



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veintiocho (28) días del mes de Noviembre del año 2019, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, la Dra. Gabriela B. Calaccio y el Dr. Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Rosa Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"CONDORI OSCAR NICOLAS C/ PROTECCION TOTAL PATAGONICA S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"**, (Expte. Nro.: 47877, Año: 2016), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Gabriela B. Calaccio**, dijo:

I.- Vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la demandada contra la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 17 de septiembre del 2019, obrante a fs. 187/204 mediante la cual se hace lugar a la demanda interpuesta por el actor Sr. Oscar Nicolás Condori contra la demandada Protección Total Patagónica SRL, condenando a esta al pago de la suma allí consignada, en concepto de haberes pendientes, liquidación final, indemnizaciones por despido y multas, con más intereses y certificados.

Para decidir en el sentido indicado el magistrado establece la materia de controversia y analizando la prueba

rendida en autos, establece que ambas firmas funcionaron en el mismo inmueble, que al solicitar el alta de la licencia comercial la demandada indicó que su nombre de fantasía era "El Cóndor- PTP", y en particular, que de las declaraciones testimoniales surge que el actor prestó efectivamente tareas para la empresa El Cóndor desde el 2009 y desde el 2014 para su continuadora PTP, existiendo una transferencia de establecimiento con las consecuencias que prevén los art. 225 y 228 de la LCT.

Por otro lado, se evidencia que el trabajador prestó tareas en violación a lo previsto en el art. 17 inc. f de la ley 2.772 y art. 44 inc. b de la ley 1.131, dado que era agente policial y luego retirado, por lo cual, se ordena informar a los entes pertinentes.

Fija la relación laboral desde el 1/5/2009 al 12/4/2014, no habiéndose registrado debidamente, y decreta los rubros de procedencia.

II.- Este pronunciamiento es recurrido por la parte demandada quien expresa agravios a fs. 207/210, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 212/213.

III.- 1. Agravios de la parte demandada.

a) La recurrente sintetiza los antecedentes de la causa y argumenta que el juez de grado incurre en errónea apreciación de la prueba al tener por acreditada la prestación de tareas del actor con su mandante en los términos reclamados cuando las declaraciones testimoniales son contradictorias en tal sentido.

Alude que los testigos ofrecidos por la actora, en particular, Oyarzun refiere que el reclamante no trabajó para la perseguida; Ancatel es impreciso en cuanto a la prestación de servicios cumplida; Cayun nunca compartió tareas con el demandante; Bello da cuenta de haberlo visto en PTP; y Villalba tiene juicio pendiente contra la empresa.

En suma, del análisis de la prueba testimonial que ha sido tenida en cuenta para tener por cierta la relación laboral, surge que los testimonios no son concordantes, no pudiendo tal orfandad probatoria ser suplida por presunciones legales.

Por otro lado, arguye que los declarantes propuestos por su parte, informaron que el accionante no prestó tareas de manera continua ni siquiera para El Cóndor, llegándose a conclusiones que no surgen de la prueba rendida.

Cita jurisprudencia sobre la competencia extraordinaria y la apreciación de la prueba.

b) Se agravia en cuanto se decreta que entre El CóndorSyV y PTP existió efectivamente una transferencia del establecimiento, por lo cual, esta última es responsable solidariamente respecto del reclamo correspondiente al periodo que el actor prestó servicios para la primera.

Asegura que el magistrado omite otra vez prueba aportada que indica que la continuadora de El Cóndor es Montaña Seguridad SRL, conforme lo reconocido públicamente por el propio dueño, lo que es confirmado por Palma Oyarzun que se refiere al traspaso de una camioneta de una empresa a otra.

Asevera que el testigo Khun indica que el domicilio de PTP es distinto, coincidiendo con el informe municipal, y la perito designada también señaló que no existen elementos contables que demuestren la transferencia referida.

Critica que no se mencione siquiera la prueba producida por su parte, que entiende desacredita lo sostenido por el juzgador.

Dice que si bien es cierto que gran parte de la clientela de El Cóndor pasó a PTP, ello no implica la transferencia comercial, interpretándose incorrectamente lo establecido en los arts. 225 y 228 de la LCT.

c) Denuncia violación del principio de congruencia al incluirse en la condena la multa del art. 80 de la LCT cuando la misma no ha sido reclamada en el escrito de demanda, violándose el derecho de defensa de su parte.

Solicita se revoque el fallo recurrido, como se pide.

2. Contestación de la parte actora.

Manifiesta que la apelante se abstrae de que, acreditada la relación laboral, rigen las presunciones de los arts. 38 de la ley 921 y 55 LCT, teniéndose por ciertos los hechos invocados en la demanda, más allá de la acreditación de las condiciones de trabajo a través de la prueba testimonial rendida.

Advierte que la quejosa no explica cuáles son las contradicciones en que habrían incurrido los declarantes, los que por otro lado no fueron impugnados oportunamente.

Señala que no se hace cargo de la prueba merituada por el judicante para tener por acreditada la transferencia empresarial, especialmente la que alude a que PTP comenzó a girar en la plaza comercial con los uniformes y camionetas del El Cóndor.

Indica que la entrega de los certificados a que alude el art. 80 de la LCT fueron requeridos en la ampliación de demanda.

Solicita se rechace la apelación interpuesta con costas.

III.- Análisis de los agravios vertidos.

1. En principio, corresponde evaluar los requisitos de admisibilidad en los términos del art. 265 del CPCC. En tal sentido se puede observar que se cumplen tales recaudos formales con las salvedades que se establecen. Digo ello con un criterio amplio y flexible en procura de la apertura de la revisión perseguida, conciliando las prescripciones legales

con el derecho de defensa en juicio, en el marco del principio de congruencia y las facultades propias de este tribunal.

Adelanto además, que como lo he sostenido reiteradamente los jueces no estamos obligados a seguir puntiliosamente todas las alegaciones de las partes, sino aquellas que guarden estrecha relación con la cuestión discutida, ni ponderar todas las medidas de prueba sino las que sean conducentes y tengan relevancia para decidir el tema sometido a juzgamiento.

2. a.-) Ciertamente, en el primer agravio, la demandada se queja que se tenga por acreditada la prestación de tareas del actor en las condiciones denunciadas, abstrayéndose que comprobada la prestación de servicios rige la presunción de existencia del contrato de trabajo del art. 23 de la LCT, y en particular, en cuanto a los distintos elementos del mismo, también son aplicables la presunciones a favor de los dichos del trabajador previstas en los arts. 38 de la ley 921 y 55 de la LCT, ante la falta de presentación de los registros pertinentes por parte del empleador (art. 265 del CPCC).

Tal lo sostenido por el juez de origen al liquidar los rubros que integran la condena final.

En concreto, la recurrente admite la prestación de servicios del actor en favor de la demandada, alegando que los testigos no son claros en cuanto a "las condiciones bajo las cuales este prestó servicios para PTP" (fs. 208), en consonancia con el responde en el que reconociera la prestación laboral (fs. 69 vta.).

Ante estas circunstancias, que los testigos omitieran puntualmente describir el horario de trabajo o el ingreso laboral del reclamante, era de interés probatorio de la patronal, quien debía registrar tales datos en el libro especial según art. 52 de la LCT.

Resulta incorrecto que "la orfandad probatoria no puede ser suplida por las presunciones que rigen en materia laboral, para hacer lugar a la demanda, tal y como lo ha hecho VS" (fs. 208 vta.). Justamente las presunciones legales tienen esa finalidad, disipar la duda ante la falta de prueba concreta o facilitar la prueba a la parte más vulnerable.

"Toda persona a quien favorece una presunción legal se halla dispensada de probar el hecho sobre el cual dicha presunción recae importando así tales presunciones una alteración del objeto probatorio por vía de dispensa de una actividad procesal que sería necesaria en casos normales. Sin embargo, se trata de una alteración parcial pues si bien los hechos presumidos quedan al margen del objeto de la prueba, no ocurre lo mismo con los hechos que configuran la base de la presunción los cuales deben probarse en la hipótesis de no ser admitidos (cfr. Palacio, Derecho Procesal Civil Tomo IV, pág. 355)" (CSJTuc, sent n° 174 del 13/05/1992). (DRES.: AREA MAIDANA - GOANE - DATO. DECIMA CLAUDIO OSCAR c/ VIDES JULIO CESAR s/ DESPIDO Y OTROS, Fecha: 29/11/2001, Sentencia N°: 1009, Corte Suprema de Justicia TUCUMAN- LDT).

El art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo establece una presunción a favor del trabajador respecto de las circunstancias que debían constar en los libros, registro, planillas y otros elementos de contralor, ante la falta de exhibición a requerimiento judicial o administrativo de los mismos. Obviamente, el trabajador no registrado no figura en los libros del empleador y por tanto, en caso de controversia, se admitirá como cierta la fecha de ingreso y la remuneración que denuncie el trabajador en su demanda, salvo prueba en contrario. (Ackerman- Tosca, Tratado de Derecho del Trabajo, Ed. Rubinzal- Culzoni, t. II, p. 355).

b) En el segundo agravio cuestiona la confirmación de la existencia de una transferencia de establecimiento entre El

Cóndor y PTP, afirmando que el magistrado omite prueba rendida en sentido contrario.

Menciona una entrevista en soporte digital, no haciéndose cargo de que tal prueba fue desconocida expresamente por la contraria a fs. 76, sin que su parte produjera prueba ratificante alguna.

Refiere que una camioneta habría pasado de El Cóndor a Montaña, lo que claramente no es determinante; y que la perito afirma que no existen elementos de prueba documentales sobre la transferencia, más allá de que la misma deja claro que no pudo cotejar los libros de El Cóndor, este medio probatorio resulta meramente formal.

Párrafo aparte admite que la clientela de El Cóndor fue absorbida por la demandada PTP, afirmando dogmáticamente que existe prueba que acredita una circunstancia distinta a la planteada por VS, sin indicar a cual se refiere (art. 265 del CPCC).

No asume que al tramitar la licencia comercial ante el municipio local designo como nombre de fantasía "El Condor-PTP"; que los testigos refieren el traspaso de la actividad empresarial de una firma a otra, como lo describe el judicante (art. 265 del CPCC).

Los testigos de la parte actora, GUSTAVO DANIEL VILLALBA (fs. 141/143), ex compañero de trabajo del actor, quien concilió el juicio que tenía contra la demandada según consta en la misma declaración: "Sostiene que cuando el dicente ingresa a trabajar para la demandada, le dan el alta como empleado de esta firma pero seguían usando el uniforme con el logo de El Cóndor, se utilizaban las camionetas con el logo de El Cóndor, los logos visibles de la empresa eran todos de El Cóndor, las planillas de le empresa eran de El Cóndor, cuando el dicente trabajó en la parte de monitoreo y atendía un llamado se presentaba como "El Cóndor, buenos días...", las

líneas telefónicas estaban a nombre de El Cóndor; y afirma que esto se mantuvo así hasta Noviembre del año 2015...".

En forma similar, declara ARIEL EDUARDO BELLO (fs. 146/147), compañero de trabajo del actor en la demandada.

MARIO ALBERTO CAYUN (fs. 150/151), compañero de trabajo: "Expone que cuando él ingresó a trabajar a PTP los vehículos estaban ploteados con el logo de El Cóndor, y también tenían el logo de El Cóndor las planillas que usaba PTP. Asegura que ambas empresas (El Cóndor y PTP) funcionaron en el mismo lugar, frente a la YPF de la Vega, y esto lo sabe porque ahí tenía su empresa el Sr. Carlos Gómez y Pablo Gómez, y ellos eran los mismos dueños de El Cóndor. Manifiesta que al inicio utilizaba los mismos uniformes de El Cóndor...".

JUAN CARLOS ANCATEL (fs. 173/174), encargado de la estación de YPF de la Vega, dice que: "siendo encargado se presentó el Sr. Jorge como representante de PTP y le comentó que a partir de ese momento ellos se iban a hacer cargo de la firma El Cóndor.. Indica que además del actor, había otro empleado de El Cóndor, de nombre Facundo, que luego empezó a cargar combustible como empleado de PTP. Destaca que las oficinas de la demandada funcionan frente a la estación de servicio YPF de la Vega, en el mismo lugar donde antes funcionaban las oficinas de El Cóndor. Expone que El Cóndor fue la empresa que les prestó el servicio de seguridad a la estación de servicio y luego lo cambiaron por el servicio de PTP, y que este cambio fue hace unos tres o cuatro años atrás y aclara que este cambio coincidió con el cambio de cuenta bancaria que se mencionó antes. Señala que cuando cambió la empresa hubo cambios en los uniformes y en los logos, y que pasaron dos meses entre que el Sr. Jorge se presentó en la estación y el cambio de los ploteados y uniformes".

Los testigos de la parte demandada MARIA VICTORIA DI LELLO (fs. 144/145), contadora de la firma, desconoce los hechos relacionados con El Cóndor.

FACUNDO KUHN (fs. 148/149), quien es empleado actual de la demandada: "Afirma que el dicente, en julio/agosto del año 2014 renunció a la empresa El Cóndor y comenzó a trabajar para la demandada, con un mes de diferencia... Expone que hubo clientes que pasaron de El Cóndor a PTP, como por ejemplo Cerro Chapelco, Las Pendientes, el establecimiento del Sr. Roemmers en el lago Lolog, Rincón de los Andes, Agua Potable, entre otros. Manifiesta que hubo varias personas que pasaron de trabajar de El Condor a PTP como por ejemplo Ariel Bello, Cayun, Juan Figueroa, el actor, y luego todos estos pasaron a trabajar a Montaña Seguridad...".

JORGE ENRIQUE QUISPE (fs. 175/176), director técnico de la accionada, afirma que: "conoce a la parte actora porque ambos fueron policías, y el dicente estaba a cargo de la Dirección de Policía y el actor era su subordinado, y luego cuando el actor trabajó para El Cóndor, y el dicente lo hizo para la demandada, como continuadora de El Cóndor [...] al principio se produjo una situación en la que se cambiaron los logos de El Cóndor por los de PTP...".

VICTORIA NATALI OYARZUN PALMA (fs. 177/178), empleada del Consorcio Las Pendientes: "Expresa que desde que ella ingresó a trabajar, el consorcio tuvo contratado el servicio de seguridad con El Cóndor, luego estuvo Prosegur, volvió El Cóndor que se convirtió en PTP, pero los directivos y el personal eran los mismos. Menciona que el actor siempre utilizó el uniforme de El Cóndor. Asevera que cuando se produjo el cambio de El Cóndor a PTP, el actor siguió trabajando...".

Con todo ello, se puede confirmar sin lugar a dudas lo sostenido por el judicante en relación a que existió una

continuidad comercial, lo que configura la transferencia de establecimiento contemplada en el art. 225 de la LCT.

Habrá transferencia cuando se transmitan los elementos constitutivos del fondo de comercio (instalaciones, existencias en mercaderías, nombre y enseña comercial, clientela, derecho al local, habilitación, productos en elaboración, etc.), sin que sea necesario que comprenda la totalidad de esos elementos; basta con que el transmitente no pueda continuar con la explotación mientras que el adquirente pueda hacerlo como lo hacía aquel o en forma semejante (Ley de Contrato de Trabajo Com., Jorge Rodríguez Mancini, Ed. La Ley, t. IV, p. 132).

La jurisprudencia ha dicho en casos similares que: "Dado que ambas codemandadas eran clínicas, y cuando una dejó de funcionar comenzó la otra a desplegar la misma actividad utilizando los mismos insumos e instalaciones y que el actor debió renunciar a una para prestar servicios en la otra, recibiendo pagos en negro en ambos casos, se concluye que ambas empresas hicieron uso común de los medios personales, materiales e inmateriales mencionados en el art. 5, LCT, por lo que se ha incurrido en el caso en fraude (art. 14, LCT), no siendo necesaria la demostración de que hubo intención subjetiva de evasión de normas laborales, tuitivas del trabajador, ni la prueba de una intención evasiva, sino que basta con que la conducta empresarial se traduzca en sustracción a esas normas laborales para quedar configurado, con intención o sin ella. Y como en el caso ha existido una efectiva transferencia de establecimiento según lo establecido por el arts. 225 y sgtes., LCT, corresponde la condena solidaria de ambas codemandadas" (0.23727 || Peralta, Juan vs. Retcorp S.A. y otro s. Despido /// CNTrab. Sala VII; 12/04/2007; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 2967/09).

c) Finalmente, se queja de la condena al pago de la multa del art. 80 de la LCT, aduciendo que es un rubro no reclamado en la demanda.

Pareciera no advertir la apelante la ampliación de demanda obrante a fs. 34, en la que expresamente se demanda la indemnización mencionada, con lo cual, no se ha violado de ninguna manera el principio de congruencia.

Ante la falta de entrega de los certificados de servicios y de trabajo por parte de la empleadora, debidamente intimada en los términos del art. 80 de la LCT y art. 3 del Dec. 146/01 (fs. 12), se devenga la sanción económica (Contrato de trabajo, Carlos Alberto Etala, Ed. Astrea, t. 1, p. 259).

"En el supuesto de transferencia o cesión del establecimiento (art. 225, LCT), el contrato de trabajo continúa con el sucesor o adquirente, y el trabajador conserva la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven. Al no existir ninguna excepción normativa con relación a tales derechos, el adquirente debe extender el certificado de trabajo por todo el tiempo de servicios que debe reconocerle al trabajador, en virtud de la antigüedad en el empleo adquirida" (0.24651 || Buttiner, Leticia vs. Reifschneider Argentina S.A. y otros s. Despido /// CNTrab. Sala IX; 28/11/2006; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 2713/07).

Por lo demás, dejo a salvo que no se ha planteado agravio respecto al distracto operado y los demás ítems condenados.

IV.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdedora conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriéndose la

regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Tal mi voto.

A su turno, el **Dr. Dardo W. Troncoso**, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia definitiva.

II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdedora (Cfr. arts. 17, ley 921, y 68, del C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara