

## Entrega Y Pago De Bonos De Participacion En Las Ganancias Programa De Propiedad Participada Prescripcion Decreto 395 92

### JURISPRUDENCIA

Entrega y pago de bonos de participación en las ganancias. Programa

de propiedad participada. Prescripción. Decreto 395/92

Se revoca la sentencia apelada en cuanto admitió la excepción

de prescripción planteada por la demandada y se hace lugar a la demanda, condenando a Telefónica de Argentina y al Estado Nacional a abonar a los actores las sumas que les corresponden por entrega y pago de bonos de participación en las utilidades de la empresa.

En Buenos Aires, a los 20 días del mes de febrero de 2015, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, la doctora Graciela Medina dice: I. Vienen las presentes actuaciones con motivo del recurso de hecho deducido por la parte actora contra la sentencia dictada por la Sala III del Tribunal a fs. 495/497, mediante la cual confirmó la decisión de primera instancia y desestimó los recursos interpuestos con costas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja interpuesta, declaró admisible el recurso extraordinario y en consecuencia, revocó la sentencia apelada, con el alcance precisado en el fallo in re ?Domínguez Susana Isabel y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otro s/ Programa de Propiedad Participada? (D.281.XLV), del 10 de diciembre de 2013. Por tal motivo, devolvió la causa para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo a lo allí expuesto (confr. fs. 596/597 y asignación de fs. 599). II. En el pronunciamiento de fs. 419/423vta., la Sra. Jueza de primera instancia rechazó la demanda promovida por Enrique Santos TAMARGO, Tomás Juan SAENZ SAMANIEGO, Pedro Alberto MESSINITI, Duarte Tomás CHILAVERT, Feliciano GAUNA, Roberto Carlos CHIODINI, Oscar Edgardo CASASOLA, Héctor Rodolfo GUEVARA, Diego Pablo LAGUILLO y Adrián Horacio TÉVEZ, contra el Estado Nacional ?Poder Ejecutivo Nacional- y Telecom Argentina S.A., con el objeto de que la empresa licenciataria sea condenada a pagar los bonos de participación en las ganancias por el período no prescripto, y hasta el dictado de la sentencia definitiva. Asimismo, reclamaron que se emitan o entreguen los bonos de participación mientras dure la vigencia de los respectivos contratos de trabajo de cada actor. Además solicitaron que el Estado Nacional sea condenado a pagar los daños y perjuicios ocasionados por el dictado del Decreto N° 395/92, más los intereses y costas.

La señora Jueza decidió en la mencionada sentencia hacer lugar a la defensa de prescripción planteada por la empresa concesionaria. Sostuvo que es aplicable el plazo decenal y que éste debía computarse a partir de la publicación en el Boletín Oficial del Decreto N° 395/92, es decir el 10/03/92, siendo que desde esa fecha hasta la interposición de la demanda (conf. cargo de fs. 17, 09/03/07) transcurrió el plazo indicado. III. Dicha decisión motivó la apelación articulada por la parte actora a fs. 436, quién expresó agravios a fs. 448/459, que fueron replicados por el Estado Nacional a fs. 461/466vta. y por Telefónica de Argentina S.A. a fs. 468/482vta. Por otro lado, recurrió el decisorio la empresa concesionaria a fs. 438, quién expresó agravios a fs. 477/477vta.

cuestionando la forma en la que se impusieron las costas, el que fue replicado por la parte actora a fs. 467. Los accionantes sostienen: a) La decisión del ?a quo? que declaró que la demanda se encontraba prescripta, es errónea. Señalan que aquella contiene varias acciones: el pedido de inconstitucionalidad del Decreto N° 395/92 que es imprescriptible; el pedido de pago y entrega de los bonos a la empresa telefónica y el pago de los daños y perjuicios al Estado Nacional que es prescriptible; b) Sostienen que el plazo decenal del art. 4023 del Código Civil no empieza a correr desde la publicación del Decreto N° 395/92 sino desde que la deuda es exigible; c) Argumentan que los trabajadores tienen el derecho de participar sobre el 10% de las ganancias brutas de la empresa licenciataria; d) Cuestionan la imposición de costas; y por último e) Recurren los honorarios regulados en el decisorio en crisis.

IV. En la resolución de fs. 495/497, la Sala III del Tribunal, confirmó el acogimiento de la prescripción y desestimó la demanda impetrada con costas. Con respecto al recurso de Telefónica, desestimó el mismo por inexistencia de gravamen. A los fines de resolver la cuestión planteada, es oportuno comenzar por señalar que el Tribunal sólo se ocupará de los aspectos decisivos de la controversia, sin entrar en consideraciones innecesarias para resolverlas, pues los jueces no están obligados a tratar cada una de las argumentaciones que desarrollan las partes en sus agravios, sino sólo aquellas que sean conducentes para la solución del caso (Fallos: 262:222; 278:271; 291:309; 308:584 y 331:2077).

V. Ahora bien, en primer lugar es necesario destacar la situación de la representación estatal que no articuló la excepción de prescripción y que, a pesar de ello, la Magistrada de la anterior instancia rechazó la demanda haciendo extensivos los efectos jurídicos de aquella defensa planteada únicamente por Telefónica de Argentina S.A. Por lo tanto, corresponde modificar la decisión, pues el Estado Nacional no puede beneficiarse con una defensa no planteada. Más allá del fundamento constitucional y procesal para justificar ese aserto, el desacierto del Tribunal de grado no ha reparado tampoco en la distinta causa de las obligaciones que se endilgan a ambos codemandados y que se trata de dos deudores diferentes.

VI. Por una cuestión de orden lógico comenzaré por analizar en primer término los agravios referidos a la defensa de prescripción

de la empresa telefónica contra el progreso de la acción (agravio de la parte actora, punto V y siguientes, fs. 449vta./453). El criterio que había adoptado ¿al igual que la mayoría de mis colegas del Tribunal-, para el cómputo del plazo de prescripción en la acción de reclamo por entrega y pago de bonos de participación en las utilidades de la empresa telefónica omitidos por el dictado del decreto 395/92 ¿que fue declarado inconstitucional en la causa ¿Gentini? (Fallos 331:1815)-, fue que quedaba expedita a partir de la publicación del decreto mencionado (ver esta Sala, causa n° 2086/08 del 03/10/12, causas 18.114/07 del 23/11/11, 5735/99 del 16/05/02; Sala III causas N° 7209/99 del 05/08/08, 1521/03 del 10/05/11, 2009/07 del 06/11/12; Sala I, causa N° 2074/07 del 11/09/12, 1745/07 del 19/06/12, 1767/07 del 26/04/12, 5081/01 del 25/03/10, entre muchas otras). Empero, a partir del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re ¿Domínguez, Susana Isabel y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros S/ programa de propiedad participada? de fecha 19/12/2013, creo pertinente rever la cuestión. Importa destacar que allí el Máximo Tribunal ¿apartándose del dictamen de la Señora Procuradora Fiscal-, por mayoría, resolvió que la sala interviniente (esta propia Sala) no había dado respuesta concreta a las alegaciones de los reclamantes relativas a que la obligación dineraria a favor de los actores y el correlativo daño por su insatisfacción se fue produciendo en forma periódica, en cada oportunidad en que se abonó el dividendo (art. 231 de la Ley de Sociedades Comerciales), según las ganancias que, eventualmente, resultaran de cada balance. Por ello, no podría ubicarse el inicio del cómputo de la prescripción para todos los períodos litigiosos en la oportunidad en que fue publicado el decreto 395/92, sino que debía tratarse particularmente la prescripción de las obligaciones a plazo. La ponderación de este argumento, conlleva a modificar la elección de la norma que ha sido utilizada ¿por esta Sala en otros precedentes- a fin de calcular el plazo de prescripción. Ello es así, puesto que la acción deducida refiere a créditos que se devengan por años o por plazos periódicos, por ello corresponde aplicar el art. 4027, inc. 3°, del Código Civil, que establece un plazo de prescripción de cinco años.

De ahí que proponga la aplicación del artículo 4027, inciso 3°, del Código Civil, por tratarse de un reclamo de montos que se devengan periódicamente. Para entender correctamente la cuestión ha de estarse al fundamento de la norma que explica con claridad Salvat quien dice ¿la consideración especial con que son tratados los deudores respecto de las obligaciones comprendidas en el art. 4027 y el propósito de sancionar la negligencia de los acreedores se comprende mejor cuando se tiene en cuenta que los atrasos, como se señala en el artículo, se atienden con los ingresos o las rentas periódicas del deudor de tal manera que si se deja pasar un periodo tan prolongado, que alcanza a sesenta meses o cinco años, el reclamo que entonces hiciera el acreedor, destrozaría las finanzas del deudor, por la imposibilidad de atender una erogación tan importante con los recursos ordinarios? (Salvat Galli-Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en General 6ta. ed. 1956, T III, p. 544 citado por Susana Lambois en Código Civil Comentado Ed. Hammurabi dirigido por Bueres Highton, T° 6 B, pág. 817). En el caso, la demanda fue deducida el 09 de marzo de 2007 (ver cargo mecánico que obra a fs. 17), por lo tanto debe declararse prescripta la acción contra Telefónica Argentina S.A. por los créditos correspondientes a los montos que se hubieran devengado a favor de los actores por los períodos anteriores a marzo de 2002. Asimismo, encuentro procedente el reclamo por los cinco años anteriores a la promoción de la demanda y hasta que la sentencia quede firme, en tanto los actores hubieran conservado la relación de dependencia que habilita la liquidación del bono. Por ello se deberá practicar, en la etapa de ejecución de sentencia, una nueva liquidación (confr. arg. del voto del Dr. de las Carreras, en causa N° 7833/07 del 07/03/2014). VII. En lo relativo a la validez constitucional del decreto 395/92 y la responsabilidad de ambas codemandadas, la Corte Suprema fijó la doctrina a seguir en la causa G.1326.XXXIX. ¿Gentini, Jorge Mario c/ Estado Nacional ¿Ministerio de Trabajo y Seguridad?, fallada el 12 de agosto de 2008. Allí se juzgó que esa norma era inconciliable con nuestra ley fundamental y que afectaba derechos adquiridos de los beneficiarios de los bonos de participación en las ganancias. Tal decisión vino a confirmar el criterio adoptado por la Sala III ¿Tribunal que integro- al pronunciarse con fecha 20 de julio de 2006 in re ¿Mendoza Aníbal Omar y otros c/ Estado Nacional ¿Ministerio de Economía s/ Proceso de Conocimiento? (causa N° 9773/00), en donde se resolvió la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el art. 4° del decreto en cuestión y se responsabilizó al Estado Nacional y a Telecom con el siguiente alcance: al Estado Nacional se le atribuyó responsabilidad por la frustración de los beneficios que los demandantes habrían obtenido en su oportunidad, de no existir el decreto 395/92 y de contar con la reglamentación pertinente de su derecho (arts. 508, 511, corr. y conc. del Código Civil). Aquí se trató de compensar sólo una demora, toda vez que la indemnización sustitutiva no era imposible para el deudor originario. En consecuencia, se decidió que la demora debía ser resarcida por una suma de dinero que representase los intereses del capital de condena a determinarse en la etapa de ejecución de sentencia, y hasta que la sentencia quede firme, ya que ésta sustituye ¿por su carácter de norma jurídica individual- la regulación omitida por el Estado Nacional. En lo que concierne a la empresa Telefónica, habiéndose removido el obstáculo legal que lo eximía ilegítimamente de la emisión de los bonos de participación, fue condenado a abonar una suma de dinero representativa, aproximadamente, del lucro que habrían obtenido los demandantes si hubiesen contado con dichos títulos en tiempo propio. En autos el cálculo procedente contra la empresa telefónica, cuyas bases serán explicadas más adelante, prosperará por los cinco años anteriores a la promoción de la demanda (09/03/07, conf. cargo que luce a fs. 17). Respecto a la condena del Estado

Nacional, no corre igual suerte en virtud de las consideraciones que paso a exponer. VIII. En lo que atañe al Estado Nacional, teniendo en consideración que los efectos jurídicos de la prescripción no corresponden hacerselos extensivos, por ello corresponde confirmar su responsabilidad por el dictado del decreto 395/92. En consecuencia, en lo que atañe a dicho co-demandado, las consideraciones expuestas en la causa "Mendoza" antes citada, autorizan a responsabilizarlo por la frustración de los beneficios que los demandantes -Enrique Santos TAMARGO, Tomás Juan SAENZ SAMANIEGO, Pedro Alberto MESSINITI, Duarte Tomás CHILAVERT, Feliciano GAUNA, Roberto Carlos CHIODINI, Oscar Edgardo CASASOLA, Héctor Rodolfo GUEVARA, Diego Pablo LAGUILLO y Adrián Horacio TEVEZ? habrían obtenido en su oportunidad, de no existir el decreto 395/92 y de contar con su reglamentación pertinente a su derecho. Se trata de compensar sólo una demora, toda vez que la indemnización sustitutiva no era imposible para el deudor originario. En atención a ello, corresponde condenarlo al pago de los intereses devengados desde la entrada en vigencia del decreto 395/92 sobre el capital que le hubiese correspondido a cada actor por los bonos de participación en las ganancias, que se determinará en la etapa de ejecución y conforme las pautas que se especificarán: ellos correrán desde la aprobación del primer balance que hubiera generado utilidades y hasta que la sentencia quede firme, ya que ésta sustituye "por su carácter de norma jurídica individual- la regulación omitida por el Estado Nacional, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días. La condena se hará efectiva con arreglo al régimen de consolidación de deudas públicas vigentes "es decir que la condena a cargo del Estado se establece con el alcance definido en "Mendoza", bien que acotada a los términos de este pronunciamiento- (conf. Sala III, causa N° 9773/00, "Mendoza Aníbal Omar y otros c/ Estado Nacional "Ministerio de Economía- s/ Proceso de Conocimiento?). En otro orden de ideas, la responsabilidad de la empresa telefónica sólo deriva de la ley pues, una vez anulado el decreto citado, queda intacta la prestación a su cargo prevista en el art. 29 de la ley 23.696. En consecuencia, se condena a la prestataria al pago de una suma representativa del lucro que habrían obtenido los demandantes "Enrique Santos TAMARGO, Tomás Juan SAENZ SAMANIEGO, Pedro Alberto MESSINITI, Duarte Tomás CHILAVERT, Feliciano GAUNA, Roberto Carlos CHIODINI, Oscar Edgardo CASASOLA, Héctor Rodolfo GUEVARA, Diego Pablo LAGUILLO y Adrián Horacio TEVEZ- si hubiesen contado con los bonos de participación en tiempo propio "lógicamente que considerando únicamente los períodos no prescriptos tratados "ut supra?-. IX. En lo que respecta al porcentaje participable en las ganancias, si bien la actora ha solicitado el 10% de las utilidades brutas de la empresa Telefónica Argentina S.A. durante los períodos correspondientes, la cuestión ha sido resuelta por el Tribunal en pleno en la causa 4398/01 "Parota César y otros c/ Estado Nacional" del 27 de febrero de 2014, estableciendo que la indemnización debe ser calculada sobre el 2% de las "ganancias imponibles" (resultado antes de impuestos) de la empresa. Por esta última, debe entenderse a aquellas ganancias representadas por el monto sujeto al cálculo del impuesto a las ganancias que la sociedad debe tributar, y que equivale, en términos generales, a la ganancia bruta, incluidos todos los ingresos obtenidos durante el ejercicio (tanto eventuales como extraordinarios), menos todos los gastos ordinarios y extraordinarios devengados durante dicho ejercicio. Esta conclusión se funda en que el bono de participación se computa como gasto de la sociedad (confr. art. 230, primer párrafo, de la ley 19.550), lo que implica que incidirá en el resultado del ejercicio como pérdida ordinaria proveniente de un pago que integra la retribución del empleado beneficiario. Por lo tanto, durante la etapa de ejecución de sentencia, y con la intervención del perito contador designado en la causa, deberá establecerse el monto que le corresponde abonar a Telefónica de Argentina S.A., en favor de los Sres. TAMARGO, SAENZ SAMANIEGO, MESSINITI, CHILAVERT, GAUNA, CHIODINI, CASASOLA, GUEVARA, LAGUILLO y TÉVEZ, que surgirá: a) establecer el coeficiente de participación accionaria de cada uno de los demandantes; b) se tomará el 2% de las utilidades obtenidas por la empresa telefónica en cada ejercicio involucrado en la liquidación, antes de abonar impuestos (ver causa n° 4398/01 "Parota César y otros c/ Estado nacional" del 27/02/14, donde el Tribunal en pleno estableció que la indemnización debe ser calculada sobre dicho porcentaje y utilidades) y se lo distribuirá entre los actores con arreglo al porcentaje de participación accionaria que cada uno de ellos tuvo en el P.P.P.; c) efectuar el cálculo pertinente desde marzo de 2002 "es decir desde los cinco años anteriores a la promoción de la demanda- y hasta el momento en que quede firme esta decisión, en tanto los actores hubieran conservado la relación de dependencia que habilita la liquidación del bono; y d) devengar intereses a la tasa que cobra el B.N.A. en sus operaciones de descuento a treinta días, computado desde la aprobación de cada uno de los balances respectivos por parte de la Asamblea hasta el efectivo pago (confr. esta Sala, causa N° 6537/01 "Amor?", del 23/12/13). Siguiendo igual lineamiento para determinar la condena del Estado Nacional, deberá establecerse el monto que le correspondería a los Sres. TAMARGO, SAENZ SAMANIEGO, MESSINITI, CHILAVERT, GAUNA, CHIODINI, CASASOLA, GUEVARA, LAGUILLO y TÉVEZ, que surgirá del pago de los intereses devengados desde la entrada en vigencia del decreto 395/92 sobre el capital que le hubiese correspondido a los mencionados actores por los bonos de participación en las ganancias siguiendo las pautas recién mencionadas que, respecto a dicho co-demandado, correrán desde la aprobación del primer balance que hubiera generado utilidades y hasta que la sentencia quede firme, ya que ésta sustituye "por su carácter de norma jurídica individual- la regulación omitida por el Estado Nacional, a la tasa que

percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días. La condena se hará efectiva con arreglo al régimen de consolidación de deudas públicas vigentes ¿es decir que la condena a cargo del Estado se establece con el alcance definido en ¿Mendoza?, bien que acotada a los términos de este pronunciamiento- (conf. ¿Mendoza Aníbal Omar y otros c/ Estado Nacional ¿Ministerio de Economía s/ Proceso de Conocimiento? causa n° 9773/00 del 20/07/06). X. Respecto a las costas, en atención al cambio reciente de la línea jurisprudencial debido a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en la causa ¿Domínguez Susana Isabel y otros?, fallada el 10/12/13, encuentro justificada la distribución de los gastos causídicos de ambas instancias por su orden y en todas las relaciones procesales (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.N.). XI. Por lo expuesto, propongo: a) modificar el decisorio apelado respecto a la responsabilidad del Estado Nacional respecto de los Sres. Enrique Santos TAMARGO, Tomás Juan SAENZ SAMANIEGO, Pedro Alberto MESSINITI, Duarte Tomás CHILAVERT, Feliciano GAUNA, Roberto Carlos CHIODINI, Oscar Edgardo CASASOLA, Diego Pablo LAGUILLO, Héctor Rodolfo GUEVARA y Adrián Horacio TÉVEZ debiendo abonarles las sumas que resultan de los considerandos precedentes, que serán calculados con precisión en la etapa de ejecución de sentencia; b) revocar la decisión apelada en cuanto admitió la excepción de prescripción planteada por Telefónica de Argentina S.A.; c) Hacer lugar a la demanda promovida condenando a Telefónica de Argentina S.A., a pagar a Enrique Santos TAMARGO, Tomás Juan SAENZ SAMANIEGO, Pedro Alberto MESSINITI, Duarte Tomás CHILAVERT, Feliciano GAUNA, Roberto Carlos CHIODINI, Oscar Edgardo CASASOLA, Diego Pablo LAGUILLO, Héctor Rodolfo GUEVARA y Adrián Horacio TÉVEZ las sumas que resultan de los considerandos precedentes, que serán calculados con precisión en la etapa de ejecución de sentencia, con los intereses indicados; y d) las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado y en todas las relaciones procesales (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal). El doctor Ricardo Víctor Guarinoni, por razones análogas a las expuestas por la doctora Graciela Medina, adhiere a su voto. El doctor Alfredo Silverio Gusman no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Sala, por mayoría, RESUELVE: a) modificar el decisorio apelado respecto a la responsabilidad del Estado Nacional respecto de los Sres. Enrique Santos TAMARGO, Tomás Juan SAENZ SAMANIEGO, Pedro Alberto MESSINITI, Duarte Tomás CHILAVERT, Feliciano GAUNA, Roberto Carlos CHIODINI, Oscar Edgardo CASASOLA, Héctor Rodolfo GUEVARA, Diego Pablo LAGUILLO y Adrián Horacio TÉVEZ debiendo abonarles las sumas que resultan de los considerandos precedentes, que serán calculados con precisión en la etapa de ejecución de sentencia; b) revocar la sentencia en cuanto hizo extensiva al Estado Nacional los efectos de la excepción de prescripción planteada por Telefónica de Argentina S.A.; c) revocar la decisión apelada en cuanto admitió la excepción de prescripción planteada por Telefónica de Argentina S.A.; d) Hacer lugar a la demanda promovida condenando a Telefónica de Argentina S.A., a pagar a Enrique Santos TAMARGO, Tomás Juan SAENZ SAMANIEGO, Pedro Alberto MESSINITI, Duarte Tomás CHILAVERT, Feliciano GAUNA, Roberto Carlos CHIODINI, Oscar Edgardo CASASOLA, Héctor Rodolfo GUEVARA, Diego Pablo LAGUILLO y Adrián Horacio TÉVEZ las sumas que resultan de los considerandos precedentes, que serán calculados con precisión en la etapa de ejecución de sentencia, con los intereses indicados; y e) las costas de ambas instancias se distribuyen en el orden causado y en todas las relaciones procesales (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal). Difiérase la regulación de honorarios al momento en que haya liquidación aprobada. Hágase saber a los intervinientes la vigencia de las acordadas n° 31/11 y 38/13 ¿B.O. 17/10/13-. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO VÍCTOR GUARINONI GRACIELA MEDINA

001238E