

## Programa De Propiedad Participada Bono De Participacion En Las Ganancias

### JURISPRUDENCIA

### Programa de Propiedad Participada. Bono de participación en las

ganancias En el marco de una acción promovida por diez dependientes de una concesionaria telefónica, se confirma la sentencia que declaró prescripta la acción por los créditos correspondientes a los montos que se hubieren devengado por los períodos anteriores a mayo de 2005, admitiendo el reclamo por los cinco años anteriores a la promoción de la demanda, en tanto los actores hubiesen conservado la relación de dependencia que habilita la liquidación del bono. Asimismo, al no existir ya el impedimento legal que la eximía de la emisión de los bonos de participación en las ganancias, se admite la demanda fijando la forma de establecer la cuantía del resarcimiento y los intereses.

En Buenos Aires, a los 14 días del mes de noviembre de 2017, 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, el doctor Eduardo Daniel Gottardi dice: I. Los señores Enrique Ubaldo RINALDI, Dino NAVARRO, Carlos Eduardo CHABB, León Arturo CRISCUOLO, Norma Beatriz MANCUSO, Osvaldo Alejandro CISTERNAS ROSALES, María del Carmen LÓPEZ, Aida Isabel VERGARA, Wenceslao Emilio LOZA y Silvia Susana MARTÍNEZ, en su calidad de dependientes de Telefónica Argentina S.A. (en adelante la telefónica o T.A.S.A.), promovieron demanda contra el Estado Nacional (Ministerio de Economía) y Telefónica de Argentina S.A., a efectos que ésta última sea condenada a pagar los bonos de participación en las ganancias previstos en el art. 29 de la Ley 23.696, año a año y por el período no prescripto, hasta la extinción del contrato de trabajo con la coaccionada T.A.S.A.. En cuanto al Estado Nacional, reclamaron que se lo condene a pagar los daños y perjuicios por el dictado del decreto 395/92, cuya declaración de inconstitucionalidad plantearon. Asimismo, peticionaron el pago de intereses y costas del juicio (confr. escrito de inicio de fs. 28/36vta.). Las codemandadas Estado Nacional -Ministerio de Economía y Producción- y Telefónica de Argentina S.A. se resistieron al progreso de la acción por las consideraciones que esgrimieron a fs. 48/59vta. y fs. 671/699vta., entre las que se encuentran las defensas de caducidad, falta de habilitación de la instancia, falta de acción, prescripción del derecho y de falta de legitimación activa y pasiva. Subsidiariamente contestaron demanda solicitando el rechazo de la misma con expresa imposición de costas. A fs. 753/754 el magistrado a quo resolvió diferir el tratamiento de la excepción de prescripción y de falta de legitimación pasiva opuesta por la Telefónica para el momento del dictado de la sentencia definitiva. Asimismo, rechazó la demanda respecto del Estado Nacional por aplicación del plazo de prescripción decenal. No obstante ello, a fs. 794 este Tribunal dejó sin efecto la resolución que hizo lugar a la excepción de prescripción planteada por el Estado Nacional. Continuada la tramitación de la causa a fs. 1100/1104vta., obra el pronunciamiento dónde el magistrado juzgó: a) rechazar la demanda instaurada por los Sres. Dino NAVARRO, Carlos Eduardo CHHAB, Norma Beatriz MANCUSO, Osvaldo Alejandro Cisternas ROSALES y Wenceslao Emilio LOZA, en razón de encontrarse prescripta la acción; y b) hacer lugar parcialmente a la acción promovida por los coactores Enrique Ubaldo RINALDI, León Arturo CRISCUOLO, María del Carmen LÓPEZ, Aida Isabel VERGARA y Silvia Susana MARTÍNEZ, contra Telefónica Argentina S.A. y el Estado Nacional, con el objeto de obtener una indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de emisión de bonos de participación de las ganancias, más los intereses y costas. Para así decidir -en lo atinente al segundo grupo de accionantes-, el señor Juez de la anterior instancia, por aplicación del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re ?Gentini?, estimó que el Decreto N° 395/92 es inconstitucional por tornar ilusoria la finalidad perseguida por la Ley N° 23.696, que establecía el derecho de los trabajadores de percibir los bonos de participación en las ganancias. En tal sentido, el señor juez ?a quo? rechazó las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva opuesta por las demandadas (ver considerando 4). En cuanto a la defensa de prescripción opuestas por éstas últimas, en virtud del precedente de la C.S.J.N. in re ?DOMINGUEZ?, aplicó el art. 4027, inc. 3° del Cód. Civ., en consecuencia declaró prescripta la acción por los créditos correspondientes a los montos que se hubieren devengado por los períodos anteriores a mayo de 2005, admitiendo por el contrario, el reclamo por los cinco años anteriores a la promoción de la demanda, en tanto los actores hubiesen conservado la relación de dependencia que habilita la liquidación del bono. En consecuencia, condenó al Estado Nacional al pago de una suma de dinero que representase los intereses devengados que correspondan a cada ejercicio desde mayo de 2005, hasta el momento en que quede firme el pronunciamiento, a computar sobre el capital de condena que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia a cargo de la codemandada Telefónica Argentina. Respecto a la empresa concesionaria, estimó que al no existir ya el impedimento legal que la eximía de la emisión de los bonos de participación en las ganancias, admitió la demanda, fijando la forma de establecer la cuantía del resarcimiento y los intereses (conf. considerando 6 y 7).

Finalmente, respecto de los co-actores Navarro, Chhab, Mancuso, Rosales y Loza les impuso las costas del proceso en virtud del rechazo de la demanda; y con relación a aquellos respecto de los cuales admitió la acción distribuyó las costas por su orden en todas

las relaciones procesales y difirió la regulación de honorarios para el momento en que haya liquidación aprobada. II. Esa decisión motivó la apelación articulada por Telefónica de Argentina S.A. a fs. 1106, quien expresó agravios a fs. 1114/1120, los que no merecieron réplica alguna. Asimismo recurrió el Estado Nacional a fs. 1108, quien expresó agravios a fs. 1121/1124vta., los que tampoco fueron contestados. La empresa prestadora del servicio telefónico recurre expresamente: a) el rechazo parcial de la defensa de prescripción opuesta, y sostiene que se interpretó de manera incorrecta el cómputo del plazo prescriptivo. En tal sentido, sostiene que éste último debe computarse desde la fecha en que los actores vieron frustrado su derecho, es decir desde el dictado del decreto n° 395/92, o desde el primer ejercicio social de T.A.S.A. en diciembre de 1991; por ello si se toma en cuenta el plazo en cuestión desde los puntos mencionados la acción se encuentra prescripta; b) que el magistrado haya declarado la inconstitucionalidad del decreto 395/92, que defiende como válido y constitucional; c) el rechazo de la defensa de falta de legitimación pasiva argüida. Asimismo, le atribuye el objeto del pleito al Estado Nacional, por lo que se agravia de la limitación de la responsabilidad del Estado; d) el porcentaje de participación contemplado para el cálculo indemnizatorio fijado por el a quo en el 2%, considerando elevado el coeficiente de participación y, el tipo de utilidades sobre el que se debe calcular; y por último, f) la imposición de costas. Las quejas del Estado Nacional versan sobre la cuantificación de las bases para el cálculo de la indemnización. En tal sentido, se agravia de la aplicación del 2% de las utilidades brutas y de la falta de determinación del coeficiente de participación. Habiendo intervenido el Fiscal General (confr. dictamen de fs. 1127/1129vta.) a fs. 1131, se llamaron los autos para dictar sentencia. III. 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). IV. Nada cabe decidir con respecto a aquellos actores cuyo reclamo fue rechazado en el pronunciamiento definitivo, toda vez que sobre el punto no medió agravio alguno. Así delimitada la jurisdicción revisora de la Cámara, cabe señalar que se encuentra fuera de discusión la relación de dependencia de los Sres. Enrique Ubaldo RINALDI, León Arturo CRISCUOLO, María del Carmen LÓPEZ, Aida Isabel VERGARA y Silvia Susana MARTÍNEZ con el ente sujeto a privatización y su ulterior traspaso a Telefónica de Argentina S.A. (conf. pericial contable de fs. 872/875vta., fs. 890/891). Los actores, fundaron su pretensión en la incompatibilidad del decreto 395/92 -que liberó a las licenciatarias del servicio telefónico de emitir los bonos de participación en las ganancias previstos en el art. 29 de la Ley 23.696- con la citada ley de emergencia, y en la afectación que ello significó a los derechos patrimoniales de los empleados de ENTEL transferidos a Telefónica (conf. escrito de demanda de fs. 28/36vta.). V. Comenzaré por analizar los agravios referidos a la defensa de prescripción de la codemandada telefónica (ver agravios a fs. 1114/1115). En primer término, no tengo otra alternativa que destacar, en forma preliminar, que en autos ha quedado firme la aplicación del plazo quinquenal del art. 4027, inc. 3 del Código Civil. La concesionaria telefónica entiende que el inicio del cómputo del plazo de prescripción debe computarse desde la fecha en que los actores vieron frustrado su derecho, es decir desde el dictado del decreto n° 395/92, o desde el primer ejercicio social de T.A.S.A. en diciembre de 1991. Ahora bien, en estos autos los coactores Enrique Ubaldo Isabel VERGARA y Silvia Susana MARTÍNEZ todavía mantienen una relación laboral con la co-demandada. Creo conveniente recordar, así como lo expuso mi distinguido colega el Dr. Gusman en la causa n° 2023/07 del 08.04.16, que los Programas de Propiedad Participada han sido previstos en la Ley N° 23.696 de Reforma del Estado, por medio de la cual comenzó un proceso de privatizaciones de empresas públicas. Con el propósito de beneficiar a los empleados, se previó que en oportunidad de la privatización de la empresa, más puntualmente cuando ésta se transformara en una sociedad anónima, se le ofreciera a los empleados participación accionaria en el nuevo ente, que en forma voluntaria el trabajador podría adquirir adhiriendo al régimen. Ahora bien, dado que el derecho a percibir los beneficios del Programa nace en cada ejercicio societario en el que se reparten ganancias, generándose así, de manera periódica, diferentes créditos singulares, la acción para percibir esos bonos no se encuentra prescripta respecto de las utilidades repartidas en los ejercicios societarios cerrados durante el plazo de prescripción que en autos no fue objetado por la representación de la actora. En consecuencia, el derecho de los actores emerge de la Ley N° 23.696. No obstante ello, el Decreto N° 395/92 lo suprimió, pero este reglamento no puede ser tomado en cuenta para el inicio del plazo de prescripción de los trabajadores que mantienen su relación de empleo. Así pues, cabe agregar que la Corte Suprema -con su anterior composición- en la causa ?DOMINGUEZ Susana Isabel y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ Programa de Propiedad Participada? del 10 de diciembre de 2013, sostuvo que el hecho que creaba el título de la obligación dineraria y el correlativo daño por su insatisfacción, se fue produciendo, de manera 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 (conf. esta Sala, causa ?Batista? ya citada). Por lo tanto, corresponde rechazar el agravio de la concesionaria telefónica. VI. 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. El Alto Tribunal, sostuvo que el artículo 4 del Decreto N° 395/92 es inconstitucional pues desatiende la finalidad perseguida por el art. 29 de la Ley N° 23.696. Por su parte, agregó que la obligación de la concesionaria resultaba de las normas que regularon la convocatoria al concurso público en el que resultó vencedora. Por ello, plasmó que la exención otorgada por el decreto impugnado había colocado a las empresas telefónicas en una situación de privilegio respecto de otros entes privatizados, lo cual es inadmisibles. En tal sentido, argumentó que el detrimento sufrido por los trabajadores guarda relación con los beneficios obtenidos por la empresa privatizada, lo cual determina el alcance del resarcimiento. Finalmente, la interpretación judicial debe tener en cuenta que el art. 14 bis de la Constitución coloca al trabajador en una posición de sujeto de preferente atención constitucional (conf. ?Batista?, ya citado). Por lo expuesto, corresponde desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la telefónica. VII. En virtud de lo señalado, corresponde determinar el grado de responsabilidad de los codemandados Estado Nacional y Telefónica de Argentina y la distribución de la condena. Este Tribunal -en su anterior composición- sostuvo en la causa ?Amor?, que debía modificarse tanto el porcentaje de las utilidades a distribuir a los actores en concepto de resarcimiento, así como el grado de responsabilidad y la distribución de la condena entre ambos codemandados. A partir de entonces, se adoptó el criterio del precedente ?Mendoza? (conf. Sala III, causa n° 9773/00 del 20.07.06) en el que se sostuvo la responsabilidad del Estado Nacional por la frustración de los beneficios que los demandantes habrían obtenido en su oportunidad, de no existir el Decreto N° 395/92 y de contar con la reglamentación pertinente para su derecho (arts. 508, 511 y conc. del Código Civil). Se trató de compensar una demora, ya que la indemnización sustitutiva no era imposible para el deudor originario.

En atención a ello, a que el ente residual no era el obligado a emitir los bonos y a que el sujeto previsto por la ley para cumplir con ese cometido está también vinculado a la suerte de este pronunciamiento, corresponde condenar a la representación estatal al pago de los intereses del capital de condena a determinarse oportunamente 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 en sus operaciones de descuento a treinta días (conf. la doctrina de esta Sala a partir de la causa ?Amor? del 23.12.13). Sintetizando, responden ambos demandados de distinto modo, más no uno en lugar del otro. En lo que respecta a Telefónica, debe destacarse que, habiendo sido removido el obstáculo legal que lo eximía ilegítimamente de la emisión de los bonos de participación, es preciso condenarlo a una suma de dinero representativa del lucro que habrían obtenido los demandantes si hubiesen contado con dichos títulos en tiempo propio. En lo que respecta al porcentaje participable en las ganancias, la cuestión ha sido resuelta por el fallo plenario de esta Cámara 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 encuentra su fundamento 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, se ordenará determinar la indemnización durante la etapa de ejecución de sentencia, y con la intervención de la perito contadora designada en la causa, siguiendo las siguientes pautas, a cargo de Telefónica de Argentina S.A.: a) se establecerá 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, ya citada) 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 mayo de 2005 - 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; d) cada uno de los períodos así estimados devengará un interés directo equivalente a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para 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. La condena del Estado Nacional se establece 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, a la tasa que percibe el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días -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?). VIII. En cuanto al agravio de la telefónica, relativo a la imposición de costas, cabe señalar que las especiales condiciones que motivaron la interposición de la presente acción, dada la complejidad de la cuestión controvertida, el modo en que se resuelve y el criterio seguido por esta Sala en asuntos análogos, justifican exceptuar el caso de la regla del art. 68, primera parte del Código Procesal. En consecuencia, voto por confirmar la imposición de costas fijadas en el decisorio recurrido respecto de los coactores Rinaldi, Criscuolo, Lopez, Vergara y Martínez. IX. En consecuencia, propongo: rechazar los agravios de las partes. En tal sentido, se confirma el decisorio recurrido con costas de Alzada en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.N.). Los doctores Ricardo Víctor Guarinoni y Alfredo Silverio Gusman, por razones análogas a las expuestas por el doctor Eduardo Daniel Gottardi, adhieren a su voto. En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Sala por mayoría, RESUELVE: rechazar los Fecha de firma: 14/11/2017 agravios de las partes, en consecuencia se confirma el decisorio recurrido y con costas de Alzada en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C.C.N.). Difiérase la regulación de honorarios para el momento en que haya liquidación aprobada en autos. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

EDUARDO DANIEL GOTTARDI ALFREDO SILVERIO GUSMAN RICARDO VÍCTOR GUARINONI  
024385E