

Danos Y Perjuicios Bono De Participacion En Las Ganancias Prescripcion Decenal Plenario Responsabilidad Del Estado Solidaridad

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Buenos Aires, el 21 de junio de 2017, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación. Miguel Ángel Pirolo dijo: La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción deducida por los actores y condenó a Telefónica de Argentina S.A. a abonarle a aquellos, en concepto de resarcimiento derivado del perjuicio económico ocasionado por la falta de obtención de los bonos de participación accionaria del art. 29 de la ley 23.696, el monto que resulte de la liquidación a practicarse en la oportunidad del art. 132 de la LO de conformidad con las bases y referencias determinadas en el fallo. En tanto, rechazó la demandada incoada contra el Estado Nacional-Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos a quien liberó de toda responsabilidad por el reclamo. A fin de que sea revisada esa decisión por este Tribunal de Alzada, interpusieron sendos recursos de apelación la parte actora y la demandada Telefónica de Argentina S.A., en los términos y con los alcances que explicitan en sus respectivas expresiones de agravios (ver fs. 257/261 y 266/277). La parte actora se agravia del quantum indemnizatorio fijado en la sentencia por considerarlo reducido ya que entiende que el resarcimiento debió ser calculado sobre las ganancias brutas y no sobre las netas. Cuestiona que la indemnización de cada uno de los actores se calcule hasta la fecha de presentación del informe pericial pues aduce que en la demanda lo solicitó, conforme lo prevé el art. 331 del CPCC, hasta el dictado de la sentencia. Se queja porque la sentencia liberó de toda responsabilidad al Estado Nacional Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos. Objeta la forma en que fueron impuestas las costas. La demandada Telefónica de Argentina SA critica la decisión de grado en cuanto consideró que no resultaba determinante la fecha de ingreso de los actores para definir su calidad de beneficiario del Programa de Propiedad Participada. Critica que se haya rechazado la defensa de prescripción opuesta por Telefónica de Argentina SA al disponer que el plazo aplicable al caso es el decenal pues considera que debió tenerse en cuenta el plazo previsto por el art. 256 LCT o, en su defecto, el art. 848 inc 1º del Código de Comercio. A todo evento, y para el caso de que se confirme la sentencia, señala que sólo podría reconocerse a los actores el derecho a percibir utilidades por los últimos 5 períodos, ello conforme el art. 4027 inc 3º del Código Civil. Objeta el punto de partida del cómputo de plazo de prescripción que se fijó en la sentencia. Se agravia porque la sentenciante dispuso rechazar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta oportunamente. Se queja porque considera que en la sentencia en crisis no se determinó con precisión sobre qué utilidades debía calcularse la participación accionaria de los actores. Finalmente, apela la forma en que fueron impuestas las costas del proceso. Sólo con el fin de adecuar el tratamiento de las cuestiones planteadas a un método expositivo que posibilite un lógico desarrollo argumental, estimo conveniente analizar los agravios expresados por las partes en el orden que se detalla en los considerandos subsiguientes. En primer lugar, corresponde analizar los agravios de la demandada vinculados al rechazo de la defensa de prescripción por ella opuesta. Critica que se haya dispuesto que el plazo aplicable al caso es el decenal. Argumenta que debió tenerse en cuenta el plazo previsto por el art. 256 LCT o, en su defecto, el art. 848 inc 1º del Código de Comercio. A todo evento, y para el caso de que se confirme la sentencia, señala que sólo podría reconocerse a los actores el derecho a percibir utilidades por los últimos 5 períodos, ello conforme el art. 4027 inc 3º del Código Civil. Al respecto, señalo que la cuestión vinculada al plazo prescriptivo aplicable ha sido zanjada por el Fallo Plenario N° 327 in re ?Medina, Nilda Beatriz c/ Telecom Argentina S.A. y otro s/ Part. Accionariado Obrero? (14/2/2012) en el que se resolvió, conforme lo prevé el art. 303 del CPCCN, que ?El plazo de prescripción que corresponde a la acción por los créditos en favor de los trabajadores que establece el art. 29 de la Ley 23696 es el previsto en el art. 4023 del Código Civil? , actual art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación. Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de dejar a salvo mi opinión contraria al criterio sustentado por la mayoría -a cuyo efecto y por razones de brevedad me remito a las consideraciones que expuse al votar como integrante de la minoría en el referido acuerdo plenario-, el natural acatamiento a ese criterio mayoritario, me lleva a propiciar que se confirme la sentencia apelada en este aspecto, en tanto declaró aplicable el plazo de prescripción fijado en la citada doctrina plenaria. Si bien el art.12 de la ley 26.853 deroga al art.303 del CPCCN, en atención a lo establecido en el art.15 de esa misma ley y en tanto aún no está constituida la Cámara de Casación, cabe considerar que, respecto a las causas en trámite al momento de la promulgación de la norma, se mantiene la obligatoriedad de la doctrina emanada de los acuerdos plenarios dictados por esta Cámara. Sin perjuicio de ello, aún cuando se considerara -por hipótesis- actualmente desactivada la referida obligatoriedad, creo necesario destacar que, a mi entender, nada obsta a la aplicación potestativa de la doctrina que emana de los plenarios dictados por esta Cámara como fuente material de derecho; y que, en esa inteligencia, he de

propiciar que la causa sea resuelta con arreglo a esa doctrina en la medida que, con independencia de mi posición personal, refleja el criterio mayoritario de este Tribunal de Alzada. En efecto, las soluciones emanadas de los distintos plenarios dictados por esta Cámara durante varias décadas, reflejan los criterios mayoritarios del Tribunal y han dado lugar a la elaboración de doctrinas y criterios judiciales en los cuales los litigantes, a su vez, se han guiado en la estructuración de sus respectivas posturas y estrategias en cada pleito. Por ello, estimo que se trata de una valiosa fuente material de derecho y que, en salvaguarda de la seguridad jurídica y de la garantía constitucional al derecho de defensa en juicio de cada parte (art.18.C.N.), corresponde un leal sometimiento a tales criterios mayoritarios y su aplicación como tal para la solución de los litigios, con prescindencia de mi opinión personal coincidente o no con la doctrina que emana de cada plenario, al menos hasta que el Tribunal de Casación fije una doctrina diferente. En otras palabras, al margen de las razones que oportunamente expuse para coincidir o disentir con el voto mayoritario que fijó cada doctrina plenaria, estimo que elementales razones de seguridad jurídica vinculadas a las lógicas expectativas de los litigantes basadas en criterios doctrinarios y jurisprudenciales utilizados durante varias décadas, hacen necesario aplicar en el caso y con carácter potestativo la doctrina que emana del acuerdo plenario mencionado, por reflejar el criterio mayoritario y prevalente de los integrantes de este Tribunal, hasta tanto no sea fijada una nueva doctrina por la Cámara de Casación. En síntesis, considero que corresponde desestimar este aspecto de la queja y confirmar lo decidido por la instancia de grado sobre el tópico. La demandada Telefónica de Argentina SA critica el punto de partida del cómputo del plazo prescriptivo. Entiende que se debió partir del momento en el que se dictó la norma que habría afectado las expectativas de los actores de convertirse en acreedores suyos, es decir desde el dictado del Dto. 395/92 y, que por lo tanto, la demanda interpuesta se encontraría prescripta. Al respecto cabe señalar que la prescripción de la acción comienza cuando el derecho a los bonos se ha efectivamente devengado (cfr. art. 230 L.S.C.) y no antes. En efecto, los bonos de participación en las ganancias debieron ser emitidos durante cada año y, obviamente, cabe considerar que la exigibilidad de tal obligación recién se produce a los 180 días contados a partir de la sanción del Balance General y Cuenta de Ganancias y Pérdidas (cfr. Art. 26 del Dec. 2770/90), esto es el 30 de junio del año siguiente al de su devengamiento (conf. Sentencia Definitiva 97012 del 24/08/09 in re ?Maisano, Carmelo Ricardo y otros c/ Telecom Stet France Argentina SA y otro?; íd. Sentencia Definitiva Nro. 100.638 del 8/6/2012 in re ?Músico Rosario c/ Telefónica de Argentina SA y otros s/ Part. Accionariado Obrero; íd. Sentencia Definitiva Nro. 103.319 del 17/6/2014 in re ?Aguilar Carlos Abel y otros c/ Telefónica de Argentina SA s/ Daños y Perjuicios?; íd Sentencia Definitiva 104.588 del 14/7/2015 in re ?Debarbora Aldo Javier c/ Telecom Argentina SA y otro s/ Diferencias de Salarios?, del registro de esta Sala). Ha sostenido esta Sala en casos sustancialmente análogos al presente que, como principio general, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 227, 230, 231 y cc de la ley 19.550, la participación se abonará contemporáneamente con el dividendo, conforme al balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado (arg. art. 224 primera parte) lo que, por lo común, se produce al final de cada ejercicio social, esto es anualmente. De este modo no puede soslayarse que, si recién debe abonarse cada participación una vez cumplido el período pertinente, la prescripción de la acción para el cobro de cada prestación comienza a correr desde que su beneficiario está en condiciones de reclamar el pago, por lo cual en las obligaciones del tipo que aquí se está tratando, el término de prescripción comienza a partir de la fecha en que debió pagarse cada una de ellas, dado que es a partir de ese momento que el acreedor se encuentra en condiciones de reclamar judicialmente su pago; o sea, en este tipo de obligaciones, la acción por cada período comienza a prescribir desde su respectiva exigibilidad, con independencia de los demás períodos y de la fecha inicial de la secuencia (Sentencia Definitiva 100804 del 6/8/12 in re ?Blanco, Humberto Alfredo y otros c/ Telecom Argentina SA y otro s/ Part. Accionariado Obrero). En consecuencia, toda vez que, como lo dispuso la Sra Juez a quo, el inicio del plazo se ubica en fecha escalonadas a partir de la exigibilidad de cada una de las partidas anuales -en el caso se reclama por el período 2006 en adelante-, cabe desestimar la queja deducida por la demandada con sustento en que la acción se encontraría ampliamente prescripta por haber comenzado a correr el plazo el 10/3/92 -fecha del dictado del Dto 395/92- y confirmar la decisión de grado en el punto. Preciado ello, corresponde analizar el agravio vertido por Telefónica de Argentina SA en torno a la viabilización de las acciones deducidas por los actores con fundamento en que no resulta determinante la fecha de ingreso de cada uno de ellos a fin de determinar su calidad de beneficiario del programa de propiedad participada. Alega que los sujetos legitimados son aquellos que fueron transferidos a las licenciatarias del servicio en el marco de la privatización hayan o no adherido al programa en cuestión. Refiere que no son acreedores del bono los empleados de Telefónica que no hubieran formado parte de Entel ni hayan sido objeto de transferencia por parte de la autoridad competente durante la privatización. Argumenta que no hay aquí violación alguna al principio de igualdad debido a que el art. 29 de la ley 23.696 no reglamentó el art. 14 de la Constitución Nacional haciendo obligatoria la participación de los trabajadores en todas las empresas del país y tampoco la hizo extensiva a aquellos que tomaran las licenciatarias en el futuro ya que habría comprometido la estructura tarifaria de un modo imprevisible. En orden a ello, solicita se revea el decisorio de grado y se rechace la demanda interpuesta por los actores que ingresaron con anterioridad (debió decir con posterioridad, ver fs. 267vta) al 8.11.90 por no ser sujetos legitimados a acceder a los

beneficios establecidos por la ley 23.696. Sobre el punto, y dada la fecha de ingreso correspondiente a cada uno de los actores informadas por el perito contador a fs. 147, considero que se impone acoger en forma parcial la queja. Ello así por cuanto, esta Sala en numerosos precedentes anteriores (S.D. Nro. 100497 del 14/5/12 in re ?Cornella, Diego Marco y otros c/ Telecom Argentina SA y otro s/ diferencias de salarios?; S.D. Nro. 100880 del 24/8/12 in re ?Zanni, Estela Liliana y otros c/ Telecom Argentina SA y otro s/ diferencias de salarios?; S.D. Nro. 101118 del 23/10/12 in re ?Vadell, Fabio Román y otros c/ Telecom de Argentina SA y otro s/ part. Accionariado obrero?; S.D. Nro. 100546 del 23/5/12 in re ?Montone, José Héctor y otros c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ part. Accionariado obrero?; S.D. Nro. 100881 del 24/8/12 in re ?Sánchez, Hugo Daniel y otros c/ Telecom Argentina SA y otro s/ diferencias de salarios?, entre otros), sostuvo que el art. 22 de la ley 23.696 establece, con claridad, que los únicos dependientes que podían ser sujetos adquirentes en un Programa de Propiedad Participada (PPP) eran ?los empleados del ente a privatizar? lo cual, evidentemente, excluye a aquellos trabajadores que ingresaron con posterioridad a la privatización. Obsérvese que el art. 29 de la ley 23.696 establece claramente que ?En los Programas de Propiedad Participada, el ente a privatizar deberá emitir bonos de participación en las ganancias para el personal...?; y que ello revela inequívocamente que el personal beneficiario de tales bonos es el que había ingresado con anterioridad a la privatización del ?ente a privatizar? (ver en igual sentido la S.D. Nro. 93013 del 28/02/12, in re ?Ramollino, Silvana Graciela y otros c/ Telecom Argentina S.A. y otro s/ diferencias de salarios? (Expte. N° 23.077/09), del registro de la Sala III de esta Cámara). Creo pertinente señalar aquí que, a la luz del contenido explícito de los arts. 22 y 29 de la ley 23696 y del art. 1 del dec. 395/92, es indudable que sólo puede reconocerse un derecho como el que los actores pretenden a los trabajadores del ?ente a privatizar? que, obviamente, hubiesen ingresado antes de la privatización de Entel, tal como se concluyera en los distintos precedentes judiciales antes mencionados. Desde esta perspectiva, dado que, a excepción del co-actor Ríos que ingresó el 1.1.92, los restantes accionantes ingresaron a la demandada con anterioridad a la privatización de ENTEL y la consecuente implementación del Programa de Propiedad Participada llevada a cabo por el Dto. 395/92 -que determinó quiénes eran los sujetos legitimados por el citado art. 22 de la ley 23696 (conf. Art. 1) para adquirir las acciones asignadas al referido programa-, cabe concluir que, excepto Ríos, los aquí actores se encontraban legitimados para reclamar los bonos o los daños y perjuicios derivados de su falta de implementación. A mayor abundamiento cabe señalar que el art. 1° del Dto. 395/92 establece que ?Los sujetos legitimados por el artículo 22 de la Ley N° 23.696 para adquirir las acciones asignadas al Programa de Propiedad Participada, instrumentados en las Sociedades licenciatarias Norte S.A. (hoy TELECOM S.A.) y Sur S.A. (hoy TELEFONICA DE ARGENTINA S.A.) son los siguientes: Los empleados de la ex Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), al momento de la firma del Contrato de Transferencia respectivo, y que pasaron a desempeñarse en : a) Telecom Argentina Stet France Telecom S.A. o en Telefónica de Argentina S.A....? y que este criterio fue refrendado por la resolución MT y SS nro. 219/94 al disponer, en su artículo 1°: ?Fíjase como coeficiente de distribución de los bonos de participación en las ganancias previstos en el artículo 29 de la Ley 23.696, el mismo que se utilizara en cada empresa para la distribución originaria de las acciones del respectivo Programa de Propiedad Participada...?. A la luz de tales disposiciones -y de las contenidas en el art. 5 del dec. 584/93-, no hay posibilidad de reconocer el derecho a los bonos de participación en las ganancias previstos en el art. 29 de la ley 23696 a aquellos trabajadores que, como Ríos, ingresaron a la demandada con posterioridad a la privatización de Entel, pues existe un obstáculo formal consistente en la ausencia de los parámetros necesarios para su determinación toda vez que no se puede contar con el coeficiente empleado para la distribución originaria de las acciones del Programa de Propiedad Participada. Por todo lo expuesto, propongo modificar parcialmente lo decidido en grado, rechazar la acción incoada por Ríos (conf. art. 499 del Código Civil y art 726 del Código Civil y Comercial de la Nación) y confirmarla respecto de los restantes actores por considerarlos, en virtud de los fundamentos expuestos, sujetos legitimados. La demandada Telefónica de Argentina SA se agravia porque entiende que la Sra. Juez a quo omitió expedirse sobre la defensa de falta de legitimación pasiva oportunamente opuesta al contestar demanda. Refiere que la Juez de grado remite al fallo Gentini sin advertir que los hechos expuestos por los actores y las defensas no son idénticas a las del caso de autos. Alega que una cosa es que el decreto 395/92 sea inconstitucionalidad y otra muy distinta que la empresa sea responsable de manera solidaria. Entiende que la licenciataria no estaba autorizada a emitir bonos y que la a quo incurre en confusiones al examinar y aplicar los términos ?entre a privatizar? y ?licenciataria? por cuanto los mismos no son sinónimos ni refieren a los mismos sujetos, tampoco la ley 23.696 los equipara en cuanto a los derechos y obligaciones que les incumben y que, por el contrario, los diferencia. Precisa que el art. 29 se ocupa del ?ente a privatizar? y, producida aquélla, el art. 35 impone otros deberes a la ?sociedad anónima ya privatizada?. Insiste en que la expresión ?entre a privatizar? no resulta ni resultó aplicable a su mandante y que su denominación correcta es la de ?licenciataria? con la aclaración de que la ?sociedad licenciataria sur (hoy Telefónica) no está obligada a emitir el bono de participación en las ganancias para el personal?. Expone que los entes a privatizar siguieron dirigidos y administrados por el Estado quien debía redactar sus estatutos y concretar la privatización y que a las licenciatarias sólo les correspondía cumplir con el programa ya definido y reglamentado por el Poder Ejecutivo, no pudieron emitir bonos sin una previsión estatutaria. Sostiene que

difiere del caso Gentini porque en éste los actores fundaron la responsabilidad de Telefónica en el daño causado por el Dec 395/92 y que en el presente caso, los accionantes no han esbozado tal imputación. Ahora bien, el art. 29 de la ley 23.696 dispone 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 artículo 230 de la Ley 19.550. 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". Del texto transcrito surge inequívoca la disposición legal de crear en cabeza del empleador la obligación de emitir los bonos de participación desde el mismo momento en que fue declarado "ente a privatizar", lo cual resulta corroborado mediante el decreto 2778/90, con vigencia a partir del 1/1/91, cuando en el art.2º, último párrafo, establece que "a tal fin (el de la transformación global) se la declara (a Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado) comprendida en los términos de los arts.8º y 9º de la ley 23.696", vale decir, sujeta a privatización o "ente a privatizar", dentro de la terminología empleada por el art.29 de la ley de reforma del Estado. Esta interpretación ya había sido ratificada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Antonucci c/ Y.P.F. S.A. y otro" (del 20/11/2001), al remarcar que la ley 23.696 expresa un verdadero sistema destinado a la transformación del Estado destacando en el considerando 6to. que, el decreto 2778/90 dispuso la transformación de Y.P.F. en una sociedad anónima, su inclusión entre las "sujetas a privatización" en los términos de los arts.8 y 9 de la ley 23.696 sometiendo al ente a las previsiones de la ley 19.550, agregando el Alto Tribunal que la inteligencia de las normas se halla corroborada además, por la ley 24.145, en tanto convalida lo dispuesto por el decreto 2778/90, que importa otorgarle jerarquía de ley a la norma dictada por el P.E.N. y retrotraer sus efectos a la fecha de su vigencia. En consecuencia, la obligación de la empleadora surgía a partir de la propia ley 23.696 y no se hallaba condicionada a la instrumentación de ningún programa en tanto nacía desde el momento en que se la declarara susceptible de privatización (ver -entre otros- Sent. Def. n° 94.296 de fecha in re "Zenavilla De Veliz, S/ Art.29 Ley 23.696" del registro de esta Sala), circunstancia ésta que me lleva a propiciar la desestimación de la defensa de falta de legitimación pasiva por ella incoada. La parte actora se agravia del quantum indemnizatorio fijado en la sentencia por considerarlo reducido. Señala que la base propuesta por la sentenciante del 0,50% de las utilidades netas de la empresa no es el criterio seguido por la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en las sentencias por ella dictada cuando dicho Tribunal en fallo plenario el 27/2/2014 en la causa "Parota c/ Estado Nacional" estableció que las indemnizaciones reclamadas por los actores en concepto de participación en las ganancias debían ser calculadas sobre las utilidades obtenidas por Telefónica en cada ejercicio antes de abonar impuestos, estableciéndose que la indemnización debía ser calculada sobre el 2% de las "ganancias imponibles" de la empresa. Explicó que ganancia imponible equivale, en términos generales a ganancia bruta. Manifiesta que la sentencia recurrida remite a fallos cuyas conclusiones fueron dejadas de lado a partir de la doctrina legal emanada del fallo plenario precedentemente mencionado, por lo que corresponde -a su juicio y por las razones que apunta- revocar dicho aspecto del fallo y calcular la indemnización sobre el 2% -según acuerdo alcanzado entre las Salas III y I de la Cámara Civil y Comercial Federal- de las utilidades brutas ya que sólo la Sala II, en minoría en aquella Cámara la cuantifica respecto del 0,50% de las utilidades netas. A mi juicio, se impone desestimar este aspecto de la queja. Ello así porque comparto la solución propiciada por la sentenciante de grado en cuanto consideró que cabía tener en cuenta lo decidido por la Sala III de esta CNAT en el caso "Gentini", en el que, a su vez, ha sido receptado el criterio sentado por la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, la cual, al resolver cuestiones donde se debatía la misma controversia planteada en autos se decidió, por mayoría, que "la suma con la cual deben ser indemnizados los actores debe surgir de computar el 0,50% de las utilidades de cada ejercicio obtenidas por Telefónica, pues tuvo en consideración que éste fue el porcentual que se fijó en la generalidad de las empresas privatizadas, según resulta de los elementos de prueba que indican y tuvieron a la vista los Sres. Vocales que conforman el voto mayoritario (ver sentencia del 30.10.2008, dictada en autos "Leo, Gregorio y otros c/ Estado Nacional -Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otros s/ proceso de conocimiento" y sentencia del 30.10.2008 en autos "Decarre, Néstor Juan y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otros s/ proceso de conocimiento", ambas dictadas por la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal). ...En efecto, de los estatutos sociales de Hidroeléctrica Piedra del Águila SA (art. 13, aprobado por dec. 287/93), de Empresa de Transporte de Energía Eléctrica Por Distribución Troncal de la Patagonia SA -TRANSPA SA- (art.22, aprobado por Resolución 283/93 de la Secretaría de Energía), de Central Térmica Alto Valle SA (art. 22, aprobado por decreto 509/92), de Central Térmica Güemes SA (art. 22, aprobado por Resolución 99/92 de la Secretaría de Energía), de Central Térmica Sorrento SA (art. 22, aprobado por Resolución 124/92 de la Secretaría de Energía), de Centrales Térmicas del Noroeste SA (art. 22, aprobado por Resolución 82/92 de la Secretaría de Energía), de Centrales Térmicas Patagónicas SA (art. 22, aprobado por Resolución 123/93 de la Secretaría de Energía), de Centrales Térmicas del Litoral SA (art. 22), de Centrales Térmicas Mendoza SA (art. 22, aprobado por Resolución 218/93 de la Secretaría de Energía), de Central Puerto SA (art. 13, aprobado por decreto 122/92), entre otras, resulta que se establece

el 0,5% de las ganancias del ejercicio como la porción a distribuir entre los trabajadores mediante los bonos de participación?. Consecuentemente, y por razones de analogía (conf. art. 16 del Código Civil de Vélez Sársfield y art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación), considero ajustado a derecho el porcentaje fijado en el pronunciamiento recurrido (ver en este sentido Sentencia Definitiva 98.987 del 28/2/2011 in re ?Radivoy, Gabriel Anibal y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ Daños y perjuicios? del registro de esta Sala; íd. Sentencia Definitiva 100.497 del 14/5/12 in re ?Cornella Diego Marco y otros c/ Telecom Argentina SA. y otro s/ Diferencias de Salarios?). Asimismo, considero que debe desestimarse la solicitud de que dicho porcentaje se aplique sobre las utilidades brutas. Ello así por cuanto es evidente que la ganancia de una persona no está dada por la diferencia entre los precios de sus compras y los de sus ventas pues, de su resultado, deben deducirse los costos o gastos de las operaciones de la empresa que absorben parte de la utilidad bruta, por lo que procede efectuar el mentado cálculo sobre la utilidad neta ya que ésta constituye, a mi modo de ver, la real y verdadera ganancia de todo empresario (CNCOM, Sala D Sentencia del 26/3/98 in re ?Calderón, Osvaldo / Peñaflor SA?; íd. CNCOM Sala B Sentencia del 26/6/08 in re ?Querze Raul c/ Sancor Coop. Unidas Ltdas?), criterio adoptado por la Sala VI de esta Exma Cámara en la sentencia del 7/7/04 in re ?Banega, Félix c/ YPF? y Sala VIII en la Sentencia Nro. 36492 del 4/9/09 in re ?Bedino Mónica Noemí c/ Telecom Argentina SA y otro s/ Part. Accionariado Obrero? -aunque reconociéndose otros porcentajes- y que ha dejado traslucir este Tribunal en la Sentencia Definitiva Nro. 99372 del 29/6/2011 in re ?López Gallardo, María Fernanda y otros c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ Participación Acc. Obrero?. Lo expuesto me lleva a confirmar la decisión de la anterior sede en cuanto determina que el porcentaje del 0,5% se aplicará sobre las utilidades netas correspondientes a cada ejercicio. Sólo resta agregar respecto de la queja vertida por Telefónica de Argentina SA en orden a que el fallo no determinó con precisión sobre qué utilidades debía calcularse la participación de los actores que, contrariamente a lo expresado por la recurrente, y de estar a los términos que se desprenden del considerando VI del fallo apelado (ver, en especial, primer párrafo), es evidente que la Sra Juez a quo dispuso su cálculo sobre las ?utilidades netas de cada ejercicio? por lo que es evidente que, en los términos en que fue deducida la queja, ésta carece de sustento adecuado y debe desestimarse. La parte actora cuestiona la extensión del período de condena que fue determinado hasta la fecha de presentación de la pericia contable ya que sostiene que, de acuerdo a lo solicitado en la demanda con fundamento en el art. 331 del CPCCN, aquélla debió extenderse hasta la sentencia. Considero que corresponde dar favorable acogida a este segmento del recurso. Ello así por cuanto, en el punto VII de la demanda -ver fs. 15 vta párrafo tercero- los accionantes manifestaron que ?...vienen en este actor (sic) a promover la presente demanda por los daños y perjuicios derivados de la falta de entrega de los bonos de participación en las ganancias correspondientes a los ejercicios financieros siguientes, es decir desde el año 2006 en adelante y hasta el momento del dictado de la sentencia, conforme lo autoriza el art. 331 CPCCN?, sin que mediara oposición expresa de la accionada. Por lo tanto, propicio receptar el agravio vertido y modificar el pronunciamiento recurrido en cuanto a este tópico, y establecer que los créditos de autos -a excepción del coactor Ríos cuyo rechazo se propicia y - se deben calcular por el período reclamado y hasta la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia, salvo en el caso de los coactores Zas y Del Castillo que, tal como lo apuntara la Sra Juez de grado, se debe hacer el cálculo hasta la fecha de la desvinculación de cada uno de ellos conforme lo informado por el perito contador a fs. 147. Se queja la parte actora porque la sentenciante de grado consideró que en el presente caso, por sus particularidades (tiempo transcurrido y reclamo por períodos posteriores al 2006), se generaba una situación fáctica diferente a aquellos casos en los cuales el Estado Nacional resultó responsable por las consecuencias del art. 4 del Dto 395/92 y, por lo tanto, correspondía liberarlo de toda responsabilidad. Sobre el punto, cabe señalar que discrepo con lo decidido en la instancia de grado. Ello así por cuanto cabe recordar que en numerosos precedentes que tenían el mismo objeto que el presente, se había sostenido que la condena sólo debía ser impuesta a la empleadora y no contra el Estado Nacional (al entender que éste ha sido ajeno al plano obligacional por cuanto -en el marco planteado en aquéllas- no podía reprochársele falencia alguna en la implementación del rubro en cabeza del sujeto empleador desde el momento en que fue declarado ?ente a privatizar?), lo cierto es que, tal criterio, luego fue modificado con sustento en las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia recaída el 12/8/08 in re ?Gentini Jorge Mario c/ Estado Nacional?, la responsabilidad del Estado Nacional no resulta por deficiencias en la instrumentación de la participación de las ganancias de los trabajadores en los términos del art. 29 de la ley 23.696, sino que -como se fundamentara en el referido decisorio- surge por la sanción de un decreto (395/92) que instauró una regulación contraria a la claramente establecida en la norma que debía reglamentar, favoreciendo de dicho modo al detrimento patrimonial sufrido por los trabajadores, y colocando a las empresas privatizadas en el ámbito de las telecomunicaciones en una situación de privilegio respecto de las restantes (conf Sentencia Definitiva Nro. 104.588 del 14/7/15 in re ?Debarbora Aldo Javier c/ Telecom Argentina SA y otro s/ Diferencias de Salarios?; íd. Sentencia Definitiva Nro. 104.613 del 6/8/15 in re ?Carballa García José Manuel y otros c/ Telefónica de Argentina SA y otro s/ Otros Reclamos-Daños y Perjuicios?, del registro de esta Sala). En efecto, en el precedente citado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó: ?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, *Il 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 causa quienes disciernen 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...?. Preciado ello, y en orden a determinar el grado de responsabilidad de los demandados, encuentro conveniente remitirme a los argumentos que expusiera mi distinguido colega el Dr. Miguel Ángel Maza, al votar en la mencionada causa ?Gentini...?, como consecuencia de la disidencia suscitada sobre dicha temática entre la Dra. Elsa Porta y el Dr. Ricardo Guibourg en la sentencia cuyo dictado ordenara la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Allí expuso: ?...que entiendo que lo enunciado en el considerando XI (conclusión) del fallo evidencia que es este tribunal el que debe determinar si la responsabilidad de los dos sujetos deudores es concurrente, simplemente mancomunada o solidaria, sin excluir ninguna posibilidad.? ?Sentado ello, opino como el Dr. Guibourg que ambos sujetos han actuado sumando sus conductas -una activa, el dictado de un decreto inconstitucional, y otra omisiva, no haber cumplido el deber impuesto por la ley- para configurar el incumplimiento del deber que la ley había impuesto claramente como parte esencial del programa social que fue insertado en la ley 23.696.? ?Coincido con el Dr. Guibourg en que la razón que lleva a responsabilizarlos conjuntamente radica en que, merced a su actuar ilegítimo concurrente, se generó la exclusión de los actores del programa. Paralelamente, discrepo respetuosamente con la afirmación de la Dra. Porta en cuanto afirma que las causas de las obligaciones son distintas e independientes entre si, ya que, como vengo de decir, la causa fuente del deber de reparar ha sido el actuar conjunto del Estado que dictó una norma inconstitucional y de Telefónica de Argentina SA que se atuvo a esta despreciando la clara obligación nacida de la ley y de las reglas de la licitación a las que adhirió oportunamente.? ?Es decir que ambas codemandadas construyeron en conjunto, sumando sus inconductas, la situación aquí juzgada como dañosa, es decir la exclusión de los demandantes del régimen de bonos de participación en las ganancias. Esa asociación de conductas ilícitas genera la obligación solidaria de los dos autores de reparar el daño causado, como lo dispone el art. 1081 del Código Civil aún para hechos no penados por el derecho criminal.? (CNAT, Sala III, Sent. Def. n° 90842 de fecha 20.4.2009, en autos ?Gentini Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y otro s/ Part. Accionariado Obrero?). Por ende, considero que, por los fundamentos expuestos, ambas codemandadas, más allá de cuáles sean los períodos pretendidos en autos, deben responder en forma solidaria ante los accionantes cuya acción prospera (conf. arts. 699 y 700 Código Civil de Vélez Sarsfield y arts. 827 y 828 del Código Civil y Comercial de la Nación) y por los créditos reconocidos en autos. De prosperar la solución que propicio, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios y proceder a su determinación en forma originaria (conf. Art. 279 CPCCN), por lo que deviene abstracto el tratamiento de las apelaciones deducidas al respecto. En tal sentido, en relación con las costas de primera instancia, cabe formular una distinción y establecer

que las derivadas del reclamo formulado por Bugliolo Ariel Gustavo, Zas Carlos Luis, Heredia Fernando Fabián, Stella Juan Carlos, Del Castillo Rubén Darío, Volpe Alberto, Colmeiro Ricardo Oscar y Dekker -cuyas acciones prosperan- deben quedar a cargo de las demandadas en forma solidaria por haber sido vencidas en lo sustancial; en tanto las emergentes de la acción entablada por Ríos Néstor Daniel, cuyo rechazo se propone, corresponde que las costas de ambas instancias se distribuyan en el orden causado, ya que debido a la naturaleza de la cuestión pudo considerarse -razonablemente- asistido de mejor derecho (art. 68, 2ª parte CPCCN). Idéntica distinción debe aplicarse a fin de regular honorarios; en tal sentido, en atención al mérito y extensión de la labor desarrollada por los profesionales que actuaron en estos autos y al nuevo resultado del pleito que he dejado propuesto, de acuerdo con las pautas que emergen del art. 6 y subs. de la ley 21839, de la ley 24432, del art. 38 de la L.O. y del dec. 16638/57, estimo que, por las acciones que prosperan, corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora, codemandada Telefónica de Argentina SA y codemandada Estado Nacional Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos en el ...%, ...% y ...%, respectivamente, y los del perito contador en el ...% (lo cual incluye la labor encomendada en el pronunciamiento de grado anterior), porcentajes éstos que se aplicarán sobre el capital de condena con más los respectivos intereses que se determinen en la etapa prevista por el art. 132 LO. Con respecto a la acción del coactor Ríos cuyo rechazo se propone corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de la demandada Telefónica de Argentina SA y de la codemandada Estado Nacional Ministerio de Economía Obras y Servicios Públicos en las respectivas sumas de \$ 4500, \$7.000 y \$7.000, a valores actuales. En atención a la forma en que propongo se resuelvan los recursos en el marco de la acción que prospera, sugiero que las costas de Alzada se impongan del mismo modo que las de la instancia anterior (art. 68 cit.); y que se regulen los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y de la codemandada Telefónica de Argentina SA en el ...% y ...%, respectivamente, de lo que a cada una de ellas le corresponda percibir por lo actuado en la instancia anterior (art. 14 ley arancelaria). En cuanto a la acción que se propicia rechazar con respecto al co-actor Ríos, corresponde regular los honorarios de Alzada en el ...% en favor de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y ...% en favor de la representación y patrocinio letrado de la demandada Telefónica de Argentina SA respecto de las sumas que a cada una de ellas les corresponda percibir por lo actuado con relación a dicho co-actor en la instancia de grado anterior. La Dra. Graciela A. González dijo: Que adhiere a las conclusiones del voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo, por análogos fundamentos. Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar parcialmente la sentencia y condenar solidariamente a Telefónica de Argentina SA y al Estado Nacional Ministerio de Obras y Servicios Públicos a pagar a los actores Bugliolo Ariel Gustavo, Zas Carlos Luis, Heredia Fernando Fabián, Stella Juan Carlos, Del Castillo Rubén Darío, Volpe Alberto, Colmeiro Ricardo Oscar y Dekker, en el plazo dispuesto en el decisorio de grado, el monto total de condena que determine el perito contador en la etapa procesal prevista por el art. 132 de la LO, conforme a las pautas fijadas en el presente pronunciamiento, por los créditos reclamados hasta la fecha del dictado de la sentencia de primera instancia -a excepción de los coactores Zas y Del Castillo que deberán calcularse hasta la fecha de la desvinculación conforme lo informado por el perito contador a fs. 147, los que llevarán los intereses fijados en el fallo dictado en la anterior instancia; 2) Rechazar la acción deducida por Ríos Néstor Daniel por carecer de legitimación activa; 3) Dejar sin efecto lo resuelto en materia de costas y honorarios; 4) Imponer las costas, de ambas instancias, por las acciones que prosperan a cargo de ambas demandadas en forma solidaria; y por la que se rechaza (del coactor Ríos) en el orden causado; 5) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes actora, codemandadas Telefónica de Argentina S.A. y Estado Nacional, por las tareas desarrolladas en la instancia anterior -por las acciones que prosperan- en el ...%, ...% y ...%, respectivamente, y los del perito contador en el ...% (lo cual incluye la labor encomendada en el pronunciamiento de grado anterior). Estos porcentajes se aplicarán sobre el capital de condena con más los respectivos intereses que se determinen en la etapa prevista por el art. 132 LO; 6) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de las demandadas Telefónica de Argentina SA y Estado Nacional -por la acción del coactor Ríos rechazada- en las respectivas sumas de \$ 4.500, \$7.000 y \$7.000, a valores actuales; 7) En el marco de la acción que prospera, regular por las tareas de Alzada los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la codemandadas Telefónica de Argentina S.A. en el ...% y ...%, respectivamente, de lo que a cada una de ellas les corresponda percibir por lo actuado en la instancia anterior; 8) En el marco de la acción del co-actor Ríos que se propicia rechazar, regular los honorarios de Alzada en el ...% en favor de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y ...% en favor de la representación y patrocinio letrado de la demandada Telefónica de Argentina SA respecto de las sumas que a cada una de ellas les corresponda percibir por lo actuado con relación a dicho co-actor en la instancia de grado anterior; 9) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Graciela A. González Juez de Cámara Miguel Ángel Pirolo Juez de Cámara 018527E