivo a disponer que "el Estado Nacional asuma el pasivo total o parcial de la empresa a privatizar, a efectos de facilitar o mejorar las condiciones de la contratación" (inc. 12), y asimismo lo autorizó a "llevar a cabo cualquier tipo de acto jurídico o procedimiento necesario o conveniente" para cumplir con aquellos objetivos (inc. 13).

22) Que en el texto normativo no aparece, en cambio, enunciada la potestad de conceder la suspensión del cumplimiento o la exención por parte de las adquirentes de las obligaciones impuestas por la propia ley. Es más, en lo que concierne a los derechos de los empleados de las empresas a privatizar, el mismo cuerpo legal ha trazado un límite preciso a las facultades del Poder Administrador al disponer, en su art. 42, que durante el proceso de privatización "el trabajador seguirá amparado por todas las instituciones legales, convencionales y administrativas del Derecho del Trabajo" (Fallos: 319:3071, considerando 8°).

Por lo demás, tampoco podría esgrimirse válidamente que el referido art. 29 haya conferido, en los términos concebidos en la ya recordada sentencia de Fallos: 286:325 (considerando 5°), "una controlada y limitada delegación de facultades" al poder administrador para dictar el art. 4° del decreto 395/02 toda vez que, como se ha dicho repetidamente en este pronunciamiento, dicha norma legal prevé que el ente a privatizar "deberá" emitir bonos de participación en las

ganancias para el personal y, "a tal efecto", el Poder Ejecutivo Nacional podrá hacer uso de las facultades que le otorga la ley 23.696.

En atención a lo dicho, solo puede concluirse que el conector "a tal efecto" circunscribe de manera estricta la labor de la administración a la materialización de la emisión de los bonos, como una forma de determinar o precisar detalles por medio de la reglamentación, mas de ninguna forma puede entenderse como una atribución de competencia para alterar lo establecido nítidamente en la primera frase del artículo en cuestión.

De lo examinado se sigue que el art. 4° del decreto 395/92 no reúne los requisitos de validez que, respecto de esa clase de actos, impone la Constitución Nacional.

IX. Aplicación al régimen de privatizaciones de instituciones de derecho privado.

23) Que no se desconoce que, en lo tocante a la emisión del bono de participación en las ganancias, las disposiciones de la ley 23.696 remiten, en algún aspecto, a la regulación contenida en la ley 19.550. Pero tal remisión sólo puede concebirse circunscripta a las disposiciones en materia de "bonos de participación" contenidas en el régimen del capital de las sociedades anónimas (arts. 229 y sgtes.) en virtud de que los entes privatizados deberían revestir esa figura societaria, mas, de modo alguno puede considerarse que implicó la sujeción al derecho privado de todos los operadores e institutos involucrados en el proceso de privatización. Justamente "privatizar" importa "transferir una empresa o actividad pública al sector privado" (Diccionario de la Real Academia Española, 22ª Edición) por lo que las instituciones y las normas existentes en la génesis de todo procedimiento privatizador como las tendientes a su concreción son neces-

riamente de derecho público. En particular, los programas de propiedad participada han sido diseñados como novedosos mecanismos cuya naturaleza se asemeja a la de un núcleo de interés económico o centro de interés patrimonial constituido sobre la base jurídica de los institutos comerciales y de los contratos de derecho privado, pero que difieren de esas figuras en razón de reconocer su origen en decisiones de carácter legislativo, de alto contenido social, cuyo objetivo es fomentar la inclusión productiva de los empleados en la empresa.

Deben descartarse, entonces, las argumentaciones esgrimidas por la codemandada Telefónica de Argentina por las que procuró demostrar que por más voluntad que la sociedad privatizada hubiera tenido de emitir los bonos, jamás lo podía haber hecho so pena de incurrir en un acto nulo por no estar prevista esa facultad en el estatuto social como lo requiere el art. 227 de la ley 19.550 (fs. 436). La sola circunstancia de que, como ha sido explicado anteriormente, la obligación de emitir los bonos surgiera expresamente de la ley, imponía la adopción de las medidas conducentes para su cumplimiento por lo que no cabe invocar como excusa la falta de mención al respecto en la reglamentación o la necesidad de una ulterior adecuación estatutaria.

X. La impugnación administrativa del decreto 2423/91.

24) Que, finalmente, cabe examinar lo atinente a la presentación administrativa a que se hizo alusión al concluir el considerando 17 cuyos fundamentos, según se sostuvo en la demanda, "motivaron el dto. 395/92" (fs. 18), extremo que no mereció réplica alguna de las codemandadas y sobre el cual el representante de la empresa que compareció a la audiencia pública ante el Tribunal no pudo dar explicaciones al serle requeridas por tratarse de "un episodio" que manifestó desco-

nocer (fs. 436 vta.). Surge del expediente administrativo que, en copias certificadas, obra a fs. 174/218 que, con anterioridad al dictado del decreto cuya constitucionalidad se cuestiona, la representación de Telefónica de Argentina solicitó ante la Presidencia de la Nación la reconsideración del decreto 2423/91 por considerarse ajena tanto a las obligaciones emergentes del programa de propiedad participada (fs. 174/178 vta.) como a la de emitir el bono de participación en las ganancias (fs. 178 *in fine* y sgtes.) toda vez que la privatización del servicio nacional de telecomunicaciones fue llevada a cabo mediante un concurso público internacional y no a través de un programa de propiedad participada. Las actuaciones pertinentes fueron giradas a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos a fin de que se dictaminara sobre lo requerido. En lo que al caso interesa el informe elaborado (fs. 192/202 que, por error de compaginación, concluye a fs. 208/209) sugirió dictar una resolución en la que se estableciesen los términos y condiciones del acuerdo general de transferencia "pero excluyendo en este caso particular, en nombre de los derechos adquiridos de las licenciatarias: a) la aplicación del art. 29 de la ley 23.696 en virtud de que ni en el pliego de bases y condiciones se les exige a las licenciatarias la emisión de bonos de participación, ni dichos bonos fueron establecidos en los estatutos de las mismas, de acuerdo a lo que exige, bajo pena de nulidad, el art. 227 de la ley 19.550...". La Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones, tras hacer suyo el dictamen, dio intervención al señor ministro de Trabajo y Seguridad Social, quien el 25 de febrero de 1992, mediante nota dirigida al titular de la referida Secretaría de Estado, manifestó que compartía en general lo expuesto en el informe antes citado, que no consi-

deraba inconveniente su implementación por decreto del Poder Ejecutivo y que no tenía observaciones que formular al proyecto que le fue acompañado (fs. 216).

Las constancias reseñadas revelan la existencia de cierta actividad administrativa suscitada por la impugnación que formuló Telefónica de Argentina, mas no resulta posible extraer de ellas conclusiones que incidan directamente en el esclarecimiento del tema en debate.

XI. Conclusión.

25) 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.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada y se declara la inconstitucionalidad del decreto 395/92. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Vuelvan los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Notifíquese y remítase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia).

ES COPIA

DISI -//-

-//-DENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON ENRIQUE SAN-
TIAGO PETRACCHI Y DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que la parte actora interpuso demanda contra el Estado Nacional y Telefónica de Argentina S.A. con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad del decreto 395/92 —por el cual se había eximido a las licenciatarias del servicio telefónico de emitir los bonos de participación en las ganancias previstos en el art. 29 de la ley 23.696— y se le indemnizaran los daños y perjuicios derivados de haberse visto privada de la participación mencionada. Sostuvo que el Estado Nacional, al dictar el decreto 395/92, excedió las pautas establecidas en la ley 23.696, cuyo art. 29 establece que, si se implementa un Programa de Propiedad Participada, debe reconocerse el derecho del personal a obtener bonos de participación en las ganancias.

La demanda fue rechazada en primera instancia y esta decisión fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

En tales condiciones, la actora interpuso recurso extraordinario, que fue correctamente concedido en la medida en que se encuentra en juego la interpretación de la ley 23.696 y su reglamentación, de carácter federal, así como la validez constitucional del decreto 395/92, y la decisión ha sido contraria a las pretensiones del recurrente (art. 14, incs. 1 y 3, de la ley 48).

2°) Que por decreto 731 del 12 de septiembre de 1989 (B.O. 14 de noviembre de 1989) se establecieron las pautas y fechas de cumplimiento de las diversas etapas de la privatización de la ex EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, ordenada en el art. 9° de la ley 23.696. En lo que al caso importa, el decreto preveía que debía “reservarse un porcentaje

de capital de hasta el diez por ciento (10%) para los empleados de ENTel 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 Nº 23.696" (art. 9).

Ahora bien, el decreto 59 del 5 de enero de 1990 (B.O. 12 de enero de 1990) sustituyó el artículo citado por el siguiente texto: que "se reservará el diez por ciento (10%) de las acciones de las sociedades licenciatarias para los empleados de ENTel que pasen a desempeñarse en las mismas y en las sociedades prestadoras del servicio internacional". Esta modificación mantuvo la reserva del 10% de las acciones para los empleados pero suprimió la referencia a que esta participación podría ser canalizada a través de un Programa de Propiedad Participada.

En tales condiciones, por decreto 62 del 5 de enero de 1990 (B.O. del 12 de enero de 1990), se llamó a concurso público internacional para la privatización del servicio público de telecomunicaciones. En este concurso, se decidió adjudicar el 60% de las acciones de la Sociedad Licenciataria Sur S.A. (hoy Telefónica de Argentina S.A.) a favor de Telefónica International Holding B.V., Citicorp e Inversora Catalinas S.A., y el 8 de noviembre de 1990, por decreto 2332/90, se aprobó el contrato de transferencia.

Posteriormente, mediante el decreto 2423/91 el Poder Ejecutivo decidió implementar un Programa de Propiedad Participada para aquellos empleados de la ex - ENTel que pasaron a desempeñarse en las Sociedades Licenciatarias Norte S.A. (TELECOM Argentina-STET FRANCE TELECOM S.A.) y Sur S.A. (TELEFONICA de Argentina S.A.). Esta norma no hizo mención alguna respecto del derecho de los empleados a obtener bonos de participación en las ganancias en los términos del art. 29

de la ley 23.696. Sin embargo, por decreto 395 del 5 de marzo de 1992, se dispuso que: "La Sociedad Licenciataria Norte S.A. (hoy TELECOM Argentina - STET FRANCE TELECOM S.A.) y la Sociedad Licenciataria Sur S.A. (hoy TELEFONICA Argentina S.A.) no están obligadas a emitir bonos de participación en las ganancias para el personal" (art. 4).

3°) Que, sentado lo expuesto, corresponde determinar si los actores tenían derecho a obtener bonos de participación en las ganancias de la empresa. A esos efectos, resulta necesario analizar las normas que rigieron el proceso de privatización del servicio.

Cabe recordar que la ley 23.696 estableció un programa de acción a fin de transferir total o parcialmente al capital privado las empresas públicas. En ese marco, otorgó un conjunto de facultades al Poder Ejecutivo para decidir la modalidad más adecuada para llevar adelante el proyecto de privatización. En otras palabras, la ley 23.696 tuvo una naturaleza eminentemente programática, y estableció un estatuto para las privatizaciones en el que resultaba indispensable el dictado de disposiciones complementarias (Fallos: 324:3876, considerando 5° del voto de la mayoría y considerando 6° de la disidencia de los jueces Belluscio, Petracchi y Bossert).

En lo que aquí interesa, el art. 16 de la ley confirió al Poder Ejecutivo la facultad de otorgar preferencias para la adquisición de las empresas declaradas "sujeta a privatización", entre otros, a los empleados del ente a privatizar, de cualquier jerarquía, con relación de dependencia, organizados o que se organicen en Programa de Propiedad Participada o Cooperativa, u otras entidades intermedias legalmente constituidas.

Para el caso en el que el Poder Ejecutivo decidiera implementar la modalidad de Propiedad Participada, el capítulo

III de la ley fijó las reglas específicas de este tipo de programas, entre las cuales se preveía la emisión de bonos de participación en las ganancias para el personal como requisito obligatorio (art. 29).

De acuerdo a lo expuesto, el Poder Ejecutivo tenía facultades discrecionales para decidir si otorgaría preferencia a los empleados en la adquisición de acciones y, de hacerlo, cuál sería la modalidad para implementarla y, como consecuencia, no puede concluirse que el derecho reclamado por los actores surja automáticamente de las previsiones de la ley 23.696.

4°) Que este derecho tampoco puede derivarse de las normas reglamentarias dictadas por el Poder Ejecutivo para la privatización de la ex ENTel.

En efecto, el decreto 731/89 (cuyo art. 9 originalmente había dispuesto que la participación del personal podría "canalizarse a través del programa de propiedad participada previsto en los artículos 21 y siguientes de la Ley Nº 23.696") fue modificado en este aspecto. Cabe destacar que, si bien el decreto mantuvo la reserva del 10% de las acciones para los empleados, suprimió la referencia a que esta participación podría ser canalizada a través de un Programa de Propiedad Participada.

Refuerza esta conclusión el hecho de que ni el decreto 60/90 —mediante el cual se crearon las sociedades anónimas cuyo paquete accionario sería concursado y se estableció el modo en que estaría representado el capital social—, ni el decreto 62/90 —mediante el cual se llamó a concurso público internacional y se aprobó el pliego de bases y condiciones— reglamentaron los requisitos exigidos por el Capítulo III de la ley 23.696 para los Programas de Propiedad Participada. Ello fue así, porque con la modificación introducida al

decreto 731/89 por el decreto 59/90 había quedado claro que la norma no establecía un Programa de este tipo.

5°) Que es cierto que, con posterioridad a la adjudicación y a la firma del contrato de transferencia del 60% de las acciones a la sociedad adjudicataria, por decreto 2423/91, el Poder Ejecutivo decidió implementar un Programa de Propiedad Participada.

Sin embargo, el derecho reclamado por los actores tampoco puede encontrar sustento jurídico en esta norma. En primer lugar, porque más allá de denominar al programa como de Propiedad Participada, el decreto no hizo mención alguna respecto al art. 29 de la ley 23.696, ni al derecho de los empleados a obtener bonos de participación en las ganancias. En segundo lugar, porque el Poder Ejecutivo tampoco hubiera podido válidamente reconocer este derecho a los empleados. Ello es así, porque el diseño del programa tenía que respetar el plexo normativo que había regido el proceso de privatización del servicio. Y, como se señaló, al momento del llamado a concurso público internacional las normas no preveían un programa de los previstos en el Capítulo III de la ley 23.696, sino solamente la reserva del 10% de las acciones para los empleados de la empresa.

Al respecto, cabe recordar que en materia de contratos administrativos, la ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones de los participantes. Y que, al ser ello así, no cabe admitir que las condiciones allí previstas puedan válidamente ser modificadas con posterioridad (Fallos: 308:618, 316:382). En tales condiciones, si el Poder Ejecutivo hubiera incluido el derecho del personal a obtener bonos de participación en las ganancias de la empresa habría alterado ilegítimamente los términos del llamado a licitación y del

contrato celebrado con la adjudicataria.

6°) Que, a partir de lo expuesto, cabe concluir que no asiste razón a la recurrente en cuanto alega que su derecho estaba establecido por ley y fue derogado ilegítimamente por el decreto 395/92, que impugna como inconstitucional.

Tal como surge de la motivación de ese acto, el Poder Ejecutivo no podía implementar un Programa de Propiedad Participada en los términos del Capítulo III de la ley 23.696. Sólo estaba facultado para diseñar un programa que respetara el plexo normativo que definía la situación jurídica de todos los sujetos comprendidos, específicamente, el decreto 731/89 y su modificatorio, el Pliego de Bases y Condiciones aprobado por el decreto 62/90, y los respectivos contratos de transferencia firmados con las adjudicatarias. Y estas normas, como ya se señaló, impedían establecer la emisión de bonos de participación en las ganancias para el personal porque ello hubiera implicado alterar las condiciones del concurso público. En consecuencia, el decreto 395/92 resulta válido y constitucional ya que fue dictado de conformidad con las normas legales y reglamentarias que rigieron el proceso de privatización del servicio de telecomunicaciones.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma la sentencia apelada. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por **la parte actora**, representada por la Dra. **Liliana Zabala**

Traslado contestado por **el Ministerio de Trabajo**, representado por la Dra. **Jorge-lina Arianda Brigss**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X**

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional del Trabajo N° 18**