



NEUQUEN, 16 de Mayo del año 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**CABRERA EDUARDO JOSE C/ EL BUEN GOURMET Y OTROS S/ INDEMNIZACION**" (JRSCI1 EXP 10259/2017) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 319/323vta. se dictó sentencia por la cual se hizo lugar la demanda contra el Buen Gourmet S.R.L. por la suma de \$ 61.174,60 más intereses y costas, además se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la codemandada Verónica Marcovecchio y se rechazó la demanda contra Luciano Manzini y Néstor Manzini, con costas al actor.

A fs. 334/340vta. apela la actora. Refiere a los antecedentes de la causa. Luego, en el primer agravio, alega que la sentencia adolece de suficientes fundamentos y omite valorar prueba sustancial. Dice que solo se pondera la prueba testimonial ofrecida por los demandados sin tener en cuenta la ofrecida por esa parte ni la informativa de la AFIP que demuestra la relación de abril 2013 a mayo de 2016 y que los aportes se efectuaban esporádicamente. Agrega que de las declaraciones de Guevara, González Barroso, López y Merlo surge que la relación existió y se demostró la responsabilidad de Luciano y Néstor Manzini en los términos del art. 59 ley 19.550.

En segundo lugar, se agravia porque considera que la sentencia omitió aplicar el principio de *in dubio pro operario* al valorar las declaraciones de los testigos propuestos por esa parte, por lo que se debe hacer lugar a la demanda desde



la fecha denunciada y sobre esa base determinar la indemnización.

En el punto siguiente alega que la sentencia se aparta de las presentaciones de las partes porque la Sra. Marcovecchio planteó excepción de falta de personería y se agravia porque se tomó ese argumento para la procedencia de una excepción que no fue planteada sobre la base de que fue comodataria con fecha posterior al distracto laboral.

Luego, sostiene que el *A-quo* no se refirió a que esa parte fundó el reclamo contra Marcovecchio en la ley 11867 y los arts. 225 a 230 LCT porque es quien continúa con la explotación del local comercial. Dice que de ese modo la patronal evitó la figura protectoria de la ley 24522 respecto a los créditos laborales y que la Sra. Marcovecchio era empleada de los demandados.

En quinto lugar se agravia por el rechazo de la demanda contra Luciano Manzini y Néstor Manzini por la exclusión de responsabilidad personal en carácter de socios. Dice que el *A-quo* nada expresó de la declaración de Silvia Guevara, como tampoco de la informativa de la AFIP de donde surgen las irregularidades de la sociedad.

En otro punto se queja porque no se consideraron los rubros art. 2 ley 25.323 y art. 9 ley 24.013.

En séptimo lugar se agravia por la imposición de costas porque se le imponen la totalidad a esa parte. Dice que una vez revocada la sentencia se deben imponer en su totalidad a los demandados.

En los mismos términos contestaron el traslado de los agravios El Buen Gourmet SRL (fs. 342/343), Verónica Marcovecchio (fs. 344/345), Néstor Manzini (fs. 346/347) y



Luciano Manzini (fs. 348/349). Solicitan el rechazo de la apelación, con costas.

**II.** Ingresando al análisis de los agravios del actor corresponde comenzar por los primeros referidos a la valoración de la prueba respecto a la errónea registración alegada por esa parte y la responsabilidad de Luciano y Néstor Manzini en los términos del art. 59 ley 19.550.

**1.** La controversia se planteó respecto a la fecha de comienzo del segundo periodo de la relación laboral, el actor sostuvo que ingresó el 13/06/15 y la demandada expresó que fue el 01/10/2015.

En la sentencia se sostuvo que *"De la prueba producida, nada acredita los dichos del actor en referencia al inicio de la relación laboral diferente a la que surge de la registrada, por lo que he de estar a la fecha denunciada por los demandados - 01 de octubre del año 2015"*.

Al respecto, el recurrente alega que no consideraron las declaraciones de Guevara, González Barroso, López y Merlo como tampoco el informe de la AFIP.

Sin embargo, no le asiste razón al actor por cuanto dichas declaraciones resultan insuficientes para acreditar el hecho que alega. Es que Guevara declaró que no sabe exactamente de la fecha de ingreso, que sería desde 2013 aproximadamente, preguntado por qué día empezó a trabajar dijo *"que no lo sabe con exactitud"*, que empezó en 2013 porque el actor se lo contó y que no sabe cuándo lo vio trabajar (fs. 199/200); Palomo declaró que el actor trabajó 2013/2014, que no lo recuerda con exactitud; Barroso no se refiere a ninguna fecha ni agrega nada respecto al periodo trabajado; Ferreira tampoco se refiere al periodo trabajado; Yañez declaró que cuando empezó a trabajar en octubre de 2015 el actor ya estaba



pero posteriormente dijo que él empezó en noviembre; López declaró que *"no sabe en que año empezó, que lo conoce desde mediados de 2014"*; Merlo dijo que lo que sabe *"era lo que decían adentro"*, *"que supone la testigo desde 2014"*, *"que muy bien no sabe"*.

Repárese que ninguno de los testigos es preciso, da razones de sus dichos ni refiere al periodo de junio a octubre de 2015.

Por otro lado, en la pericia contable se informó que la sociedad lleva los libros en legal forma y que se registró al actor en los periodos 04/2013-04/2014 y 10/2015-05/2016 (fs. 251/253), lo cual concuerda con el informe de la AFIP (fs. 264/268).

A partir de lo expuesto no surge una arbitraria valoración de la prueba como alegó el recurrente, por lo cual corresponde desestimar su queja.

Asimismo, ello implica el rechazo del agravio por la responsabilidad personal de los socios (fundada en la declaración de Guevara y el informe de la AFIP), así como también el de las multas de los art. 2 ley 25.323 y art. 9 ley 24.013 debido a que no se acreditó la errónea registración alegada.

**2.** Luego, en relación con la falta de legitimación pasiva de la codemandada Marcovecchio, cabe considerar que si bien esa parte en la contestación de demanda planteó excepción de falta de personería (cuando en rigor esa excepción es respecto a la parte actora) negó expresamente la transferencia, que tuviera relación laboral con el actor, responsabilidad sobre el personal de la empresa y sostuvo que tiene un contrato de comodato por el local realizando actividad comercial desde el 26/01/2017 con licencia comercial



a su nombre (fs. 97/98). La recurrente al contestar el traslado de esa presentación (fs. 153/155) dijo que se confunde la excepción con la falta de legitimación pasiva.

Entonces, de los términos de la contestación de demanda surge que la parte planteó la falta de legitimación pasiva frente a la pretensión del actor. Además, en la ley 921 no está prevista la excepción de falta de legitimación como de previo y especial pronunciamiento (art. 24) lo cual no impide que sea planteada como defensa y tratada al momento de dictar sentencia.

Luego, en la sentencia se consideró que *"En referencia a la excepción interpuesta por la codemandada, a fs. 300/301 se agregó prueba informativa a la Municipalidad de Rincón de los Sauces, en la cual se acredita que la excepcionante comenzó su actividad comercial en fecha 26 de Enero de 2017, por lo que teniendo en cuenta la fecha de inicio de la relación laboral como la fecha del distracto, a todas luces carece de legitimación para ser demandada en autos, en consecuencia he de hacer lugar a lo pretendido rechazando la demanda en su contra, con costas al actor"*.

Empero, le asiste razón a la recurrente respecto a que fundó el reclamo contra Marcovecchio en la ley 11867 y los arts. 225 a 230 LCT porque es quien continúa con la explotación del local comercial y esta cuestión no fue tratada por el A-quo.

Al respecto, se ha sostenido que: *"Para que se configure el supuesto previsto en los arts. 225 y 228 L.C.T., basta para ello con que quien lo explota sea desplazado por un nuevo titular en el establecimiento de que se trate, pues las normas de referencia consagran un concepto amplio de transferencia del establecimiento por lo que, cualquiera fuera*



*el título por el que se concrete la transferencia o transmisión, la circunstancia dirimente para establecer la extensión de responsabilidad es si ha habido un cambio en la titularidad en la explotación comercial o industrial de un mismo establecimiento o negocio. Por aplicación de la doctrina establecida en el acuerdo Plenario N° 289 "Baglieri Osvaldo D c/Nemec Francisco y Cía SRL y otro" (8/8/97), resulta indudable que la demandada debe hacerse cargo de las obligaciones emergentes del contrato de trabajo ya extinguido que la actora había mantenido con quien tuvo a su cargo la explotación del establecimiento (lavadero de autos) con anterioridad a la transferencia, transmisión o cesión de la explotación empresarial aun cuando haya mediado una transferencia de fondo de comercio, porque la ley 11.867 no desplaza la operatividad de las normas de orden público laboral que regulan la transmisión de un establecimiento", (CNTrab. Sala II, 35.853/11, "De los Santos Jaqueline Elizabeth c/Bocchietti María Zulema s/extensión resp. Solidaria", 14/05/14, 103137).*

En el caso es el mismo establecimiento con el nombre comercial "El Buen Gourmet" que antes explotaba la sociedad y ahora la comodataria.

En punto a los efectos del art. 225 LCT el adquirente pasa a ser responsable de las deudas laborales que estuvieren pactadas "sean derivadas de los contratos laborales que le fueron transferidos como también aquellos extinguidos con anterioridad, conservando el transmitente la calidad de responsable solidario respecto de esas obligaciones" (Alejandro Dall'Armeline y Alberto F. Vidal, Régimen de contrato de trabajo comentado, Art. 226, pág. 262 y 267, Dir. Miguel A. Maza, La Ley, Buenos Aires 2012).



Entonces, teniendo en cuenta el contrato de comodato gratuito por el establecimiento cuyo objeto es el inmueble y el fondo de comercio "*El Buen Gourmet*" (fs. 302/305) y la licencia comercial acompañada por la codemandada, corresponde extender la condena en forma solidaria a esa parte conforme los arts. 226 y 228 LCT.

Por último, en punto a las costas teniendo en cuenta lo resuelto en el punto anterior, corresponde modificar las impuestas en el punto II del fallo de la sentencia de primera instancia e imponerlas a cargo de la codemandada Verónica Marcovecchio en su condición de vencida (art. 17 ley 921).

**III.** Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 334/340 y modificar la sentencia de fs. 319/323 condenando en forma solidaria a la codemandada Verónica Marcovecchio con costas, confirmándola en lo restante que fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de la Alzada por su orden teniendo en cuenta la forma en que se resuelve (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.** Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 334/340 y modificar la sentencia de fs. 319/323 condenando en forma solidaria a la codemandada Verónica Marcovecchio con costas de primera



instancia, confirmándola en lo restante que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada por su orden (arts. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa para los letrados intervinientes en un 30% de los de la primera instancia (art. 15, L.A.).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**