000132/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil diez, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados**: “E., G. D. c/ S., C. – S. A. N. y/o titular T. S. s/ cobro de hab. e indem. de ley” (Expte. 132 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 248.----------

---

----**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 234, que fuera concedido a fs. 235, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 228/233 que hizo lugar a la demanda instaurada por G. D. E. y condenó a N. A. S. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $87.464,59.-, con más sus intereses, en concepto de diferencias salariales, vacaciones no gozadas y proporcional, sueldo anual complementario, indemnización por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, con más la integración mes de despido, incremento previsto por el art. 2 de la ley 25.323, e indemnizaciones contempladas por los arts. 8 y 15 de la ley 24.013 y art. 80, último párrafo, de la L.C.T., con imposición de costas a la vencida, y asimismo rechazó la demanda entablada contra C. S., con costas al actor.----------

----Los agravios vertidos lucen a fs. 236/237 y vta., el traslado conferido a fs. 238 no fue evacuado por su contraria, y sostiene el apelante que el juez de grado parte de una premisa falsa al considerar que la transferencia del emprendimiento comercial supone automáticamente que el codemandado S. dejó de ostentar el carácter de empleador. El hecho de que S. se haya dado de baja ante los organismos administrativos no significa que no revista el carácter de empleador respecto del actor pues ello tuvo la finalidad de evadir el costo laboral ya que poseía y posee aún deudas con varios trabajadores. Cita doctrina con referencia a los tipos de empleadores, y manifiesta que independientemente de quien figuraba “formalmente” como empleador, lo cierto es que en los hechos el actor tenía como empleador dos personas físicas. Se omitió aplicar el principio de la primacía de la realidad ya que en la presente litis se ha querido ocultar a uno de los empleadores, haciéndolo pasar como otro trabajador más de la empresa. El juez de grado realizó una análisis parcial de la prueba testimonial. Pone de relieve las declaraciones de B. (respuestas a la 2ª, 3ª, y 12ª pregunta), L. (respuesta a la 3ª pregunta), y T. (respuesta a la 3ª pregunta, 1ª repregunta, y razón de sus dichos). Afirma también que el relato de los testigos propuestos por su parte resultaron congruentes y verosímiles y coinciden con los hechos articulados en la demanda.

Peticiona se revoque parcialmente la sentencia apelada y se haga extensiva la condena al codemandado S., con costas.----------

----2. Como puede observarse la queja se centra en considerar que el juzgador omitió aplicar el principio de la primacía de la realidad y al mismo tiempo efectuó una valoración inadecuada de la prueba testimonial rendida en la causa.----------

----Al respecto, existe otro fundamento que permite revocar el fallo en crisis para así extender la condena al codemandado S..----------

----En tal sentido, la apertura de esta instancia por la apelación interpuesta por la parte actora permite ejercer la facultad de revisión con amplitud suficiente ante la plenitud de jurisdicción.----------

----En virtud del recurso de apelación, el tribunal de alzada asume la plenitud de jurisdicción sobre aquellos puntos que han sido objeto de apelación; es decir, sus facultades para decidir la cuestión son tan amplias como las que tenía el tribunal en grado (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, t. 1, par. 28, pág. 76). ----------

----El principio según el cual la jurisdicción del órgano “ad quem” se abre en función del alcance de la apelación, no obsta a que el mismo se pronuncie de conformidad con la regla “iura novit curia”, es decir, que ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes. *En un orden de ideas similares se ha recalcado que el órgano “ad quem” no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos tienen amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el “a quo”. Incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia* (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 420/421, y cita de fallos) (la cursiva me pertenece). ----------

----O sea, el juez brinda la calificación jurídica correspondiente a la pretensión deducida con independencia del encuadre que hubieran efectuado las partes o el juez de la anterior instancia.----------

----El *iura novit curia* consiste en que los jueces letrados aplican el derecho que se adapta a las peticiones efectuadas por las partes, aunque éstas denominen o califiquen mal el derecho y se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez a quien corresponde calificar la esencia del pleito y aplicar la norma jurídica pertinente. Con arreglo a tales pautas, la calificación de la acción y la determinación de la norma o derecho aplicable es materia reservada al juez -*iura novit curia*-, quien puede y debe corregir cualquier error de las partes en punto a esta calificación o aplicar un precepto distinto al invocado. Conforme a la regla “iura novit curia” los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la

realidad del hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen, con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes, facultad que deriva de los principios esenciales que organizan la función jurisdiccional de la justicia. Surge así como misión que alcanza el nivel de deber, la de aplicar el derecho objetivo con independencia del invocado por las partes. Es decir, que si el tema planteado remite a consideraciones de orden jurídico inherentes al derecho vigente, su aplicación es deber irrenunciable de los jueces, careciendo de efectos vinculatorios la fundamentación jurídica argüida por los justiciables (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1984 y 1986, T. II-A, págs. 613/614, y T. II-C, págs. 73/74, y citas de pronunciamientos, respectivamente).----------

----Con ese alcance, cabe ponderar que el codemandado S. reconoció que se dedicó a la actividad de reparto de mercaderías, que ese emprendimiento lo vendió a A. N. S., y que se dedicaba a la atención de cada cliente en su comercio (escrito de fs. 24/26, p. 2, fs. 24 y 24 vta., respectivamente). A su vez, la codemandada S. reconoció que es propietaria de una pequeña empresa dedicada al transporte y reparto de carga general (escrito de fs. 29/33 vta., p. 4, fs. 30).----------

----Asimismo, el dato alegado por el actor en el sentido que dicho emprendimiento lleva el nombre de fantasía de “T. S.” (escrito de inicio, p. IV, fs. 3 vta.) resultó admitido por ambos codemandados ante la falta de negativa específica al respecto (escritos de contestación, ver negativas, p. 3, fs. 24 vta./25 vta. y fs. 29/30). ----------

----Por otra parte, ese dato admitido se corrobora por la circunstancia de que la propia codemandada alude a esa denominación al ofrecer prueba documental en poder de terceros, en el caso, oficio a la Subsecretaría de Trabajo, Delegación Trelew a fin de que se acompañe el expediente administrativo caratulado **“S. de T. C. s/acuerdo c/ S., A. N. (T. S.)”** (p. 5.b., fs. 32).----------

----Es más, la utilización de esa denominación comercial surge expresamente de las actuaciones labradas bajo expediente administrativo Nº 2-718-06, Subsecretaría de Trabajo, Delegación Regional Trelew, agregadas a fs. 53/73, pues al celebrar un acuerdo con el Sindicato de la actividad se alude a la empleadora identificándosela como “<u>la empresa que gira bajo la denominación comercial **“T. S.”**</u> representada por su titular la señora **A. N. S.**, D.N.I. Nº **.***.*** en su calidad de representante legal” (ver fs. 55, encabezado del acuerdo) (el subrayado me pertenece).----------

----En tales condiciones, corresponde precisar que el “emprendimiento”, obviamente de naturaleza comercial, al que hace referencia en su primera presentación el codemandado S. es un fondo de comercio que en el presente caso gira bajo el nombre comercial “T. S.”.----------

----En ese contexto, sabido es que el fondo de comercio (que en doctrina y en distintas legislaciones también se denomina establecimiento -v. gr., ley 11.867- o hacienda mercantil) está integrado por bienes materiales e inmateriales, que el art. 1, ley 11.867, enumera enunciativamente. ... Los elementos inmateriales que la ley indica también

ejemplificativamente, incluyen: las marcas, **el nombre**, la enseña, dibujos y modelos industriales, patentes de invención, procedimientos de fabricación, distinciones y honores, etc. (Halperín, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, Depalma. 4ta. ed. act., 2000, Vol. I, pág. 94) (el resaltado me pertenece). ----------

----La clasificación más difundida es la que distingue entre elementos materiales e inmateriales. El *nombre comercial*, incluido en la enumeración del art. 1º de la ley 11.867, debe ser distinguido cuidadosamente del *nombre civil* de las personas. El nombre comercial *es el nombre bajo el cual el comerciante actúa en el mundo del tráfico mercantil y goza de crédito*, y con el cual adquiere los derechos y asume las obligaciones atinentes a su empresa (Fontanarrosa, Rodolfo O., “Derecho Comercial Argentino. Parte general”, Víctor P. de Zavalía, 3a. edición, 1969, T. I, par. 171 y 183, págs. 207 y 219). ----------

----No se trata de una simple universalidad de cosas, como la biblioteca o el rebaño del ejemplo clásico, sino de un conjunto de cosas y derechos, verdadero organismo económico, con perfecta unidad, constituido por elementos *estáticos* (*materiales*: instalaciones mercaderías, maquinarias, etc., e *incorporales*: nombre, derecho al local, patentes y marcas, etc.) y el *elemento dinámico o funcional*, conocido en la doctrina italiana con el nombre de *avviamento* y que en nuestro país se denomina llave: *crédito y atracción* sobre el público determinante de la clientela (Fernández, Raymundo L., “Código de Comercio ...”, Buenos Aires, 1950, T. II, par. 68, págs. 93/94). ----------

----Y al mismo tiempo que integra el fondo de comercio el nombre comercial como elemento estático y la llave como elemento dinámico, también cabe considerar que es elemento constitutivo la organización, tal como se indicara precedentemente. ----------

----En este último aspecto, si bien la ley no menciona la organización, como elemento constitutivo del fondo de comercio, de ninguna manera puede establecerse que este concepto haya quedado excluido dentro de la transferencia, toda vez que la enumeración contenida en el art. 1° de la ley 11.867 es de carácter meramente ejemplificativo -enunciativo-, y no taxativo. Si entendemos el fondo de comercio como un conjunto organizado de bienes y derechos en acción, un organismo económico viviente, y surge del mismo una idea de unidad, aun cuando en nuestro derecho se discuta el carácter de verdadera entidad, debemos concluir que el sistema denominado “organización” debe encontrarse incluido dentro de la transferencia, toda vez que es un elemento vital y fundamental para que el nuevo adquirente pueda cumplir con los fines de la actividad mercantil, a través de la explotación del establecimiento que se le ha transferido (Vítolo, “Contratos comerciales”, Ad-Hoc S.R.L., 1994, pág. 599). ----------

----La hacienda mercantil es un conjunto de bienes heterogéneos. Pero tales bienes no aparecen meramente yuxtapuestos caóticamente, sino, por el contrario, se manifiestan como vinculados entre sí por una interdependencia funcional establecida por el empresario mediante una organización adecuada y tendiente a posibilitar y facilitar el ejercicio de su actividad de empresa. Para lograr ese destino o finalidad común, se

coordinan funcionalmente todos los elementos de la hacienda. La hacienda es un conjunto de bienes de naturaleza heterogénea organizados por el empresario para la explotación de la empresa. Esa heterogeneidad ha impuesto la necesidad de proceder a una clasificación de ellos, para comprender mejor la estática y la dinámica de la hacienda (Fontanarrosa, obra y tomo citado, par. 169 y 171, págs. 202/203 y 207).-------

----Y volviendo sobre el nombre comercial como elemento inmaterial, cabe agregar que el nombre comercial se incluye como elemento del fondo (art. 1º). Es indudable que los fines de la ley 11.867 no permiten relacionar el elemento en cuestión con algo que no sea el establecimiento mercantil y su transferencia. Por lo tanto hablar de nombre comercial en el sentido de la preceptiva especial es referirse a aquel “conjunto de palabras, letras y demás signos distintivos que se utilizan para caracterizar un establecimiento”. En tal sentido su integración es libre y amplia, pudiendo utilizarse para designar un fondo de comercio: palabras o términos de fantasía. El nombre comercial y la enseña pertenecen indudablemente al establecimiento, y como bien lo ha expresado la jurisprudencia, se manifiestan en valores que en la mayoría de los casos superan el de los restantes elementos, pero que se realizan exclusivamente ante la venta o transferencia del negocio y dentro de lo que comúnmente denominamos *llave* (Zunino, Jorge Osvaldo, “Fondo de Comercio”, Astrea, 2da. ed., 2000, par. 67 y 81, págs. 113/114 y 128, respectivamente).----------

----En tales condiciones, la venta del “emprendimiento” -como indica sin mayores precisiones el codemandado S.- importó la transferencia del fondo de comercio que gira en plaza bajo el nombre comercial “T. S.”, por lo que debió esa transmisión ajustarse a los recaudos exigidos por la ley 11.867.----------

----Desde esta perspectiva, con la finalidad de salvaguardar los derechos de los acreedores y poner coto a los abusos de comerciantes inescrupulosos se dictó en 1934 la ley n° 11.867 que reglamenta la transmisión de establecimientos comerciales. La obligación fundamental del vendedor consiste en entregar al comprador el establecimiento vendido, haciendo tradición de todos sus elementos, ajustándose a los preceptos de la ley, se trate de bienes corporales o de bienes incorporales (Fernández, obra y tomo citado, par. 35 y 45, págs. 68 y 76) (el subrayado me pertenece).----------

----Y a ese respecto, no se cumplimentaron las disposiciones previstas por la ley 11.867 pues no se publicaron los anuncios contemplados por el art. 2, no se suscribió en consecuencia el documento de transmisión y tampoco se inscribió la venta en el Registro Público de Comercio, por lo que la misma no produjo efectos con relación a terceros conforme lo prescribe su art. 7. ----------

----La falta de inscripción de la transferencia del establecimiento, tiene un régimen específico, determinado y diverso al de la responsabilidad solidaria prevista en la norma del art. 11 de la ley 11.867, y la consecuencia de tal omisión consiste en la inoponibilidad de la transmisión con relación a los acreedores, de manera tal que, frente a los terceros, esa enajenación no se considera operada sino desde la inscripción

registral, por lo que, hasta ese momento, los bienes del fondo siguen respondiendo por las deudas del enajenante como si no hubieran salido de éste (CNCom, Sala “C”, marzo 3-982, “Abilco S.A. c. Policeski, Elías”, BCN Com., 982-2-5). ----------

----El incumplimiento de la ley 11.867 no transforma a los acreedores del anterior propietario en acreedores del actual titular; su derecho en tal caso, consiste en desconocer la transferencia, que carece de validez a su respecto, y hacer efectivos sus créditos sobre los elementos que constituyen el establecimiento transferido, como si no hubiera salido del patrimonio de su deudor. La circunstancia de que no haya cumplido con las previsiones de la ley 11.867 obliga al vendedor con todos sus bienes por las deudas contraídas mientras fue dueño de ese fondo de comercio, aun cuando se hubiese desprendido de él y fuese otro en la actualidad el titular del mismo (arts. 2°, 4° y 11, ley citada) (CNCom., Sala “B”, julio 30-979, “Molino Independencia S.A. c. Labozzetta, Pablo”, L.L. 1979-D, 571).----------

----La falta de publicaciones o los avisos deficientes hacen al acto inoponible con respecto a los acreedores y terceros en general; en este sentido ha de entenderse la opinión jurisprudencial cuando afirma que no se considera operada la transmisión hasta que no se hayan publicado los edictos correspondientes. Por otra parte, éste es el efecto previsto por los arts. 2º y 7º de la preceptiva especial; en razón de ello la autoridad registral exige siempre la constancia de haberse efectuado tales publicaciones como requisito sustancial a fin de dar curso a la solicitud de inscripción (Zunino, ob. cit., par. 185, pág. 293). ----------

----Si no se cumple con ninguno de los requisitos de publicidad impuestos por la ley 11.867, es decir, si el desconocimiento de la transferencia es total, para los terceros la transferencia resulta absolutamente inoponible (Vítolo, ob. cit., pág. 608). ----------

----Esa inoponibilidad del acto de venta a terceros, entre los que se encuentran los trabajadores, hace innecesario ponderar la prueba testimonial y aplicar el principio de la primacía de la realidad. ----------

----En tales condiciones, desde que la transferencia se tiene por no operada por incumplimiento total de los requisitos establecidos en el citado ordenamiento, la postura del vendedor en el sentido de que la venta del emprendimiento se produjo en el mes de abril de 2004 y que por ello no corresponder demandarlo resulta inaudible por resultar dicha transmisión inoponible al actor. ----------

----Por lo demás, agregaré que a pesar de que el codemandado S. sostiene que en abril de 2004 vendió su emprendimiento, lo cierto es que dicha persona se inscribió para la actividad económica “Transporte Automotor de Cargas” (código ****) desde noviembre de 2000 (11-2000) y denunció el cese de actividades como monotributista recién en septiembre de 2004 (09/2004), conforme resulta de los datos registrados en AFIP (pantalla de padrón, fs. 159, reiterada a fs. 163). ----------

----Por tales razones, corresponde hacer lugar a los agravios vertidos y ello conduce a revocar parcialmente el fallo en crisis para rechazar la excepción de falta de

legitimación pasiva opuesta al punto 2 de fs. 24/vta. y extender la condena en forma solidaria a C. S..----------

----3. En consecuencia, propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta al punto 2 de fs. 24/vta y en consecuencia hacer lugar a la demanda promovida por G. D. E. y condenar en forma solidaria a C. S. al pago de la suma de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro con cincuenta y nueve centavos ($87.464,59.-) dentro del plazo de diez días de consentido el presente decisorio, con más los intereses establecidos en la sentencia de la anterior instancia.----------

----La revocatoria parcial del fallo en crisis lleva a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV Nº 1 (arts. 279 del C.P.C.C. y 76 de la ley 69).----------

----Con tales alcances las costas de primera instancia se imponen a los codemandados vencidos, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 57 de la Ley XIV Nº 1 y art. 69 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; arts. 59 de la ley 69 y 68 del C.P.C.C.).----------

----Asimismo, al adecuar a este decisorio los honorarios de la anterior instancia, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan la totalidad de los trabajos profesionales cumplidos, entiendo que resulta prudente fijar los emolumentos del Dr. S. I. G., en su carácter de letrado apoderado del actor, y del Dr. C. M. A., en su calidad de letrado patrocinante del codemandado S. y letrado apoderado de la codemandada S., en las sumas porcentuales equivalentes al 21%, 10%, y 13,8%, respectivamente, del importe de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 10, 18, 32, 36, 38, y 46 de la Ley XIII Nº 4, arts. 6, 7, 11, 19, 33, 37, 39, y 47 de la ley 2200), con más el I.V.A. correspondiente.----------

----Las costas de segunda instancia se imponen al codemandado S. vencido, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 69 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A; art. 68 del C.P.C.C.).----------

----Con las pautas apreciativas ya indicadas y lo dispuesto por el art. 13 de la Ley XIII Nº 4 (art. 14 de la ley del arancel), entiendo prudente regular los honorarios del Dr. S. I. G., letrado apoderado del actor, por las tareas cumplidas en esta instancia, en la suma equivalente al 6,72% del ya aludido importe del proceso, con más el I.V.A. pertinente. --

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

----Fue apelada por la parte actora (fs. 234) la sentencia definitiva dictada en autos (fs. 228/233) por la cual se hace lugar a la demanda interpuesta por el Sr. G. D. E. en relación a la co-demandada Sra. N. A. S., condenándola a que, en el plazo que fija, abone al actor la suma de $ 87.464,59 con más los intereses fijados en el considerando respectivo, a que deposite el certificado de servicios y costas; y, por otro lado, desestimando la demanda dirigida en contra del co-demandado Sr. C. S., con costas a

cargo del actor.---------- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 (actual art. 60 de la Ley XIV Nº 1), luce agregado a fs. 236/237 vta..-------

---

----A fs. 238, se ordenó el traslado de los agravios formulados a la parte contraria, el que no fue evacuado.----------

----I.- La reseña de los agravios vertidos por la apelante ha sido realizada con claridad y suficiencia por el magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella me atendré a efectos de evitar repeticiones estériles.----------

----Sin embargo, resultará útil identificar cuáles son los puntos sobre los cuales asienta la parte actora apelante sus cuestionamientos, los cuales son: 1) rechazo de la demanda respecto al co-demandado C. A. S.; y, 2) la imposición de las costas.----------

---

----II.- En el marco delimitado por los agravios individualizados, ingresaré a su tratamiento siguiendo la misma secuencia con la que éstos fueran expuestos por la recurrente.---------- ----------

----1) **Rechazo de la demanda respecto al co-demandado C. A. S.**: El juzgador de la anterior instancia sustento la desestimación de la demandada en relación al demandado citado en el epígrafe en la circunstancia de que al tiempo de haber comenzado a trabajar el actor éste ya había transferido el emprendimiento comercial a la co-demandada A. N. S. (abril de 2004), añadiendo que no quedó demostrado tampoco que hubiera impartido órdenes o que gozara de poder de dirección a su respecto para poder considerarlo empleador. Es por ello que concluye haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por dicho demandado.---------- ----------

----Pues bien, comenzaré por dar la razón al recurrente en cuanto que del mérito de la prueba testimonial no puede arribarse a la conclusión que como copete de su análisis efectuara el Sr. Juez de grado.---------- ----------

----Esto es, tengo para mi, que de lo declarado por los testigos B. (fs. 138/139), Loyola (fs. 137 y vta.) y T. (fs. 174 y vta.), se extrae exactamente lo contrario a lo concluido por el iudicante. Y digo así, toda vez que todos los testigos mencionados -quienes cabe ponderar que se tratan testigos presenciales y directos en cuanto todos manifestaron haber sido compañeros de trabajo del actor y, por ende, ser o haber sido dependientes de la empresa de titularidad de la co-demandada S.-, depusieron concordantemente haberse desempeñado para ambos co-demandados mientras compartían tareas con el Sr. E..---------- ----------

----Por caso, aludieron a que *“...trabajaba con ellos...”*, o respondiendo asertivamente ante la pregunta de si recibían órdenes de ambos demandados (vide: testigo Loyola en resp. 2da. y 12ava. –fs. 137 y vta.-); o, haber comenzado realizando “changas” para S. antes de quedar “fijo” o manifestando haber recibido órdenes de ambos demandados desde la fecha de ingreso y hasta el egreso del Sr. E. (vide: testimonio de B., resp. 7ma. y 12ava. –fs. 138 vta.-); o bien, aún cuando al responder por las generales refirió haber

sido empleado de “A.”, luego al contestar específicamente si el actor cumplía tareas para ambos co-demandados, contesto *“...Si, cumplía tareas para ellos...”* y, a continuación, preguntado de porqué sabía de tal circunstancia expresó *“...Porque yo trabajé con ellos...”*(sic)(vide: testimonio de T., resp. 1ra.; 2da. y 3ra. –fs. 174-). Es decir, insisto, participo de lo afirmado por el recurrente en cuanto que, de tales testimoniales, se arriba a una deducción diametralmente distinta a la que sostuviera el Sr. Juez a quo (Conf. arts. 386 y 456 del C.P.C.C. –actuales arts. 390 y 460 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-; de aplicación supletoria por vía del art. 45 de la ley 69 –actual art. 44 de la Ley XIV Nº 1-).----------Ahora bien, sin embargo, estimo que aquello que verdaderamente cierra toda posible discusión, tornándose en lo dirimente para resolver el presente recurso, centra en lo ya sobradamente expuesto por el magistrado que me precede en la votación; esto es, en punto a la falta absoluta de postulación y correspondiente acreditación en autos de haber cumplido con el procedimiento regulado para la transferencia de fondo de comercio según ley 11.867, circunstancia ésta que impide que la misma pueda serle opuesta al demandante en esta litis. Y tal aspecto es materia propia y connatural al *iuria novit curia* que debe este Tribunal de alzada ejercer en plenitud.---------- En tal direccionamiento, sabido es que el tribunal revisor asume la plenitud de la jurisdicción, es decir, contando éste con idéntico poder y amplitud de conocimiento que el Juez de primera instancia (Conf. Alsina, Hugo “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Ediar, año 1961, T. IV, pág. 415 y s.s., nº 14).---------- Y, en tal sentido entonces el Tribunal de alzada no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. El *ad quem* debe ceñirse, sí, a los puntos objetados, pero dentro de ellos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el *a quo*. El Juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el Juez de primera instancia (Conf.: CNCiv., sala C, 12/4/71, L.L. 143-322; id., Sala E, 19/10/76, E.D. 72-632; id., Sala F, 27/8/79, E.D., 87-250; id., CNAT, Sala VII, 2/7/81, E.D., 94-766; id. CNCom., Sala B, 12/5/89, Lex Doctor/LD Textos versión 6.0; id., S.C.B.A., 21/5/82, DJBA, 122-306; id., C.S.J.N., 5/10/99, Rep. L.L., 35-1231)(Vide: Hitters, Juan C., en “Técnica de los recursos ordinarios”, Ed. Plantense, año 1988, págs. 393/394; id. Falcón, Enrique M., en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y comentado”, Ed. Abeledo Perrot, año 1992, T. II, pág. 439).---------- ----------
----Y desde que no existe probanza cierta y concreta de la fecha a partir de la cual los co-demandados aseveran haber “transferido” y “adquirido” respectivamente el fondo de comercio, en el marco probatorio ya aludido por el cual se infiere como acreditado que el actor se desempeñó bajo la dependencia y subordinación del Sr. S.. Y, a la par, no hallándose acreditado tampoco que se hubiera extinguido tal dicente vínculo con anterioridad a la afirmada transferencia de la organización empresaria de éste a la Sra. S., de la cual, advierto, no se encuentra controvertido que el actor la integrara como elemento personal de la misma; y, atento que, a todo evento, en la hipótesis más

favorable a la parte demandada, aún cuando se hubiera cumplido con el procedimiento impuesto por la ley 11.867 –que insisto no se sugirió siquiera en autos-, debe destacarse que la L.C.T. no requiere la formulación de reclamos por parte del trabajador dentro de los mecanismos de la ley 11.867 para viabilizar el reconocimiento de sus derechos laborales, sumado ello a la circunstancia de que no haber realizado reserva alguna dentro del marco del procedimiento previsto por ésta no empece a su derecho a reclamar el crédito al transmitente y a la adquirente quienes, conforme disposiciones del régimen general del Contrato de Trabajo resultan solidariamente responsables de las obligaciones existentes a la época de la transmisión (conf. arts. 225 a 229 de la L.C.T.).----- Es en tal inteligencia que coincido, en todos sus términos, con el ilustrado análisis realizado por el Dr. Vergara respecto a la importancia de que el establecimiento, como unidad técnica de ejecución, fuera el mismo desarrollando su actividad sin solución de continuidad bajo idéntico nombre de fantasía “T. S.”, que paradójicamente, en su conformación, patronímica lleva el nombre personal del co-demandado S..----------

------En tal sentido se ha dicho que la importancia de la permanencia de la empresa o establecimiento en actividad, deriva en que la ley de contrato de trabajo apunta a la afirmación de la unidad de empresa en términos tales que impiden fragmentar la responsabilidad de los créditos laborales anteriores o posteriores a la denunciada transferencia (Vide: CNAT, Sala VI, 01&06/05, in re: “López Peralte, Roberto c/ Metropolitano Sanatorio Privado y otro s/ Despido”).----------

--- Ahora bien, todo ello es dicho considerando el extremo más favorable al co-demandado S. -esto es, considerando que hubiera existido la mentada transferencia y soslayando que se tuvo antes por probado que el actor se desempeñó bajos sus ordenes y directivas sea cual fuera la real fecha de dicha transferencia-; empero, reitero, merced que no se adujo ni tampoco se acreditó de modo alguno que se hubiera cumplido con las normas que regulan la transferencia del fondo de comercio, en defensa de los derechos de terceros acreedores (entre los que se encuentran obviamente sus acreedores laborales), opera plenamente la inoponibilidad prevista en el art. 7 de la Lye 11.867.----------

----Desde una perspectiva distinta diré, para ir concluyendo con el presente análisis, que uno de aquellos sujetos vinculado al fondo de comercio que debe encontrarse más interesado en cumplir con el procedimiento legalmente previsto para su transferencia, es precisamente el transmitente quien, debe avenirse a consumarlo acabadamente con el ánimo de que las obligaciones contraídas por el nuevo propietario no le generen responsabilidad. De lo contrario, como acontece en autos, la transferencia –de ser ésta cierta, lo cual destaco, tampoco se acreditó- que no cumplió con los requisitos formales exigidos por la ley especial acarrea la responsabilidad solidaria entre transmitente y adquirente; ello, tanto en relación a la órbita de sus relaciones comerciales (Conf. art. 11 de la Ley 11.867); como también, en la órbita de sus relaciones laborales (Conf. arts. 225/229 de la L.C.T.).---------- ----------

----Precisaré, solo para clarificarlo a mayor abundamiento de lo que ya se expusiera precedentemente, que lejos de probarse en esta litis que la supuesta transferencia fuera efectivizada en el mes de abril de 2004, tal como lo aseverara el Sr. S., se verifica con la pantalla impresa del padrón obrante a fs. 159 y de fs. 163, que éste co-demandado recién se dio de baja en sus actividades como monotributista de AFIP en el mes de septiembre de 2004, fecha ésta posterior a la que se tuvo como de ingreso del actor a la organización empresaria o unidad técnica de ejecución que gira en el comercio bajo el nombre de fantasía “T. S.”.----------Por todo lo dicho, entonces, concluiré coincidiendo con el Dr. Vergara, en que corresponde revocar el fallo venido en apelación para rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el co-demandado Sr. C. S. y, en consecuencia, extendiendo la condena solidariamente a su respecto. Así lo dejo propuesto al acuerdo.---------- ----------

----2) **Imposición de costas:** Que, atento al modo en que concluyo del tratamiento del agravio anterior y debido a que se corresponderá adecuar a este nuevo pronunciamiento la atribución de las costas devengadas en el anterior grado (Conf. art. 279 del C.P.C.C. –actual art. 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-), el agravio sobre el punto ha resultado a la postre vacío de contenido.----------

--- III.- Conclusión:----------

----Por todo lo expuesto, corresponderá revocar el fallo apelado para rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el co-demandada Sr. C. S. y, en consecuencia, extendiendo solidariamente la condena de pagar al actor, Sr. G. D. E., la suma de $87.464,59 con los accesorios fijados en el anterior grado y costas (Conf. arts. 59 de la ley 69 y 279 del C.P.C.C. –actuales arts. 57 de la Ley XIV Nº 1 y 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).---------- Por aplicación de la última norma citada corresponderá adecuar a esta nueva resolución los honorarios de los profesionales intervinientes por sus tareas cumplidas en primera instancia. A tales efectos apreciándolas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijar los emolumentos de los Dres. S. I. G., letrado apoderado del actor; y, los del Dr. C. M. A., letrado patrocinante del co-demandado C. S. y apoderado de la co-demandada Sra. A. S., en las sumas respectivas equivalentes al 21%; y al 10% y 13,8%. Todos estos porcentuales aplicables sobre el monto de condena que se liquide finalmente en la etapa de ejecución de condena, con más el I.V.A. correspondiente (Conf. arts. 6, 7, 9, 10, 19, 37, 39 y 47 de la Ley 2.200 –actuales arts. 5, 6, 8, 9, 18, 36, 38 y 46 de la Ley XIII Nº 4-; leyes 23.349 y 23.871).----------

----De acuerdo al resultado obtenido en esta instancia las costas producidas en ella deberán ser soportadas en su totalidad por el co-demandado C. S. por haber resultado totalmente vencido en ella (Conf. arts. 59 de la Ley 69 y 279 del C.P.C.C. –actuales arts. 57 de la Ley XIV Nº 1 y 282 de la Ley XIII Nº 5 Anexo A-).---------- Los honorarios del Dr. S. I. G., letrado apoderado del actor, por sus tareas de segunda instancia, apreciándolas bajo idénticas pautas cualitativas antes indicadas, estimo

adecuado fijarlos en la suma equivalente al 6,72% del aludido monto del pleito, con más el I.V.A. pertinente (Conf. arts. 6 y 14 de la ley 2.200 –actuales arts. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4-).----------

----Finalizo de tal manera el examen de la presente cuestión pronunciándome en ella, entonces, PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia venida en apelación, para desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta al punto 2 de fs. 24/vta y en consecuencia hacer lugar a la demanda promovida por G. D. E. y condenar en forma solidaria a C. S. al pago de la suma de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro con cincuenta y nueve centavos ($87.464,59.-) dentro del plazo de diez días de consentido el presente decisorio, con más los intereses establecidos en la sentencia de la anterior instancia; b) imponer las costas de primera instancia a los codemandados vencidos; c) fijar, por adecuación al presente decisorio, los honorarios de los Dres. S. I. G. y C. M. A., este último por su actuación cumplida como letrado patrocinante del codemandado S. y como letrado apoderado de la codemandada S., en las sumas equivalentes al 21%, 10%, y 13,8%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia; d) imponer las costas de Alzada al codemandado S.; e) regular los emolumentos del Dr. S. I. G., por las tareas cumplidas en esta instancia, en la suma porcentual equivalente al 6,72% del ya aludido importe del proceso; y f) declarar que los honorarios antedichos deberán ser incrementados con el I.V.A. correspondiente.----------

----Así lo voto. ----------

---- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

---- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por resultar el mismo fiel reflejo del acuerdo antes logrado.----------

---- ASI LO VOTO.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

----REVOCAR parcialmente la sentencia venida en apelación, para desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta al punto 2 de fs. 24/vta y en consecuencia hacer lugar a la demanda promovida por G. D. E. y condenar en forma solidaria a C. S. al pago de la suma de pesos ochenta y siete mil cuatrocientos sesenta y cuatro con cincuenta y nueve centavos ($87.464,59.-) dentro del plazo de diez días de consentido el presente decisorio, con más los intereses establecidos en la sentencia de la anterior instancia.----------

---- IMPONER las costas de primera instancia a los codemandados vencidos. ----------

----FIJAR, POR ADECUACION al presente decisorio, los honorarios de los Dres. S. I. G. y C. M. A., este último por su actuación cumplida como letrado patrocinante del codemandado S. y como letrado apoderado de la codemandada S., en las sumas equivalentes al 21%, 10%, y 13,8%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia. ----------

----IMPONER las costas de Alzada al codemandado S.. ----------

----REGULAR los emolumentos del Dr. S. I. G., por las tareas cumplidas en esta instancia, en la suma porcentual equivalente al 6,72% del ya aludido importe del proceso. ----------

----DECLARAR que los honorarios antedichos deberán ser incrementados con el I.V.A. correspondiente. ----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2010 – SDL – CONSTE.----------

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA