



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL
EXCMA. CAMARA DE APELACION
FGG



L° de sentencias DEFINITIVAS N° LVII
Causa N° 116523; Juz. N° 12
A. J. O. Y OTROS C/PCIA DE BS AS S/ ORDINARIO
REG SENT: 56 Sala III

En la ciudad de La Plata, a los 6 días del mes de mayo de dos mil catorce, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, Sala Tercera, doctores Andrés Antonio Soto y Laura Marta Larumbe, para pronunciar sentencia en los autos caratulados **“A., J. O. Y OTROS C/PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ORDINARIO”** (causa 116.523) se procedió a practicar la desinsaculación prescripta por los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando de ella que debía votar en primer término el doctor Soto

LA EXCMA. CAMARA RESOLVIO PLANTEAR LAS SIGUIENTES CUESTIONES:

1ra. ¿Es justo el decisorio dictado a fs. 620/630?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA EL DOCTOR SOTO DIJO:

I. En el premencionado decisorio la Sra. Jueza “a quo” hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por T. S.A.. Por otro lado, rechazó la demanda interpuesta por J. O. A., R. J. F., H. J. P., V. L., M. A. C., C. E. C., J. C. D., F. A. L., J. J. B., A. E. I., J. P. P., V. H. O. y R. A. O. K. contra la Provincia de Buenos Aires, y también la intervención del Banco de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

la Provincia de Buenos Aires en calidad de tercero pedida por dichos actores. Asimismo, impuso las costas a la actora y difirió la regulación de honorarios para el momento en que el decisorio adquiriera firmeza.

Contra esa forma de decidir apela la actora a fs. 665, viniendo su expresión de agravios a fs. 678/690 vta. Las réplicas a la misma constan a fs. 695/705, 711/715 y 718/721.

II. Para decidir en el sentido indicado, y respecto de la excepción de falta de legitimación pasiva, la Sra. Juez de la instancia anterior dijo que la participación de Transener S.A. en Transba en un 100 % convierte a la primera en controlante y a la segunda en controlada, pero ello no convierte a ambas sociedades en una sola persona jurídica. Agregó que al no haberse demostrado la existencia de fusión por absorción, Transba no ha desaparecido y conserva incólume su capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. En función de ello hizo lugar a la excepción.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada -la pretensión de los actores de ser admitidos en el Programa de Participación Accionaria del Personal instituido en la privatización de Eseba, para lo cual peticionan la inconstitucionalidad de la Circular nº 36 A, emitida por el Comité Privatizador-, la a quo se refirió a los criterios teóricos acerca del control de constitucionalidad, a la exigencia de razonabilidad al realizar el análisis comparativo entre la norma impugnada y la Constitución y a la naturaleza de los pliegos de licitación, siendo en uno de sus aspectos el normativo, al ser un verdadero reglamento administrativo regulador del proceso de selección.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Agregó que la circular cuestionada constituye una norma reglamentaria del pliego y, conforme lo previsto, integra la documentación de la licitación, lo que apunta que fue admitido por los actores en su demanda. Y que si las circulares como la impugnada integran el pliego de licitación, conforman el reglamento administrativo propio de acuerdo a la delegación hecha por el Poder legislativo, por lo que no encontró que exista un exceso reglamentario que transgreda la ley 11.771 ni los Decretos 191/96 y 107/97.

Por otro lado, dijo que al establecer dicha circular que sólo los trabajadores comprendidos en el convenio colectivo de la actividad podían ser admitidos en el programa señalado, ello constituía una razonable limitación destinada a favorecer a los trabajadores incluidos en todas las jerarquías previstas en dicho convenio, y a su criterio no aparece como discriminatoria ni implica una violación de la garantía de igualdad ante la ley, toda vez que las normas pueden establecer diferencias entre los que no son iguales.

Asimismo, dijo que el personal jerárquico (como los actores) no estaba incluido en las jerarquías previstas en el convenio colectivo, que no resulta admisible una interpretación literal de la expresión “trabajadores de todas las categorías” y que el Poder Ejecutivo no se excede en su facultad reglamentaria cuando simplemente se aparta de la estructura literal de la ley, siempre que se ajuste a su espíritu.

III. Los agravios, expuestos en lo sustancial, atacan, por un lado, la decisión de admitir la excepción de falta de legitimación pasiva.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Afirman los recurrentes que el régimen de participación societaria sobre el que gira el análisis de la sentenciante es ajeno a la cuestión litigiosa, que ellos nunca desconocieron la personalidad jurídica de Transba ni sostuvieron que fuera absorbida por Transener, y se ha omitido el tratamiento de cuestiones que resultan esenciales para determinar si esta última cuenta con legitimación.

Dicen que las acciones de Transba S.A. constituyen un activo de Transener S.A., lo que resulta relevante para zanjar la cuestión. Que en el proceso de privatización de la ex ESEBA S.A. Transener S.A. fue adjudicataria de la totalidad del capital accionario de Transba S.A. Explican seguidamente, básicamente con sustento en la Circular nº 36 A, su Anexo 3 y el contrato de administración fiduciaria, bajo qué mecanismo Transener S.A. tiene interés en el litigio.

Agregan que la comunicación que les envió Transba haciéndoles saber la imposibilidad de ser beneficiarios del programa fue jurídicamente intrascendente, pues entienden que no debió ser enviada por ella, sino por Transener, ya que las obligaciones determinadas en el Anexo 3 de la circular citada recaían sobre esta última.

Por otro lado, en cuanto al fondo de la cuestión, discrepan con el argumento acerca de que existió una delegación legislativa y señalan que la Sra. Jueza de la instancia anterior no indica de qué norma surge ni como queda comprendida la circular en cuestión en las pautas de la supuesta delegación, como tampoco justifica por qué no encontró que exista un



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

exceso reglamentario. Citan en apoyo de su postura el artículo 45 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y alegan que tampoco advierten delegación legislativa en la ley 11.771 ni en la 10.904 para llenar supuestos vacíos respecto del derecho que se estableció a favor de los trabajadores.

Luego se refieren a la normativa dictada como consecuencia de esas leyes, como son el Decreto 107/97, el Pliego de Bases y Condiciones que rigió la licitación realizada y la Circular nº 36 A (que los excluyó del programa), dictada por el Comité Privatizador en ejercicio de las facultades conferidas por el pliego.

Al respecto, sostienen que la discriminación no se inscribe en la delegación legislativa a la que alude la jueza de grado, sino a una delegación administrativa del Poder Ejecutivo implícita en la facultad conferida al Comité Privatizador para emitir circulares que modifiquen el contenido del pliego.

Alegan que la relevancia de la ley es siempre mayor a la del reglamento ejecutivo, de ahí que éste no puede alterar el espíritu de aquélla; ello conforme al artículo 144 inciso 2º de la Constitución Provincial, y que el reglamento debe conformarse al principio de legalidad administrativa.

Afirman que el Comité Privatizador ejerció abusivamente la potestad reglamentaria, privándolos de su propiedad. Enfatizan que la potestad de introducir modificaciones en el contenido del pliego de bases y condiciones a favor del Comité Privatizador no puede apreciarse en violación del sistema



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

jurídico que rige en la Provincia a través de su Constitución. Y que esa delegación administrativa es para reglamentar los aspectos necesarios para la aplicación, pero no para limitar los derechos consagrados en una ley.

Argumentan seguidamente sobre la irrazonabilidad de la Circular nº 36 A, señalando que sin perjuicio de la inconstitucionalidad de la misma por el exceso en que incurrió al imponerse un requisito que altera el espíritu de la ley 11.771, se advierte respecto a su contenido que establece una restricción para gozar de un derecho que confiere el artículo 3 de la ley 10.904 incompatible con las prescripciones de los artículos 11, 31 y 57 de la Constitución Provincial y 14, 16, 17, 28, 31 y 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional. Arguyen que ello resulta incompatible con el principio de igualdad, que ellos han sido excluidos haciendo un distingo que la ley no prevé, que las leyes 10.904 y 11.771 no formulan distingos entre los trabajadores que pueden ser beneficiarios del programa, como tampoco lo hace el pliego, que también es contraria a la garantía de inviolabilidad de la propiedad y que destruye el objetivo fijado por el legislador. Señalan que la Sra. Jueza no ha formulado consideraciones a la tacha de inconstitucionalidad por la irrazonabilidad, sino que dice que contiene una “razonable limitación” destinada a favorecer a los trabajadores incluidos en todas las jerarquías del convenio. También aducen que el programa es un modo de participación en las ganancias de la empresa, derecho social que se encuentra garantizado con rango constitucional, y en cuanto tal, debe ser reglamentado sin alterar su esencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

IV. Las réplicas de la contraparte, sucintamente, giran en torno a lo siguiente:

El Fisco de la Provincia de Buenos Aires afirma, luego de mencionar las normas comprendidas en el litigio, que el contexto en el cual se dictó la cuestionada circular se ajusta al espíritu y letra de la ley 11.771. Que la misma fue dictada por expresa autorización legislativa, que constituye una norma reglamentaria del pliego que, más que modificarlo, lo integra, dándole el sentido que ha querido el legislador al disponer la privatización.

Seguidamente explica que al utilizarse la expresión “trabajadores de todas las categorías” se incluyen precisamente los que conforman las Convenciones Colectivas de Trabajo, de la que los actores no son parte. Que el Convenio Colectivo de la actividad incluye a todos los trabajadores de entidades prestatarias de servicios públicos de electricidad, excluyendo a los Directores, Vicedirectores, Subdirectores y Gerentes. Argumenta que la circular se adapta a las exigencias legales, previstas en el art. 54 de la ley 11.769 y en el art. 7 de la ley 11.771, cuando establece las categorías en las que se dividirán las acciones y la posibilidad de que se ejerza su representación a través de las entidades sindicales que legalmente los representen.

Por su parte, Transener S.A. sostiene que la crítica ensayada no cumple con los recaudos establecidos en el art. 260 del ritual, al no configurar una crítica concreta y razonada al fallo apelado.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Se extiende luego en consideraciones acerca de que los actores debieron convocar a Transba S.A., su patronal y, en todo caso, obligada al pago, que se trata de una persona jurídica diferente a ella, que no obstante ser adjudicataria de las acciones de Transba S.A. su citación como tercero es improcedente. Más adelante se pronuncia sobre la inconsistencia del cuestionamiento constitucional a la Circular N° 36 y sostiene que ella es mera aplicadora de normas cuya redacción escapa naturalmente a su arbitrio, y como tal resulta innecesaria su presencia obligada en un proceso de esta naturaleza.

Finalmente, el Banco de la Provincia de Buenos Aires también considera insuficiente la pieza recursiva que abre esta instancia revisora. Puntualmente, sobre su participación, afirma que la misma no ha hecho alusión alguna, por lo que quedó firme lo resuelto por la a quo en cuanto al rechazo de su citación como tercero.

A todo evento reitera los argumentos vertidos al contestar la citación y solicita que se rechace el recurso traído. Alega que es sólo el mero administrador fiduciario y que está excluido de toda decisión respecto de quienes serán beneficiarios.

V. Iniciando la tarea revisora, dando en consecuencia las debidas razones del caso (art. 171 de la Constitución Provincial), y por una razón metodológica, me referiré al planteo de insuficiencia del recurso introducido por Transener S.A. y el Banco de la Provincia de Buenos Aires.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Al respecto señalo, como lo he hecho anteriormente, que “Expresar agravios importa refutar y poner de relieve los errores de hecho o de derecho que a juicio del recurrente contiene la resolución atacada, y la impugnación que se intente contra esta última debe hacerse de modo de rebatir todos los fundamentos esenciales que le sirven de apoyo. Así, resulta insuficiente el memorial de agravios que no se hace cargo de los fundamentos o premisas conclusivas de la decisión apelada, o bien que transita por carriles distintos a los que vertebra el fallo y se desentiende de la estructura argumental y jurídica del mismo o bien que reitera lo expuesto en escritos anteriores sin aportar nada nuevo” (esta Sala, causa 116.994, RSD 28/14, e. o.).

Asimismo, que “Conforme lo dispone el artículo 260 del Código Procesal Civil y Comercial, la impugnación debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se aprecien equivocadas. Aplicando un criterio amplio a los fines de facilitar la vía recursiva, deviene admisible el tratamiento de los agravios si el ataque se muestra suficientemente claro para su abordaje, respetando su fundamentación las consignas establecidas en esa norma del Código ritual” (esta Sala, causa 116.373, RSD 20/14, e. o.).

El análisis de la expresión de agravios a la luz de estos criterios me lleva a concluir que la misma resulta suficiente, pues el ataque cuestiona los dos pilares en los que se vertebró la sentencia en orden a la legitimación y a la cuestión de fondo con argumentos que exceden la mera discrepancia con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

la solución dada, de modo que no corresponde acceder a la declaración de deserción pedida (arts. 260, 261 del Cód. Procesal).

VI. En segundo término, destaco que no hay controversia entre las partes en cuanto al conjunto normativo que fue generándose luego de que se decidió privatizar la prestación del servicio de electricidad en la Provincia de Buenos Aires. Este se configura con las leyes 11.771, los Decretos provinciales 191/96, 106/97, 107/97, el Estatuto Social de Transba, el Pliego de Bases y Condiciones para la licitación nacional e internacional de las diferentes empresas, la Circular nº 36 A, el Decreto 2385/97 y el Contrato de Fideicomiso celebrado entre la compradora y el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

De dicha normativa, y en lo que resulta de interés para el caso, destaco lo siguiente:

Por medio de la ley 11.771 se autorizó al Poder Ejecutivo a la privatización de Eseba S.A. (artículo 1).

Su artículo 3 dispuso que las definiciones de las unidades de negocios que se crearían para lograr ese fin, los estatutos societarios y los pliegos de licitación y contratos de concesión serían resueltos por el Poder Ejecutivo a propuesta de una Comisión.

Mediante su artículo 7 se previó que el estatuto dividiría las acciones en dos categorías "... que contemplen la participación de los siguientes sectores..." la Clase A, del Estado Provincial, y la Clase B, que se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

destinarían “a los trabajadores (que podrán ejercer su representación a través de las entidades sindicales que legalmente los representen).”

Y mediante el artículo 19 se dejó establecido que dicha ley “... constituye el marco legal de la privatización de la actividad eléctrica de la Provincia de Buenos Aires, a la que deberá ajustarse el Poder Ejecutivo.”

Su decreto reglamentario (191/96) dispuso lo siguiente:

Que la comisión a la que se refiere el artículo 3 de la ley citada tendría a su cargo “... la responsabilidad de elaborar los documentos de trabajo en base a los cuales la comisión discutirá y elaborará las propuestas de definición de unidades de negocios, los estatutos societarios correspondientes, así como los pliegos de licitación y contratos de concesión a elevar al Poder Ejecutivo.”

Por su lado, y en cumplimiento de esa finalidad (de facilitar la transferencia al sector privado), el Decreto 106/97 (fs. 41/44) dispuso que sobre la base del patrimonio de Eseba S.A. se crearan distintas unidades de negocio, entre las cuales figura la “Empresa de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal de la Provincia de Buenos Aires S.A. - TRANSBA S.A.” (art. 1) como unidad de negocio independiente. Respecto de ella se adecuó el Estatuto Societario y se legisló sobre su composición societaria hasta que se efectúe la transferencia al sector privado.

En el Anexo 6 de ese decreto consta dicho estatuto, respecto del cual me interesa destacar que mediante su artículo 5 se dispuso que las acciones clase C (las objeto de este juicio) serían “... transferidas a los adjudicatarios



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

de la mencionada Licitación con el fin de depositarlas en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, constituyéndose en fiduciario de las mismas hasta tanto se implemente un Programa de Participación Accionaria del personal con las mismas.”

Su artículo 12 dispuso: “En el marco del Programa de Participación Accionaria del Personal referido en el artículo 5, la sociedad emitirá a favor de sus empleados de todas las jerarquías con relación de dependencia Bonos de Participación para el Personal en los términos del Artículo 230 de la Ley 19.550...”; y también que “Estos Bonos de Participación para el Personal serán personales e intransferibles y su titularidad se extinguirá con la extinción de la relación laboral...”

Luego de dicha creación, y por Decreto 107/97 (fs. 44), se le dio a dicha empresa la concesión del servicio público de transporte de electricidad, conforme las condiciones del contrato de concesión (art. 2).

Por el artículo 4 de dicha norma se aprobó el Pliego de Bases y Condiciones que regiría la Licitación Pública Nacional e Internacional para la venta de la totalidad de las acciones de esa unidad, facultando al Ministerio de Obras y Servicios Públicos a elaborar y suscribir todos los documentos que fueran pertinentes para el desarrollo de la licitación (art. 5).

Siguiendo con lo que es de interés para el recurso, destaco que el Pliego de Bases y Condiciones para la licitación de la empresa citada (Anexo III del Decreto 107/97; fs. 45/104) dispuso en sus definiciones (punto 1.4) que las circulares son “Comunicaciones de carácter general a los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

adquirentes. Integran el Pliego, con los alcances establecidos en el mismo.”

Y que el Comité Privatizador “Es la autoridad designada para dictar todos los actos necesarios para controlar la Licitación, disponer la Precalificación y la Preadjudicación, aconsejar la Adjudicación, firmar el Contrato de Transferencia y el Acta de Toma de Posesión”.

Su Capítulo XII dispuso que respecto de cada unidad de negocios “... deberá ponerse en práctica un Programa de Participación Accionaria del Personal con los alcances que se establecerán por Circular ...”. Además, que las acciones clase C serían transferidas a los respectivos “... Compradores al solo efecto de la implementación del referido programa con el cargo de implementarlo y la obligación de firmar en el acto de Toma de Posesión el Contrato de Fideicomiso y entregar las mencionadas Acciones al Banco de la Provincia de Buenos Aires, quien actuará en carácter de administrador fiduciario de las mismas.” Y que: “En el marco del referido programa, la sociedad emitirá a favor de sus empleados de todas las jerarquías con relación de dependencia Bonos de Participación para el Personal en los términos del Artículo 230 de la Ley 19.550...”, bonos estos que serían “... personales e intransferibles y su titularidad caducará con la extinción de la relación laboral...”

La Circular nº 36 (A) (fs. 105/121) estableció las cláusulas por las que se regiría el programa citado. Su cláusula SEGUNDA dispuso: “Serán sujetos beneficiarios en el marco del Programa... los empleados de todas las jerarquías en relación de dependencia de las distintas Unidades de Negocio



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

y que hayan sido seleccionados para continuar prestando servicios en las mismas y se hallen comprendidos dentro del convenio colectivo de la actividad y que adhieran al Programa. No podrán ser sujetos beneficiarios el personal eventual, ni el contratado y asesores designados en representación del Gobierno Provincial o sus dependencias.”

Asimismo, se estableció que los empleados deberían expresar su voluntad de adherir al programa, debiendo tal expresión ser individual, voluntaria y no podría ser realizada a través de representantes. Se reitera también el carácter personal e intransferible de los bonos y la extinción de la titularidad con la extinción de la relación laboral.

Realizado el proceso licitatorio, mediante el Decreto 2385/97 (fs. 122/137) se dispuso adjudicar a Transener S.A. el 100 % de las acciones de Transba S.A. (art. 1), aprobándose el contrato de transferencia.

En ese contrato, en el capítulo referido a las definiciones de los términos de la contratación quedó explicitado que el “Contrato de Fideicomiso: Es el contrato a firmar en la fecha de Toma de Posesión entre El Comprador y el Banco de la Provincia de Buenos Aires a efectos de implementar la administración fiduciaria de las Acciones Clase "C" en cumplimiento del Programa de Participación Accionaria del Personal”. Asimismo, que el Programa de Participación Accionaria del Personal es el programa “... a ponerse en práctica al cual se afectarán las Acciones Clase "C" en los términos del Capítulo XII del Pliego”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Mediante el artículo segundo, numeral 2.2., quedó establecido que:

“El Comprador y la Empresa Transportista quedan solidariamente obligados a instrumentar el Programa de Participación Accionaria del Personal afectando al mismo las Acciones Clase "C" que por el presente les son transferidas con tal cargo, conforme lo dispuesto en el Capítulo XII del Pliego de Bases y Condiciones.

Se introdujo, asimismo, una aclaración que textualmente dice: “En caso de conflicto entre los términos de la legislación regulatoria, de la Concesión, del Pliego y del Contrato, dichos textos prevalecerán en el orden indicado.” (art. Duodécimo).

En cuanto a la documentación se dispuso expresamente: “El Contrato debe considerarse conjuntamente con sus anexos, el Pliego y sus Apéndices, el Contrato de Concesión y sus subanexos y la restante documentación de la Licitación, como si su contenido estuviese detallado en el mismo” (art. Decimosexto).

Finalmente, el Contrato de Administración Fiduciaria (fs. 238/244), celebrado entre Transener S.A. y el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Sus beneficiarios, de acuerdo a la cláusula segunda, son todos los “empleados de todas las jerarquías que tengan relación de dependencia... con Transba S.A. según lo expresado en la cláusula segunda del Programa de Participación Accionaria del Personal, y que hayan adherido al mismo voluntaria y personalmente”.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

VII. La documentación que reseñé en el considerando anterior es la que será objeto de análisis para decidir acerca de la procedencia de los agravios de los actores.

Pero antes de seguir me interesa señalar que no pierdo de vista la especial naturaleza de la acción entablada -que ahora llega a esta instancia de apelación-, en la que los actores peticionaron la inconstitucionalidad de la Circular nº 36 A emitida por el Comité Privatizador de Eseba y, como consecuencia de esa declaración, ser admitidos en el Programa de Participación Accionaria del Personal (en adelante P.P.A.P.) instituido en la aludida normativa.

Al respecto, ya nuestra Suprema Corte de Justicia, al resolver la excepción de incompetencia, dijo que lo reclamado "... tiene una vinculación directa con la relación laboral de los accionantes con el ente empleador..." (ver fs. 220).

En consecuencia, toda la labor interpretativa que realizaré será teniendo especialmente en cuenta -además de los principios generales- los principios que fluyen de esa rama de nuestro ordenamiento jurídico; entre ellos, me refiero a una interpretación armónica que concuerde mejor con los derechos y garantías reconocidos en la Constitución (conf. Etala, Carlos Alberto. "Interpretación y aplicación de las normas laborales.". Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2004, págs. 66/71. Arg. arts. 4 y 11 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

En este sentido, considero oportuno recordar aquí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “El contenido actual de la justicia social consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que éste cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis*. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad” (CSN, Fallos 330:2800, 331:1815).

Y que: “Los programas de propiedad participada aparecen como instrumento eficaz en orden a tornar efectivos los derechos consagrados a favor de los trabajadores en el 14 bis de la Constitución Nacional.” (CSN, Fallos 324:3876, 331:1815 ya citada).

VIII. Ahora bien, en cuanto al agravio referido a la legitimación de la empresa Transener S.A., ya he tenido oportunidad de dejar establecido que “La “*legitimatio ad causam*” apunta a la cualidad necesaria y sustancial relativa a quienes pueden y deben demandar y a quien se debe o puede demandar, o sea, que determina si quienes actúan en el proceso han debido hacerlo, por ser las personas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis” (Cfr. Devis Echandia “Nociones Generales de Derecho Procesal



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Civil" pág. 299, letra "q"; esta Sala, causas 95.677, RSD 164/05, 107.095, RSD 237/06, 116.688, RSD 11/14).

En el caso, del conjunto normativo reseñado surge que para poder concretar las privatizaciones debía adecuarse la estructura de Eseba S.A., y en función de ello es que se creó Transba S.A. como una unidad operativa independiente (ver Anexo VI del decreto 106/97).

Quien resultó adjudicataria de la licitación realizada, compró el 100 % del capital accionario de Transba S.A. y tomó oportunamente posesión de dicha empresa fue precisamente Transener S.A.

Esta es la empresa que debía depositar las acciones clase "C" (las destinadas al P.P.A.P.) -y así lo hizo-, la que tenía a su cargo instrumentar el programa dándole inicio y, además, fue quien firmó el Contrato de Fideicomiso con el banco fiduciario.

Todo ello resulta, en función -repito- de la naturaleza de la acción entablada, y sin entrar a considerar las relaciones internas entre una empresa y otra, suficiente para establecer que se encuentra legitimada para intervenir en estas actuaciones.

Como refuerzo de mi conclusión agrego que del Contrato de Transferencia surge la responsabilidad solidaria de ambas empresas en lo que hace a la instrumentación del programa (ver fs. 128, "El Comprador y la Empresa Transportista...").



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Destaco igualmente que tampoco se compadece con la alegada falta de legitimación de Transener su activa actitud de pedir audiencia de conciliación (fs. 580).

Para más, lo explicitado en la audiencia por su apoderado, en el sentido que "... que a expreso pedido del Comité Ejecutivo del Programa de Participación Accionaria del Personal de TRANSBA S.A., se realizará una propuesta de implementación del citado programa, sin perjuicio de asegurar el cumplimiento de la medida cautelar trabada en autos, minimizando el impacto a terceros beneficiarios del programa, a los efectos de que se corra traslado a la totalidad de las partes intervinientes en autos.", denota lo que dije más arriba en cuanto a su responsabilidad en la instrumentación del programa. Y, por otro lado, revela un confuso accionar que impide que, en relación a los actores, se sostenga, mediante una apreciación sólo fundamentada en las normas de la ley de sociedades, que se trata de personas distintas bastando ello para liberar a la excepcionante.

Por estos argumentos, propondré a mi distinguida colega de Sala que se revoque en este tramo la sentencia atacada (arts. 242, 246, 260, 266, 384, 385, 345 inc. 3 ° del Código Procesal. Arts. 1197, 1198, 699, 700 del Cód. Civil).

IX. Entrando ahora a la materia medular del conflicto -el planteo de inconstitucionalidad de la Circular nº 36 A dictada por el Comité Privatizador-, recuerdo que esta Sala, con otra integración y en línea con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que "La declaración de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal, constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados. Criterio que ha sido compartido por nuestra Suprema Corte de Justicia”.

“Que también estableció el Alto Tribunal de la Nación que la Constitución nacional no consagra derechos absolutos y todos los derechos constitucionales se gozan conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, si son razonables, no admiten impugnación constitucional (esta Sala, causa B 81.001, RSD 144/95, B 81.773, RSD 254/95).

Asimismo, no es un tema controvertido que los actores se encuentran excluidos del Convenio Colectivo de Trabajo que rige la rama de su actividad, lo que ya habían admitido en la demanda.

Ahora bien, de los elementos documentales que cité en el considerando VI se advierte que tanto el Decreto 106/07 (a través de su Anexo 6, el Estatuto de Transba), como el Pliego de Bases y Condiciones para la licitación incluyen en el P.P.A.P. a los empleados en relación de dependencia de todas las categorías que fueran elegidos por Tansener para seguir prestando servicios en Transba.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

La que viene a innovar en el universo de beneficiarios comprendidos en el programa es la circular atacada por los actores y, según mi criterio, de manera irrazonable.

En efecto, queda claro que se había puesto en manos del Comité Privatizador la tarea de "... dictar todos los actos necesarios para controlar la Licitación, disponer la Precalificación y la Preadjudicación, aconsejar la Adjudicación, firmar el Contrato de Transferencia y el Acta de Toma de Posesión".

Es decir, ha habido aquí una delegación, pero no en el sentido legislativo indicado por la Sra. Juez a quo, sino en el de considerar que se trató de una delegación para realizar reglamentos ejecutivos, que son distintos de los reglamentos delegados, y que permiten la integración de las tareas legislativas de los dos órdenes, el legislativo y el ejecutivo (conf. Bianchi, Alberto B. "La delegación de facultades legislativas en el derecho constitucional de las provincias", en ED 130:831).

Pero esa delegación no la habilitaba a incorporar previsiones que van en contra del espíritu de la ley.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho, en virtud del principio de legalidad, que "... no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales prevalezcan sobre lo dispuesto en normas de rango legal y, en cambio, debe en todo caso entenderse que el sentido, la validez e incluso la eficacia de las primeras queda subordinada a lo establecido en la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

legislación general aplicable al contrato, que los pliegos tienen por finalidad reglamentar” (CSN, fallos 316:3157).

Por su lado, nuestra Suprema Corte de Justicia ha dicho que: “... la ley tiene prioridad por sobre el reglamento, pues tiene prioridad la expresión de la voluntad de la comunidad por sobre la expresión de la voluntad subalterna de la Administración, lo que impone la "absoluta subordinación del reglamento a la ley ... De allí la sabia limitación que el propio constituyente incorporó en la Carta Magna, en tanto, si bien reconoció la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, lo hizo aclarando que, al ejercerla, éste debe tener el cuidado de no alterar el espíritu de las leyes con excepciones reglamentarias”. Y que “... Como con acierto señala Gordillo, el sentido de la norma constitucional es prohibitivo, y no supone otorgarle al Poder Ejecutivo la facultad de definir los términos legales, llenar supuestos vacíos o lagunas, corregir errores, ni interpretar con acciones positivas el supuesto espíritu de la ley, sino tan sólo abstenerse de violarlas con esas excusas, limitándose a cumplir fielmente sus disposiciones, de acuerdo a la finalidad y objetivos del texto parlamentario...” (S.C.B.A., causa L 84.686, del 22-8-07).

Es que debe notarse lo siguiente: la ley 11.771 destinó las acciones clase C “a los trabajadores”, y también se destinó por la ley 10.904 las acciones clase B “a los trabajadores”. Por su lado, el Estatuto contenido en el Decreto 106/97 identificó como beneficiarios del programa a los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

empleados en relación de dependencia de todas las categorías (así lo repite el Pliego de Bases y Condiciones).

Frente a ello, cabe interpretar que si la intención del legislador hubiera sido excluir a los que se encontraban fuera del convenio lo hubiera dicho así. Por el contrario, al término “a los trabajadores” se le dio la precisión de que fueran los que se encontraran en relación de dependencia de todas las categorías.

Esta interpretación no resulta aventurada si se tiene en cuenta el momento en que fue dictado el conjunto normativo que vengo analizando: el de las privatizaciones de empresas del Estado dentro del marco de la reforma del mismo (acoto aquí, brevemente, que los actores venían cumpliendo sus labores bajo la dependencia de Eseba S.A., cuya creación estuvo infundida por los principios de la asignación de propiedad con sentido social, tal lo que resulta de los fundamentos de la ley 10.904, siendo los empleados sujetos relevantes de esa transformación).

En ese proceso, que se dio a distintos niveles de la administración, se tuvo en consideración en forma explícita la situación de los trabajadores y la protección de sus derechos, tanto en lo referido al resguardo de las fuentes de trabajo, al modo en que serían prestadas las labores ante las nuevas prestadoras (incluido el encuadramiento sindical) como al reconocimiento de los servicios que habían cumplido frente al Estado (conf. CSN, Fallos 324:3876). Al respecto, mediante el artículo 14 del Decreto 191/96 se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

entendió por encuadramiento laboral la continuación de las condiciones económicas previas a la transformación.

En dicho contexto se inscribe el P.P.A.P., que aquí se viene discutiendo, como instrumento para mejorar las condiciones económicas de los trabajadores.

En apoyo de mi postura, tengo en cuenta que en el mismo sentido apuntan las previsiones dictadas en el orden nacional, en las que se reconoció el derecho a los trabajadores a participar en el programa “por su mera relación de dependencia”, siendo la enumeración “taxativa” (arts. 22 y 29 de la ley 23.696, arts. 5º y 6º de los Decretos 2686/91 y 584/93. Conf. Dromi, Roberto. “Empresas Públicas. De estatales a privadas”. Ed. Ciudad Argentina, Bs. As., 1997, págs. 29/30 , 36 y 163/165).

Además, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le ha conferido al trabajador la calidad de sujeto de preferente atención constitucional (CSN, Fallos 331:1815 ya citada, considerando III).

Por lo demás, obra en autos la Resolución nº 185 del Ministro de Obras y Servicios Públicos, por la que se aprobó la fórmula polinómica para establecer la proporción de acciones que correspondería a cada empleado. En sus considerandos se alude a lo previsto en la ley 11.771 y la Circular 36, siendo los sujetos beneficiarios los empleados de todas las jerarquías en relación de dependencia, sin exclusión (fs. 324/326).

Sólo agrego aquí, para terminar, que la ley 11.769 (el marco regulador de la actividad eléctrica en nuestra provincia), que trae ahora el Fisco de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Provincia de Buenos Aires en sus agravios, no tiene aplicación a la situación de autos, desde que las normas que éste cita (art. 53 inciso o) son atinentes al encuadre convencional del personal que se destine a la prestación de los servicios de los concesionarios municipales, provinciales o ESEBA S.A., o sus continuadores, es decir, tiene que ver con la prestación laboral en sí, pero no puede considerarse que abarque la previsión de la posibilidad de participar en ese 10 % de capital accionario que se destinó a los empleados con motivo de las privatizaciones.

Y que la participación sindical no puede interpretarse más que en su carácter tuitivo y para operar en el seguimiento de los distintos pasos que debían cumplirse en el largo proceso de las privatizaciones (“podrán”, dice la ley 11.771). Pero no debe perderse de vista que la opción para participar en el programa era voluntaria, personal y ni siquiera podía hacerse por medio de representante.

En función de estos argumentos, entiendo que la Circular nº 36 A, al innovar en el universo de beneficiarios del P.P.A.P., es inconstitucional pues alteró el espíritu de la ley 11.771 y las normas que fueron su consecuencia (Decreto 106/97 y Pliego de Bases y Condiciones), conculcando el principio de división de poderes y violando el principio de legalidad que debía observar en el ejercicio de las funciones encomendadas. Con ello ha introducido una exclusión que discrimina a los aquí actores.

Esta norma resulta, entonces, irrazonable, ya que afecta su derecho a la igualdad que les reconoce a los actores tanto la Constitución Nacional



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

como la Provincial (art. 16 de la Constitución Nacional; art. 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; arts. 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 23.313).

X. Finalmente, queda que considere la situación del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que se incorporó al proceso en calidad de tercero.

La sentencia de primera instancia, al rechazar la demanda, desestimó también la citación a su respecto.

Toda vez que por haberse receptado los agravios, el resultado de la sentencia será otro (la admisión de la pretensión), corresponde que trate las defensas oportunamente introducidas por esa entidad.

En este sentido, esta Sala tiene dicho que "... por el efecto adhesivo del recurso de apelación se impone el análisis de las defensas oportunamente introducidas en la contestación de demanda que por el contenido de la decisión del "iudex a quo" quedaron sin tratamiento y mantienen plena virtualidad en la Alzada (conf. Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos...", t. III, p. 111, pto. XVI, 2da. ed. reelaborada y ampliada, Ed. Platense-Abeledo Perrot), pues la cámara asume, con motivo de la apelación interpuesta por el vencido, competencia plena sobre el material litigioso, y las cuestiones de que se trata quedan sometidas a su decisión, siempre, claro está, respetando la extensión del recurso y el principio de congruencia (conf. Palacio, Lino E., "Derecho Procesal Civil", t. V, Actos procesales, pág. 465, ed. Abeledo-Perrot. Esta Sala, causa 103.415, RSD



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

192/09, 112.039, RSD 36/10, 114.130, RSD 82/12, e. o.).

Al respecto, señalo que del Contrato de Administración Fiduciaria que firmó con Transener surge que, si bien este banco no tiene ninguna intervención en la admisión de los peticionantes al programa, sí es responsable no sólo de la custodia de las acciones, sino también de su administración (fs. 238/244; CSN, Fallos 325:3366).

Esta circunstancia -toda vez que la demanda entablada persigue tanto la declaración de inconstitucionalidad como la admisión en el P.P.A.P.-, es la que impone que no pueda receptarse su pretensión de desligarse del proceso (máxime teniendo en cuenta que en autos no se ha informado cuál ha sido el resultado de la propuesta de implementación del programa que se explicitó en la audiencia ya citada). Aunque, claro está, su actuación quedará circunscripta a las operaciones que aseguren el derecho de los recurrentes con posterioridad a la admisión en el programa, es decir, todo lo que concierne a la administración del mismo.

Por ello, corresponde que el Banco de la Provincia de Buenos Aires quede alcanzado por los efectos de lo que aquí se decide, aunque con el alcance que acabo de indicar (arts. 94, 260, 266, 272 del Cód. Procesal; 1197, 1198 del Cód. Civil).

XI. En consecuencia, propondré a mi distinguida colega de Sala hacer lugar a los agravios de los actores declarando inconstitucional la Circular nº 36 A y disponiendo que se los incorpore en el P.P.A.P. instituido por la privatización de Eseba S.A. (y su creada Transba S.A.), actitud que deberán



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

observar, en la parte que les corresponde, tanto Transener S.A. como el Banco de la Provincia de Buenos Aires (arts. 242, 260, 266, 384, 385 del Cód. Procesal; 4 y 11 de la ley 20.744 (Contrato de Trabajo); 1197 y 1198 del Cód. Civil; 11, 27, 31, 39, 57, 144 inc 2º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 14 bis, 16, 17 y 99 inc. 2 de la Constitución Nacional).

XII. Atento el resultado del recurso, corresponde adecuar las costas de la primera instancia, las que se imponen a las demandadas Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Transener S.A. en su carácter de vencidas. Las devengadas por la actuación ante la Alzada se imponen también a esas demandadas, atento revestir el mismo carácter. En lo atinente a las costas por la actuación del tercero Banco de la Provincia de Buenos Aires, conforme a lo que se decide en cuanto al alcance de su incumbencia en el proceso, se imponen las devengadas en ambas instancias por su orden (arts. 68 y 274 del Cód. Procesal).

Por las razones expuestas doy mi voto por la **NEGATIVA**.

Por los mismos fundamentos, la doctora LARUMBE votó en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL DOCTOR SOTO DIJO:

Logrado el necesario acuerdo de opiniones al votar y decidir la cuestión que antecede, corresponde: I. Revocar en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 620/630 y, en consecuencia, declarando la inconstitucionalidad de la Circular nº 36 A dictada por el Comité Privatizador



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

de Eseba S.A. (y su creada Transba S.A.). Asimismo, disponiendo que se incorpore a los actores J. O. A., R. J. F., H. J. P., V. L., M. A. C., C. E. C., J. C. D., F. A. L., J. J. B., A. E. I., J. P. P., V. H. O. y R. A. O. K. en el Programa de Participación Accionaria del Personal instituido por la privatización de Transba S.A., procedimiento que se encuentra a cargo de las demandadas Transener S.A. y el Banco de la Provincia de Buenos Aires en el marco de sus incumbencias conforme al contrato de fideicomiso oportunamente celebrado. II. Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Transener S.A. Las devengadas por la actuación del Banco de la Provincia de Buenos Aires se imponen por su orden (arts. 69 y 274 del Código Procesal). III. Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con la de la precedente etapa (art. 31 decreto-ley 8904/77).

ASI LO VOTO.

La doctora LARUMBE adhirió en un todo al voto que antecede, con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dictándose por el Tribunal la siguiente:

S E N T E N C I A:

La Plata, 6 de mayo de 2014.

AUTOS Y VISTOS: CONSIDERANDO:

Que en el precedente Acuerdo ha quedado establecido que el decisorio de fs. 620/630 no es justo (arts. 14 bis, 16, 17, 99 inc. 2 de la Constitución Nacional; 3, 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; 11, 27, 31, 39, 57, 144 inc. 2°, 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

PODER JUDICIAL

EXCMA. CAMARA DE APELACION

Aires; 699, 700, 1197, 1198 del Código Civil; 68, 94, 242, 246, 260, 266, 272, 274, 345 inc. 3º, 384, 385 del C.P.C.C.; 4, 11 de la ley 20.746; 31 del dec. ley 8904/77; doctrina y jurisprudencia citada).

POR ELLO: corresponde I. Revocar en todas sus partes la sentencia dictada a fs. 620/630 y, en consecuencia, declarando la inconstitucionalidad de la Circular nº 36 A dictada por el Comité Privatizador de Eseba S.A. (y su creada Transba S.A.). Asimismo, disponiendo que se incorpore a los actores J. O. A., R. J. F., H. J. P., V. L., M. A. C., C. E. C., J. C. D., F. A. L., J. J. B., A. E. I., J. P. P., V. H. O. y R. A. O. K. en el Programa de Participación Accionaria del Personal instituido por la privatización de Transba S.A., procedimiento que se encuentra a cargo de las demandadas Transener S.A. y el Banco de la Provincia de Buenos Aires en el marco de sus incumbencias conforme al contrato de fideicomiso oportunamente celebrado. II. Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Transener S.A. Las devengadas por la actuación del Banco de la Provincia de Buenos Aires se imponen por su orden (arts. 69 y 274 del Código Procesal). III. Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con la de la precedente etapa (art. 31 decreto-ley 8904/77). **Reg. Not. Dev.-**