

Fojas: 37

En Mendoza, a dos días del mes de octubre del año dos mil tres reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n 76.351 caratulada: "**Gancia, Omar Carlos en j 125.994/27.271 Giunta, María Luisa c/ Gancia O. p/ Div. condominio s/ Inc.**".

Conforme lo decretado a fs. 32 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: **Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci**; segundo: **Dr. Carlos E. Moyano**; tercero: **Dr. Carlos Böhm**.

ANTECEDENTES.

A fs. 8/14 la abogada Nancy S. de Sosa Arditi, por Omar Carlos Gancia, deduce recurso extraordinario de inconstitucionalidad en contra de la sentencia dictada por la Tercera Cámara Civil de Apelaciones a fs. 131/133 de los autos n 125.994/27.271 caratulados "Giunta, María Luisa c/ Gancia, Omar p/ División de condominio".

A fs. 19 se admite formalmente el recurso de inconstitucionalidad y se ordena correr traslado a la parte contraria quien, a fs. 23/25 contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 29/30 obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fs. 31 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 32 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto?.

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?.

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dijo:

I. PLATAFORMA FÁCTICA.

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 7/10/1999, el Procurador Raúl Eduardo Correa, por María Luisa Giunta, inició una demanda por liquidación de sociedad conyugal. Relató que su clienta se encontraba divorciada del demandado y que la sentencia respectiva declaró disuelta la sociedad conyugal con efecto retroactivo a la fecha de interposición de la demanda, o sea, el 11/6/1993. Hizo mención a un bien inmueble. Dijo además: "Conforme surge de los autos n° 125.977 caratulados "Giunta, María Luisa en j 123.762 Gancia, Omar y Giunta, María p/ Divorcio p/ Med. Cautelar", el demandado, como profesional dependiente de YPF S.A ha percibido del Ministerio de Economía de la Nación -conforme ley 23.696, decreto 628/97 y resoluciones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación n 678/97 y 779/97- el importe derivado de la venta de 7808 acciones de YPF S.A. (programa de propiedad participada), acciones por las que recibió \$ 19 por cada una, dentro del marco de la ley 23.696. El carácter ganancial de tales acciones es innegable, toda vez que la adquisición de las mismas por parte del demandado, data del año 1989, fecha ésta en que el Estado nacional emprende la denominada Reforma del Estado, consistente en un agresivo plan de privatización de las empresas estatales, asignando en cada una de tales empresas

privatizadas, acciones a sus empleados dentro del denominado programa de propiedad participada. Conforme el informe agregado a fs. 25 del expediente 125.977 percibió la suma de \$ 148.352. De dicho importe, el 50% correspondía a mi mandante, por ser dichas acciones de origen ganancial. Lo señalado surge indudablemente de la prueba referida consistente en el informe agregado a fs. 25 de los autos de medida cautelar. Solicitó embargo preventivo que fue proveído de conformidad a fs. 13/14, aclarado a fs. 16/17.

2. A fs. 39/43 vta. el demandado se opuso al progreso de la demanda. Relató la sucesión de leyes (23.696, 24.145, decreto 584/1993, programa del 8/3/1995) y de ellas derivó que no puede afirmarse, como lo hace la actora, que su poderdante haya adquirido acción alguna de YPF a partir del dictado de la ley 23.696. Afirmó que la totalidad de los actos del Estado nacional tendientes a llevar adelante la privatización de YPF fueron actos preparatorios de la voluntad estatal de enajenar la empresa, pero esos actos no pueden ser confundidos con la concreción de una operación de venta que se perfeccionó mucho después. Sostuvo que comenzó a adquirir las acciones en la medida que las fue cancelando y mediante ese procedimiento alcanzó a pagar 1037 acciones liberadas y 850 acciones clase "C" prendadas. Ulteriormente vendió a la Bolsa de Valores las 1037 acciones y recibió la suma de \$ 90.836, tal como surge del informe obrante a fs. 25. En definitiva, su poderdante adquirió por compra a partir del 8/3/1995, o sea, con posterioridad a la sentencia de divorcio, 1037 acciones liberadas.

3. A fs. 25 el Banco de la Nación Argentina informó que el Sr. Omar Carlos Gancia poseía al momento de la cancelación de la deuda con el Estado nacional la cantidad de 1037 acciones liberadas clase "C" de la empresa YPF S.A y 6850 acciones prendadas clase "C" de la nombrada sociedad. "Dichas acciones fueron vendidas por el demandado con intervención de Comafi Bursátil S.A y MBA sociedad de Bolsa S.A, no habiendo sido informado este banco acerca del precio abonado por las mismas. En virtud de un acuerdo de servicio de pago celebrado entre nuestro banco y las mencionadas sociedades de bolsa se procedió a depositar la suma de \$ 90.836,24 en la cuenta de caja de ahorro abierta en esta institución a nombre del demandado. Se aclara que el Sr. Omar Carlos Gancia ha dispuesto de dichos fondos, no registrando a la fecha en la citada cuenta saldo alguno".

4. A fs. 90/92 el juez de primera instancia desestimó la pretensión de incluir en el haber conyugal como bien ganancial las acciones y/o importe derivado de su venta correspondiente a 7808 acciones de la empresa YPF a través del programa de propiedad participada.

5. Apeló la actora. A fs. 116/118 vta., al expresar agravios, sostuvo que el marco de la discusión se redujo a que, según su petición, las acciones son gananciales por haber sido recibidas en virtud del programa de propiedad participada instaurado por las leyes 23.696 y 24.145, anteriores a la fecha del divorcio; por el contrario, para el demandado el importe fue percibido en 1995, fecha ésta en la que, según sus dichos, habría adherido al programa de propiedad participada.

6. A fs. 131/133 la Cámara revocó la decisión y dispuso incluir en el haber conyugal como bien ganancial las acciones y/o importe derivado de su venta. Fundó la decisión en los siguientes argumentos:

a) Si bien la venta se concretó con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, las acciones clase "C" fueron adquiridas por el ex cónyuge en su condición de personal de la empresa YPF S.A. bajo el régimen de propiedad participada de la ley 23.696 (art. 8 inc. c de la ley 24145/92) hallándose vigente la comunidad de bienes del matrimonio.

b) El art. 1271 del C. Civil consagra la presunción de ganancialidad de los bienes durante la permanencia de la sociedad conyugal. La presunción de ganancialidad se destruye acreditando que ha mediado una adquisición sustitutiva en el patrimonio de uno de los cónyuges, de la salida de otro bien, vale decir, por subrogación real.

En el caso, la prueba informativa rendida está relacionada con la cancelación al Estado nacional por parte del Sr. Gancia de 1037 acciones liberadas y 6850 acciones prendadas, ambas clase "C" y su posterior venta, con intervención de las entidades bursátiles (ver fs. 25 de estos autos y 25 de los autos 125.977). Esas pruebas no definen la causa o título de adquisición de los derechos reconocidos por el ente empleador privatizado en virtud de las leyes 23.696 y 24.145/2 a sus empleados. La fecha en que ocurre el hecho o el acto que genera la adquisición de un bien determina su carácter propio o ganancial. Sin embargo, ello no sucede cuando debe aplicarse el principio de subrogación real que somete los nuevos derechos o cosas incorporadas al patrimonio de cada cónyuge durante la sociedad conyugal, al régimen jurídico de los bienes propios a los cuales han sustituido en el mismo haber. El art. 1266 del Cód. Civil dispone que la calidad de bien recibido depende de la calidad de lo entregado en cambio, sin importar si se trata de mueble o inmueble. En el caso, la adhesión por parte del demandado al programa de propiedad participada (programa organizado a causa de la privatización de la empresa) ocurre en la fecha del reconocimiento del derecho a la acreencia por participación en las ganancias existentes al momento del dictado de las respectivas leyes (23696/89 y 24145/92). De manera pues que, atendiendo a la fecha de los actos que han generado la adquisición del derecho a adquirir la participación accionaria, esas acciones deben calificarse como gananciales. Ello es así, independientemente de que la cancelación de las acciones al Estado y su venta final se cumpliera con posterioridad a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal pues el crédito del cónyuge se generó con anterioridad a la fecha de los actos que debían cumplirse para la concreción de la adquisición accionaria. Por lo tanto, la causa o título de la adquisición producida durante el matrimonio califica la naturaleza ganancial de las acciones.

II. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO.

El recurrente afirma que la decisión recurrida es arbitraria por apartarse de los términos de la litis y ausencia de fundamentación. Argumenta del siguiente modo:

1. Apartamiento de los términos de la litis.

La actora pidió el 50% de lo percibido por su ex cónyuge en el Ministerio de Economía de la Nación (7808 acciones de YPF S.A a un precio de \$ 19 por cada acción) con fundamento en que "el carácter ganancial de tales acciones es innegable, toda vez que la adquisición de las mismas por parte del demandado data del año 1989". En la contestación se dijo que "queda claro que no puede afirmarse, como lo hace la actora, que a partir del dictado de la ley 23.696 su ex cónyuge haya adquirido acción alguna de YPF". Así quedó trabada la litis; esto es la controversia giraba en torno a si Gancia adquirió las acciones antes o después de la sociedad conyugal.

En la expresión de agravios, la actora introdujo una cuestión nueva, que no formó parte de la litis, cual es que "la cancelación de deudas que hacía el Estado mediante la entrega de acciones era de una deuda anterior", y destacó que "la acreencia del Sr. Gancia era de carácter ganancial por ser anterior al divorcio con mi asistida". El informe de fs. 59/60 mencionado por el apelante, no da base para esta afirmación ya que menciona a la deuda de los adquirentes con el Estado nacional en el sistema del decreto 628/97. La Cámara se toma de este argumento, desarrolla la teoría de la subrogación real y hace lugar a la pretensión, sosteniendo la existencia de una acreencia por participación en las ganancias existentes al momento del dictado de las respectivas leyes 23.696 y 24.145. En suma, el cónyuge fue demandado sobre la base que había *adquirido* acciones antes de la disolución de la sociedad conyugal; en cambio, fue condenado mediante la afirmación de que *si bien las había adquirido después lo hizo con un crédito a su favor existente antes de esa disolución*. El apartamiento de los términos de la litis y la consecuente incongruencia vicia el fallo. Si la actora hubiese sostenido en su demanda que Gancia adquirió las acciones con un crédito a su favor existente al momento del divorcio hubiese podido probar hasta el hartazgo lo absurdo de esta afirmación.

Pero al aparecer este supuesto hecho recién en la expresión de agravios y, consecuentemente, en la sentencia, se produce un claro caso de indefensión, pues la parte no pudo, en el momento procesal oportuno, negar el hecho y aportar las pruebas.

2. Ausencia de fundamentación.

Sostiene el tribunal que Gancia adquirió las acciones con un crédito anterior a la disolución de la sociedad conyugal, generado por participación en las ganancias de la empresa. Esta afirmación es absolutamente arbitraria, no reconoce fundamento ninguno, ni está apoyada en pruebas existentes en el proceso. La Cámara ignora el mecanismo que las reglas legales establecen como base para la venta de acciones a los empleados de las empresas privatizadas. No se trata de interpretación o aplicación de las leyes sino de afirmaciones contrarias a lo que surge del texto expreso de la ley que constituyen un caso de patente arbitrariedad, que es fáctica, ya que se refiere a hechos en los que se basa el fallo. El art. 31 de la ley 23.696 dispone que las acciones que adquieran los empleados se pagarán con los dividendos de las mismas hasta su totalidad, de ser necesario. Sólo en el caso de ser aquellos insuficientes se afectará el producido de los bonos sobre utilidades del art. 30, que en el caso de YPF nunca fueron emitidos. Ello es así, porque los empleados de YPF acordaron con el gobierno nacional pagar las acciones con el producto de su venta a terceros; es decir, que con lo obtenido se cancelaba la deuda y el resto se les entregaba a los empleados. Todo ello está claramente expuesto en el decreto 628/97.

Al margen de este aspecto, que abona el desconocimiento del tribunal sobre el sistema legal de venta de acciones, la jurisdicción da por probados hechos inexistentes, que son el único fundamento del fallo. A fs. 25 de los autos 125.994 obra un informe del Banco Nación que expresa que el Sr. Gancia poseía "al momento de cancelación de la deuda con el Estado nacional" (decreto 628/97, se aclara) la cantidad de 1037 acciones liberadas clase "C". A fs. 25 de los autos 125.977 corre agregado un informe del Ministerio de Economía en el que expresa que el Sr. Gancia adquirió al PPP adjudicándosele para su compra la cantidad 7808 acciones. Pese a la claridad de estos informes, la Cámara expresa que esas pruebas no definen la causa o título de adquisición de los derechos reconocidos por el ente empleador privatizado. Sin embargo, no hay explicación de porqué no lo definen, siendo que son de claridad meridiana.

El grado máximo de arbitrariedad se alcanza cuando el fallo dice que la adhesión al sistema de PPP "ocurre en la fecha el reconocimiento del derecho a la acreencia por participación en las ganancias existentes al momento del dictado de las leyes 23696 y 24145". No hay en autos ninguna prueba que avale esta afirmación, ni existe norma que permita inferir que las acciones fueron adquiridas con una hipotética participación en las ganancias. La Cámara inventa un hecho inexistente. Los empleados de YPF no participaban en las ganancias de la empresa antes de la privatización por lo que es absurdo sostener que las acciones se pagaron con esas ganancias. Todo el cuerpo normativo, todos los informes existentes en la causa determinan que *las acciones se pagaron con sus propios dividendos* y lo que se debía fue pagado con el producto de su venta a terceros, conforme el sistema del decreto 628/97.

III. HECHOS NO CONTROVERTIDOS.

Después de haberse recorrido dos trabajosas instancias ordinarias, en esta vía extraordinaria son hechos no controvertidos los siguientes:

1. La sociedad conyugal se disolvió el 11/6/1993.
2. La petición de liquidar bienes no mencionados en el juicio de divorcio comenzó seis años más tarde (1999).
3. La ley n 24.145 de privatización de YPF fue sancionada el 24/9/1992. Sus previsiones fueron reglamentadas, entre otras disposiciones, por las resoluciones del Ministerio de

Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación n 678/97 y 779/97.

4. El demandado adhirió al programa de propiedad participada mencionado en dicha ley en *Marzo de 1995* (contrato obrante a fs. 37 de los autos 125.977, dato mencionado por la sentencia de primera instancia, no impugnado por la actora).

IV. BIENES CUYA GANANCIALIDAD SE PRETENDE.

La ex cónyuge reclama el 50% del importe derivado de la venta de 7808 acciones de YPF S.A. (programa de propiedad participada, de ahora en más, PPP), acciones oportunamente vendidas por el demandado. Es necesario, pues, determinar la naturaleza de esas acciones.

1. La normativa.

a) Por ley 24.145 sancionada el 24/9/1992, Yacimientos Petrolíferos Fiscales Sociedad del Estado se transformó en YPF Sociedad Anónima. Según el art. 8 de la ley, el capital social de YPF S.A. está integrado, entre otras, por las acciones clase C, que son las acciones que el personal de la empresa adquiriera, hasta el 10% del capital social, bajo el régimen de propiedad participada de la ley 23.696.

b) El capítulo III de la ley 23.696 (arts. 21/40) reguló el PPP. A los fines de este recurso interesan las siguientes disposiciones:

El capital accionario de las empresas sujetas a privatización puede ser adquirido en todo o en parte a través de este programa (art. 21). El art. 22 inc. a) previó como *posibles* sujetos adquirentes a "*los empleados del ente a privatizar de todas las jerarquías que tengan relación de dependencia*". Conforme el art. 24, un coeficiente de participación para cada clase de adquirentes debe ser elaborado por la autoridad de aplicación y, para el caso de los empleados adquirentes, ese coeficiente debe ser "*representativo de la antigüedad, las cargas de familia, el nivel jerárquico o categoría y el ingreso total anual del último año, actualizado*". El art. 29 dispuso que el ente a privatizar debe emitir *bonos de participación en las ganancias*. "*Cada empleado, por su mera relación de dependencia recibirá una cantidad de bonos de participación en las ganancias determinadas en función de su remuneración, su antigüedad y sus cargas de familia*". Según el art. 31, en el caso de los empleados adquirentes, se destinarán al pago de las acciones los dividendos anuales. Para el caso de que éstos resultaran insuficientes se podrá destinar hasta el 50 % de la participación en las ganancias instrumentadas en el bono previsto en el art. 29 de esta ley. Como garantía de pago, los adquirentes comprendidos en un programa de propiedad participada debían constituir una prenda sobre las acciones objeto de la transacción, a favor del Estado vendedor o de la autoridad de aplicación, en su caso. A ese efecto, las acciones debían depositarse en un banco fideicomisario (art. 34). Los arts. 35/36 establecen el sistema de liberación.

Conforme el art. 45 (ubicado en el capítulo IV denominado "Protección del trabajador" "*la condición de empleado adquirente comprendido en un programa de propiedad participada no implica para el trabajador en tanto tal, independientemente de su condición de adquirente, modificación alguna en su situación jurídica laboral. En consecuencia le son aplicables sin discriminación alguna las previsiones de los arts. 41, 42, 43 y 44 de esta ley*").

2. Naturaleza de las acciones.

De la normativa antes reseñada puede deducirse que las acciones adquiridas por el ex empleado de YPF Sociedad del Estado fueron una especie de "*indemnización por despido*". Me explico: el empleado de la sociedad del Estado pudo continuar siendo empleado de la SA (y de hecho, esto es lo que sucedió con el demandado en autos, según constancias de fs. 36 de estos autos, informe solicitado como medida de mejor proveer), pero la nueva sociedad, en caso de conclusión del contrato de trabajo, no liquidará las indemnizaciones

correspondientes computando los períodos anteriores, pues ese período, a los trabajadores que optaron por participar, ya le ha sido resarcido a través de las acciones.

Fundo este punto de partida en las siguientes razones:

a) Según la ley, el coeficiente correspondiente a estas acciones es "representativo de la antigüedad, las cargas de familia, el nivel jerárquico o categoría y el ingreso total anual del último año, actualizado", rubros que normalmente se tienen en consideración al liquidar una indemnización por despido.

b) Cada empleado, por su mera relación de dependencia, recibió una cantidad de bonos de participación en las ganancias también determinadas *en función de su remuneración, su antigüedad y sus cargas de familia*.

c) Las acciones de los empleados no se pagaron con dinero por ellos aportado realmente sino con los *dividendos anuales*, y para el caso de que éstos resultaran insuficientes, se podía destinar hasta el 50 % de la participación en las ganancias instrumentadas en el bono previsto en el art. 29.

3. Las indemnizaciones por antigüedad y la ganancialidad.

En España, se ha decidido que la indemnización por despido no puede ser considerada como una de las utilidades que derivan del trabajo mismo ni, por consiguiente, puede encuadrarse entre los bienes gananciales. Se trata, pues, de un bien propio (Audiencia Provincial de Huesca, 7-5-97, Revista General de Derecho, Año LIV, N° 644, Mayo 98, pág. 6825).

En nuestro país, en cambio, la determinación del carácter propio o ganancial de las indemnizaciones por antigüedad puede generar controversias. Con toda precisión, Abel Fleitas Ortiz de Rosas y Eduardo Roveda (Régimen de bienes del matrimonio, Bs. As., ed. La Ley, 2001, pág. 58) afirman que si el comienzo de la relación laboral, su prolongación, despido y pago de la indemnización ocurre vigente la sociedad conyugal, la indemnización será ganancial. Sin embargo, la modificación de cualquiera de los cuatro elementos reseñados, puede generar inconvenientes interpretativos. En abstracto, las respuestas posibles serían: a) Tomar en cuenta la fecha del origen de la relación laboral como *causa* de la indemnización; b) Tomar en cuenta el momento del *despido*; c) aplicar cualquiera de los dos, pero reconociendo una recompensa proporcional al tiempo de trabajo dentro o fuera de la vigencia de la comunidad. La respuesta, dicen, dependerá de dónde se ponga el acento: si en la *causa* de la relación, en la *antigüedad* o en el *sentido o fin de la indemnización*.

La posición enumerada bajo la letra c) (recompensas entre masas si los elementos mencionados se producen en distintos tiempos) fue la sostenida en el derecho uruguayo por Vaz Ferreira, para el llamado "beneficio de retiro", aunque el autor señala las dificultades de su tesis para liquidar proporcionalmente cuando el beneficiario ha tenido más de un matrimonio (Ver Vaz Ferreira, Eduardo, Tratado de la sociedad conyugal, 3 ed., Bs. As., Astrea, 1979, t. I, n 128).

Por el contrario, en la jurisprudencia y la doctrina argentina predomina el criterio que tiene en cuenta el momento en que el despido se produce. En tal sentido se ha dicho: "Las indemnizaciones por despido y por falta de preaviso tienen por causa el trabajo y participan, entonces, de la naturaleza del producto de éste. Si el despido se produce, y por tanto las indemnizaciones se devengan durante el matrimonio, las sumas correspondientes a la indemnización son gananciales, aunque las haga efectiva recién después de la disolución de la sociedad conyugal. Nos parece que cabe conceder la indemnización íntegra al cónyuge despedido si el despido se produce inmediatamente antes de la disolución ya que aquél deberá soportar, en su exclusivo perjuicio, la falta de trabajo" (Fassi-Bossert, Sociedad conyugal, Bs. As., ed. Astrea, 1977, t. I pág. 253). En igual sentido, dice Zannoni que la indemnización por despido es ganancial sólo si el despido acaeció durante la vigencia de la

sociedad conyugal (Zannoni, Eduardo, Derecho de Familia, 3 ed., t. I, Bs. As., ed. Astrea, 1998, t. 1, n 405). En la misma tendencia, Fleitas Ortiz de Rosas y Roveda afirman: "Debe tenerse en cuenta el sentido de la indemnización en dirección al futuro: asegurar la subsistencia de la persona que ha perdido su trabajo, atendiendo a la antigüedad como un indicador para realizar su cálculo pero no su causa y fundamento. La indemnización tiende a reparar el perjuicio sufrido por el despido y sirve como paliativo hasta que el trabajador consiga nuevo empleo por lo que resulta lógico calificarlo como propio o ganancial en función del momento del despido y no de sus antecedentes (Fleitas Ortiz de Rosas y Roveda, Régimen de bienes del matrimonio, Bs. As., ed. La Ley, 2001, pág. 59).

Una sentencia de 1974 coincide con esta postura: la indemnización es ganancial si el despido opera durante la vigencia de la sociedad conyugal y propia si se produjo disuelta ésta (o inmediatamente anterior a la disolución, esto último por razones de equidad), con independencia de si hubieron o no salarios que se percibieron en momentos anteriores. La solución se fundó en los siguientes argumentos: la indemnización se devenga sólo con el despido. Aunque un sector de la doctrina laboral admite la tesis del llamado "salario diferido", predomina y se considera más adecuada a la realidad, la posición según la cual "la indemnización constituye un resarcimiento tarifado de los daños que el cambio de ocupación (o desocupación) produce al empleado. Es que si bien el solo riesgo de desocupación no puede justificar la indemnización, ya que es hipotéticamente posible que encuentre nuevo empleo al día siguiente del despido, con lo que no habría daño realmente sufrido, el perjuicio puede estar dado simplemente por el referido cambio, con las consiguientes molestias y, quizás, pérdida de jerarquía o bien de la propia antigüedad; por eso, se explica que el monto de la indemnización esté prefijado por la ley independientemente del daño realmente sufrido. Admitido que se trata de una indemnización tarifada, el hecho que le da origen es el despido, de manera que si se produjo durante la sociedad conyugal, la suma percibida es ganancial, y si se produjo disuelta ésta, es propio" (Cám. Nac. Civ. Sala C, 17/9/1974, ED 60-139).

No está demasiado claro lo que había resuelto la Sala B de la Cám. Nac. Civ., tres años antes, el 12/4/1971 (ED 38-803), pues para declarar ganancial la indemnización hizo mención a que "parte de los servicios fueron prestados durante la vigencia de la sociedad conyugal", pero no aclara cuándo se produjo el despido, si antes, durante o disuelta la sociedad conyugal.

En cambio, recientemente, el 2/9/1999, la Sala I del mismo tribunal ha dicho -con todas las letras- que si el despido se produjo una vez disuelta la sociedad conyugal, la indemnización tiene carácter propio, ya que el perjuicio de la falta de trabajo será desde entonces, en exclusivo perjuicio del cónyuge despedido (ED 186-281). Más aún, se ha declarado que esta regla es aplicable a la separación de hecho; en consecuencia, si el despido se produjo después de la separación de hecho, la indemnización debe ser calificada como propia (Cám. Nac. Civ. Sala A, 14/5/2001, ED 193-387; Sala E, 28/2/2000, LL 2000-D-173, Doc. Jud. 2000-3-102 y J.A 2000-4-173).

V. LA APLICACIÓN DE ESTAS NOCIONES AL CASO DE AUTOS.

La aplicación de estas nociones lleva a la revocación de la sentencia, por las razones que paso a exponer:

1. Conforme los hechos antes relatados, el proceso de privatización de YPF se aprobó por una ley anterior a la disolución de la sociedad conyugal. Sin embargo, la incorporación al programa de propiedad participada no era automática; por el contrario, requería de un acto de voluntad del empleado. Ese acto de voluntad fue posterior a la disolución (habían transcurrido cerca de dos años).

2. Ese acto de voluntad, y no el momento en que comenzó la relación laboral, es el que marca el carácter propio o ganancial de las acciones, por las mismas razones dadas por la doctrina y la jurisprudencia nacional antes reseñada para el acto unilateral del despido.

3. Es verdad que en el caso el demandado ha continuado trabajando, pero la indemnización que cobrará, si algún día deja de hacerlo, será disminuida y sólo él estará perjudicado por esa disminución.

4. Aunque la asimilación con el despido no fuese correcta, debe advertirse que conforme la normativa antes transcripta, las acciones se pagaron con dividendos anuales; es obvio que habiendo comenzado el proceso de privatización en setiembre de 1992, en junio de 1993 (fecha de la disolución de la sociedad conyugal) no se había devengado aún ningún dividendo anual, no sólo porque temporalmente no dan los plazos, sino porque no hay dividendo mientras la sociedad no resuelva la distribución de la ganancia, y esa decisión nunca pudo tomarse antes de setiembre de 1993; consecuentemente, tampoco puede afirmarse que las acciones se pagaron con fondos gananciales.

VI. CONCLUSIONES DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Por todo lo expuesto, y si mi voto cuenta con la adhesión de mis distinguidos colegas de Sala, el recurso debe ser acogido, revocarse la sentencia de Cámara y confirmarse la de primera instancia.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MOYANO y BÖHM, adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dijo:

Atento el modo como ha sido resuelta la cuestión anterior corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de Inconstitucionalidad deducido a fs. 8/14 por el demandado, Sr. OMAR CARLOS GANCIA, contra la resolución de fs. 131/133 de las actuaciones principales N° 125.994/27.271 "GIUNTA, MARÍA LUISA C/ GANCIA, OMAR CARLOS P/ DIV. COND." dictada por la Tercera Cámara Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de la Primera Circunscripción, la que se deja sin efecto. En consecuencia se confirma la sentencia dictada en primera instancia a fs. 90/92 y aclaratoria de fs. 94 por la que se rechaza la inclusión de las acciones en el haber conyugal como bien ganancial, las que constituyen *bien propio del demandado Sr. Omar Carlos Gancia*.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MOYANO y BÖHM adhieren al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dijo:

Atento el resultado al que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, las costas del recurso de Inconstitucionalidad y las de Alzada se imponen a cargo de la actora vencida (art. 148 del CPC).

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. MOYANO y BÖHM adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 02 de octubre de 2003.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

1º. Hacer lugar al recurso extraordinario de Inconstitucionalidad deducido a fs. 131/133 de las actuaciones principales N° 125.994/27.271 " GIUNTA, MARÍA LUISA C/ GANCIA, OMAR CARLOS P/ DIV. COND." dictada por la Tercera Cámara Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de la Primera Circunscripción, la que se deja sin efecto. En consecuencia la parte resolutive de la sentencia de Cámara queda redactada del siguiente modo:

"I) "Rechazar el recurso de apelación articulado a fs. 97 por la actora Sra. MARÍA LUISA GIUNTA contra el resolutivo "3." de la sentencia de primera instancia de fs. 90/92, el que se confirma."

"II) "Imponer las costas del recurso de apelación a cargo de la actora vencida."

"III) "Regular los honorarios dealzada del siguiente modo: Dr. DANIEL SOSA ARDITI en la suma de pesos MIL CUATROCIENTOS VEINTICUATRO (\$ 1.424); Dra. NANCY S. DE SOSA ARDITI en la suma de pesos CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS (\$ 472) ; Dra. CELINA STICCA DE CORREA en la suma de pesos NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$ 997); Proc RAÚL EDUARDO CORREA en la suma de pesos DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE (\$ 299) (Arts. 3, 15 y 31 ley 3641 Mod. Dec. Ley 1304/75)."

2º) Imponer las costas del recurso de Inconstitucionalidad a cargo de la actora vencida.

3º) Regular los honorarios por el recurso de Inconstitucionalidad del siguiente modo: Dr. DANIEL SOSA ARDITI en la suma de pesos DOS MIL CIENTO TREINTA Y SEIS (\$ 2.136); Dra. NANCY S. DE SOSA ARDITI en la suma de pesos SEISCIENTOS CUARENTA Y UNO (\$ 641) ; Dra. CELINA STICCA DE CORREA en la suma de pesos NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$ 997); Proc RAÚL EDUARDO CORREA en la suma de pesos DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE (\$ 299) (Arts. 3, 15 y 31 ley 3641 Mod. Dec. Ley 1304/75).

4º) Líbrese cheque a la orden del recurrente por la suma de pesos DIECIOCHO (\$ 18) con imputación a la boleta de depósito de fs. 1.

Notifíquese.

Ka