

SAN CARLOS DE BARILOCHE, 25 de septiembre de 2023

Habiendo celebrado Acuerdo, la Cámara Segunda del Trabajo de la Tercera Circunscripción Judicial, integrada por las Dras. Alejandra M. Paolino y M. de los Ángeles Pérez Pysny y el Dr. Jorge A. Serra, quienes deliberaron sobre la temática de la causa "**BASTIDAS ANDRADE, FRANCISCO RUBEN C/ TAMBO VIEJO S.R.L. Y/U OTRO S/ ORDINARIO (L) (RECARATULADO)**" - Expte. Nro. **BA-06713-L-0000** y qué pronunciamiento corresponde dictar, se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme el orden de sorteo previamente practicado de acuerdo con lo dispuesto por el Art. 55 de la Ley 5631:

**--- La Dra. M. de los Ángeles Pérez Pysny dijo:**

**--- I) ANTECEDENTES:**

**--- I-1)** Se inician las presentes actuaciones con la demanda interpuesta por la Dra. Blanca Carballo, apoderada del Sr. Francisco Rubén Bastidas Andrade, con el patrocinio de la Dra. Valeria Korman, contra Tambo Viejo S.R.L por el cobro de la suma estimativa de \$ 963712.- y/o lo que en más o menos resulte de las pruebas que ofrece, más intereses y costas, entrega de certificados Art. 80 LCT, multa Art. 132 bis LCT -en caso de corresponder-, Art. 1 Ley 25323.

---Manifiesta que comenzó a trabajar para la demandada como mecánico, pero fue registrado como maestranza B desde el 06/07/2015 hasta el 28/08/2019, fecha en la que fue despedido por encontrarse enfermo, por ello plantea que el despido fue discriminatorio.

Indica que se le abonaron indemnizaciones, pero las sumas fueron insuficientes, con motivo de la errónea categorización, que no se computan los sumas que le eran abonadas como sobresueldo y prestó servicios en horas extras. Reclama en consecuencia la multa del Art. 1 de la Ley 25323.-

Indica que el accionante cumplía tareas en el predio Tambo Viejo y en el Rebenque; a veces hacía tareas de chofer; siempre reparó las camionetas 4 x 4, efectuó el mantenimiento de las mismas y a veces chapa y pintura.-

Refiere que también se trasladaba a Villa Llanquín a hacer el mantenimiento de los vehículos de la empresa que allí se encontraban.-

Se explaya sobre las horas extras que indica trabajaba y sobre el cúmulo de tareas. También lo hace en relación a la enfermedad que padeciera, que finalizara con el diagnóstico de aneurisma (05/02/2018), que culmina con su derivación y sometimiento a procedimientos quirúrgicos en Bs. As., donde permaneció internado hasta el 08/03/2018.-

Indica que su cuadro médico -probablemente congénito- se agravó por el exceso de trabajo -con real esfuerzo y calor- y falta de descanso.-

Relata que gozó de licencias médicas, y le abonaron sus salarios hasta el mes de enero de 2019 inclusive.-

Dice que la empleadora le comunicó por carta documento que a partir del 02/02/2019 no abonaría más salarios y mantendría su salario por 12 meses.-

Manifiesta que fue nuevamente operado y finalmente su médico tratante el 30/04/2019 certifica su alta condicionada a no levantar más de 5 kgs.-

Refiere que la demandada no le otorgó tareas, y que ante ello el actor consultó con su médico nuevamente, y éste le otorgó un nuevo certificado con el alta definitiva, para que efectúe sus tareas habituales.-

Indica que notificó este nuevo certificado a la demandada -presentándolo en MEDET-, quienes requirieron una serie de estudios complementarios y extras -cuyos informes no le fueron entregados- y le informaron que no estaba en condiciones de reintegrarse a trabajar.- Insistió en relación a la entrega de los estudios, y le informaron en MEDET que había sido despido.-

Que ante tal circunstancia llamó al Sr. García, responsable de la empresa, quien le hizo saber que en febrero le volvería a dar trabajo, o en su defecto, organizarían una reunión con el letrado de la demandada para desvincularlo.-

Expresa que notificó fehacientemente a la contraria su alta e injustificada falta de entrega de los estudios realizados por el servicio de medicina laboral de la empresa, y aclarar situación laboral.-

Desarrolla el profuso intercambio epistolar, para relatar que finalmente, consultó a otro profesional, quien también indicó que se encontraba en condiciones de prestar funciones normales y habituales, y que, no habiendo sido recepcionado el mismo en MEDET, lo comunicó por carta documento, la cual fue contestada comunicándole su despido, el que manifiesta constituyó un acto de discriminación por el que reclama una reparación especial, por cuanto considera que existieron en autos indicios razonables y concordantes sobre la vulneración de derechos fundamentales del trabajador al haber sido despedido por su estado de salud.-

Indica que con posterioridad pudo acceder al informe médico de MEDET, del que se desprende que es mecánico.-

--- Practica liquidaciones, presta juramento, funda en derecho y doctrinariamente el despido en apoyatura de su reclamo; ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda, con costas.-

Finalmente, amplía la prueba ofrecida (ver. fs. 91 expte. papel (otrosí digo)).-

--- **I-2** Ordenado que fuera el traslado de la demanda, y previa a su notificación, por movimiento SEON 155905, se amplió la misma contra el Sr. Daniel García, por considerarlo solidariamente responsable por su condición de socio gerente y controlador de Tambo Viejo SRL. Funda en derecho y ofrece prueba.-

--- **I-3)** Por mov. E0001 se presenta el Dr. Lorenzo Raggio y contesta la demanda en carácter de apoderada de Tambo Viejo S.R.L.-

Efectúa una pormenorizada negativa y reconocimiento de los hechos en que se funda la pretensión. Describe la actividad comercial de su poderdante.-

Refiere que el actor se desempeñaba como personal de maestranza, realizando tareas en el taller de la empresa, pero no era mecánico; que ocasionalmente conducía algún vehículo, pero sólo como a los efectos de traslado de unidades y asistencia de servicios.-

Señala que la jornada laboral era de 48 horas semanales, de 9 a 13 y de 14 a 18, con 6 francos mensuales; que no realizaba horas extras, y si lo hacía, eran excepcionales.-

Hace referencia a los periodos reclamados, las horas extras que pudiere haber efectuado; también brinda su versión de los hechos en relación al evento Racing Planet.-

Se expone sobre la enfermedad padecida por el actor, su licencia, informes médicos, la

postura adoptada por la empresa en función de los informes médicos efectuados por el servicio de medicina laboral contratado y ante el alta condicionada brindada por el médico tratante del Sr. Bastidas Andrade.-

Respecto del distracto, indica que si bien el mismo fue incausado, en virtud de la atribución realizada por el actor de una supuesta motivación basada en el estado de salud del actor, por aplicación del principio de buena fe y en virtud del principio de las cargas probatorias dinámicas, explica -aunque entiende que no corresponde porque el despido fue sin causa- los motivos que llevaron a la empresa a tomar la decisión. Así, indica que en el mes de septiembre de 2019, debió la empresa lidiar con una grave disminución de los pasajeros atendidos que se había reducido de 46.000 a 28.900, es decir una reducción de casi un 40% o de un 30% si se toma en cuenta la fecha en la que ingresó el actor, reduciendo su personal.-

Sostiene que en el sector donde laboraba el actor, no sólo no fue reemplazado el mismo, sino que el número fue reducido de 5 a 3 dependientes; y que lo mismo ocurrió en los demás sectores de la empresa, reduciendo en números la cantidad total de empleados, lo que evidencia que el de Bastidas no solo no fue un despido discriminatorio, sino que tampoco escapaba a una situación general en la empresa, que necesitaba reducir personal para mantenerse rentable, operativa y empleando al resto de su personal, que no prescindieron del trabajador por su condición médica, sino que frente al dictamen de un tercer médico, consintieron el alta y la decisión se basó en cuestiones económicas y operativas que desarrolla al sólo efecto de desvirtuar la atribución de la actora.

--- Funda en derecho, ofrece prueba y solicita rechace la demanda interpuesta, con costas.-

--- **I- 4)** Por mov. E0006 se presenta nuevamente el Dr. Raggio, en carácter de gestor del Sr. Daniel García y contesta demanda.-

--- Señala que Tambo Viejo es una sociedad comercial debidamente constituida y registrada, con la totalidad de su documentación al día y que posee un impecable historial no solo comercial, sino crediticio y de actuación general.-

Que es cierto que Daniel García es socio gerente, y lo ha sido desde el inicio de la sociedad, actuando en forma diligente y como buen hombre de negocios, lo que le ha permitido tener una sociedad comercial que, tal como surge del informe del BCRA que adjunta, no posee deudas, ni cheques rechazados, no posee juicios pendientes, ni

embargos en sus cuentas.-

--- Refiere a las manifestaciones vertidas por la contraria al ampliar demanda; cita jurisprudencia en torno a la extensión de responsabilidad peticionada y su improcedencia.-

--- En subsidio adhiere en todos sus términos a la dichos expresados en la contestación de demanda de Tambo Viejo SRL, los que reproduce.-

Ofrece su prueba, y solicita el rechazo de la acción, con costas.-

--- **I- 5)** No habiendo arribado las partes a conciliación alguna luego de celebrada la audiencia Art. 36 L. 1504 fijada en autos, por mov. I0013 se abrió la causa a prueba, se produjo la agregada al expediente, celebrándose audiencias de vista de causa de fechas 24/05/2022 y 21/06/2022.-

--- Por mov. I0052 se pusieron los autos para alegar, habiendo ejercicio dicha facultad ambas partes (mov. E0078 y E0079).-

--- Habiéndose ordenado el pase de los autos al Acuerdo, se integró el Tribunal con la suscripta, efectuándose el sorteo pertinente, por lo que se encuentran los mismos en recibir el presente pronunciamiento.-

--- **II- HECHOS:**

--- Conforme lo dispuesto por el Art. 55 de la Ley 5631, me referiré a las cuestiones de hecho que considero relevantes y conducentes a los fines de resolver la presente litis.-

--- En tal sentido, cabe señalar que:

--- **II-1)** a) No existe controversia entre las partes respecto de la fecha de inicio y finalización del vínculo que las unió, como así tampoco que el actor gozó de licencias médicas producto de una ACV hemorrágico que sufriera (ver certificados expte. papel fs. 22 y sgtes. del expediente papel); que por ello en los términos del Art. 211 de la LCT le comunicó el empleador que reservaría su puesto de trabajo.-

b) Tampoco discrepan en que, una vez otorgada el alta condicionada por el médico tratante, en función de lo dispuesto por el servicio de medicina laboral de la empresa, MEDET, en tanto consideraba que el actor no se encontraba en condiciones para prestar funciones habituales, le negó su reingreso.-

Surge de las constancias de autos, que una vez acompañada una tercer opinión médica,

la empleadora manifestó por CD Andreani +29600600-6, que consentía el alta dispuesta por los médicos tratantes del actor, pero seguidamente le hizo saber que, siendo imposible la continuidad del vínculo, prescindía de sus servicios en los términos del Art. 245 LCT.-

--- **II- 2)** En mérito a los escritos constitutivos de este proceso, debe resolverse la cuestión de fondo propuesta que apunta a determinar:

--- a) Si existió deficiente registración laboral, en función de la categoría laboral del actor;

--- b) La realización de horas extras y el cobro de un sobresueldo;

--- c) El carácter discriminatorio del despido dispuesto;

--- d) La responsabilidad del socio gerente co demandado.-

--- e) Como consecuencia inmediata de dichas cuestiones, establecer, si correspondiere, el pago de las sumas reclamadas (diferencias salariales, multas, entrega de certificados de trabajo, daño material y daño moral), y en su caso, a cargo de quien se encontrarían.-

--- **II- 2- a) De la categoría profesional del actor:**

--- Sostiene la parte actora que prestaba tareas como mecánico, mientras que las codemandadas refieren que se encontraba debidamente registrado, ya que si bien sus funciones eran desarrolladas en el taller mecánico de la demandada Tambo Viejo SRL, pero que no era mecánico ni ayudante de mecánico, sino que era personal de maestranza y estaba al servicio de las necesidades del personal que operaba en dicho ámbito.-

--- Y en tal contexto, los dichos de los testigos resultan dirimientes para resolver la cuestión: Si bien el Sr. Jofre no pudo aportar datos en relación a las tareas realizadas por el Sr. Bastidas Andrade, ya que nunca entró al lugar donde prestaba servicios o lo vio trabajando, limitándose a señalar que a veces lo llevaba o lo buscaba, los demás testigos describieron las tareas del actor, lo que me lleva a colegir que se encontraba inadecuadamente registrado, ello en tanto:

--- i) El testigo de la demanda, Sr. Felitti -coordinador general de la empresa- sostuvo que "el estaba en la parte del taller mecánico", y preguntado qué tareas hacía el acto respondió "mantenimiento de las camionetas", refiriendo que la empresa brinda un servicio de camionetas en un circuito 4x4; que tenían 11 camionetas, de las cuales se

usaban 7 u 8, no más, por día dentro del circuito, y cualquier eventualidad que llegara a pasar, por ejemplo cambiar una rueda, amortiguador o algo, se llevaba al taller y se reparaban.-

--- ii) Por su parte, el Sr. Martínez señaló que era el encargado del taller y que no tenían personal de limpieza en el taller mecánico, que esas tareas las hacían todos.-

--- iii) Finalmente, la Sra. Diana Arancibia señaló que el actor cumplía tareas "en la parte del taller de las 4x4, arreglaban las camionetas, las acomodaban y las acondicionaban para poder hacer los circuitos".-

--- Dichos testimonios son más que suficientes para advertir que la categoría consignada en los recibos de haberes del Sr. Bastidas Andrade no se condice con las tareas efectivamente efectuadas, encontrándose en consecuencia, deficientemente registrado.-

--- **II-2-b) La realización de horas extras y el cobro de un sobresueldo:**

--- i) En lo que se refiere a las horas extras, no existe prueba que justifique la realización de la cantidad de horas extraordinarias denunciadas por el actor.-

--- Los testigos Sres. Felitti y Martínez coincidieron en que si ocurría una eventualidad se quedaban, pero que no era algo normal o habitual, Se refirieron que lo hacían "eventualmente" (Felitti) o "en ciertos casos, no era muy habitual" (Martínez).-

--- Si bien la Sra. Arancibia refirió que ella se encargaba del pago de los sueldos y que en general casi todos hacían horas extras, que era algo muy dispar, señaló que las fichas de entrada y salida reflejaban las reales horas trabajadas, y al ser mostradas las mismas, no a los fines del reconocimiento de su contenido, sino de si eran las comúnmente utilizadas, respondió que si, señalando a continuación que era su letra la que aparecía en las que le fueron expuestas.-

Ello coincide con los dichos de los demás trabajadores, quienes además de reconocer el modelo que se les exhibió, indicaron que no las firmaban, que ello sólo lo hacía el encargado, para marcar francos o situaciones extraordinarias, como por ejemplo, como relató Martínez, cuando se demoraban haciendo alguna gestión que se les había encomendado en el centro.-

--- Y por ello, más allá de que la parte actora desconoció las fichas (mov. E0002), ninguna prueba aportó tendiente a demostrar la gran cantidad de horas que dice

trabajaba.-

--- Respecto a las horas extras, este Tribunal ha resuelto al respecto que "...Las reclamaciones por horas extras han de ser juzgadas con estrictez, exigiéndose la prueba efectiva y convincente de su realización (cfr. Vázquez Vialard y otros, en "Tratado de derecho del trabajo", Bs. As., 1983, T. 4, P. 81). Y no corresponde, como principio, la aplicación de la presunción que prevé la LCT: 55, ya que el horario de tarea no es un requisito que deba constar en el libro especial de la LCT: 52 (cfr. Cntrab sala iv, 3.4.97, "Ortiz c/ Hogares Stella Maris srl", ja 1998- iii-121; id. Sala vii, 28.11.95, "Gondora c/ kim kyu cha", dt 1996-a-1223; id. Scba, 20.8.91, "Aguilar c/ Matadero y Frigorífico Regional Azul"). (En igual sentido: sala d, 30.6.08, "Club comunicaciones s/ fideicomiso s/ inc. De verif. De crédito prom. Por Elvecia Casal"). Autos: CLUB DEPORTIVO ESPAÑOL S/ QUIEBRA S/ INC. DE REV. POR BUZNEGO MONICA ISABEL Y OTROS. - Ref. Norm.: L. 20744: 55. L. 20744: 52. - Nro Sent.: Causa: 121016/02. - Sala: C. - Mag.: MONTI - CAVIGLIONE FRAGA - DI TELLA. - Fecha: 14/11/2003, publicado en Lex Doctor (cf. autos BA-00695-L-0000 - PEREZ, EXEQUIEL DAVID C/ KILTON S.A. S/ ORDINARIO (L), fallo del 12/4/22 y "PILCOMAN, NICOLAS ALEJANDRO C/ SUPERMERCADO LA ESQUINA SA Y OTROS S/ ORDINARIO - RECLAMO LEY DE CONTRATO DE TRABAJO" - Expte. Nro. BA-00486-L-2021, fallo del 25/7/23). Recientemente así lo dijo el Dr. Serra en autos "GARCIA BLANCO, ROMINALILIANA C/ BOCA DEL LIMAY SRL Y OTROS S/ ORDINARIO - RECLAMO LEY DE CONTRATO DE TRABAJO" - Expte. Nro. BA-00951-L-2021.-

--- Finalmente, respecto del evento Racing Planet, tampoco ha podido acreditar la extensión del mismo, las tareas que desarrolló y el horario.-

--- En consecuencia, no ha de prosperar la suma reclamada en concepto de horas extras.-

--- ii) Respecto del pago de un sobresueldo (pago marginal de una parte del salario), tanto los Sres. Felitti como Martínez indicaron que cobraban una parte del salario "a través del banco", y otra, les era abonada en efectivo, pero que siempre se veían reflejadas -la totalidad de las sumas- en el recibo.-

Por su parte, la Sra. Arancibia, quien abonaba los salarios, señaló que esa metodología de pago era la habitual ("una parte por transferencia y otra en efectivo"), pero consultada si esta suma en efectivo estaba completamente consignada en el recibo

respondió que "una parte si, una parte no", sin poder brindar precisiones del porcentaje a cuya omisión se refería.-

--- Y en este orden de ideas, toma relevancia el testimonio de la Sra. Arancibia, no sólo porque eran quien abonaba los salarios, sino también porque sus dichos resultaron verosímiles y convincentes; en su declaración no se evidencia ninguna circunstancia que permita dudar de la veracidad de sus dichos, que no incurrió en imprecisiones o contradicciones que me lleven a descalificar su relato. De hecho, consultada sobre cuestiones referentes al juicio, se limitó en varias oportunidades a decir que desconocía respecto de lo alegado por las partes (por ejemplo, al ser interrogada del evento Racing Planet).-

De hecho, las circunstancias que el Sr. Felitti continúe prestando tareas para la demandada, y que el Sr. Martínez haya mantenido relaciones comerciales con Tambo Viejo SRL una vez extinguido el vínculo laboral, me llevan a apreciar y valorar sus manifestaciones con mayor rigurosidad y dentro del marco probatorio integral, siendo que la Sra. Arancibia tomó conocimiento en forma directa y personal de los pagos efectuados, por ser ella quien se encargaba de los mismos, y siendo que se ha sostenido en distintos pronunciamientos judiciales *"que los testigos se "pesan" y no se "cuentan", ya que lo que se busca es la calidad del testigo"* (Colombo Carlos J. y Kiper Claudio M. "Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación anotado y comentado, pág. 385, ss. y ccts. Ed. La Ley), tal como aconteció con la particular declaración de la testigo más arriba analizada, se sella la suerte adversa a la defensa de la accionada, dándole validez a la pretensión de la accionante. En efecto, sabido es que el Juez como regla general *"...debe apreciar la prueba de testigos de acuerdo con las reglas de la lógica y las de la experiencia y –según el caso- a través de tal proceso intelectual, habrá de corroborar (o no) la eficacia convictiva de sus declaraciones; o bien de las circunstancias que acrecientan, disminuyen o debilitan su fuerza probatoria"* (ver, Piroló Miguel, Murray Cecilia y Otero Ana María "Manual de Derecho Procesal del Trabajo", Ed. Astrea, Bs.As. 2006, pág. 237 y ss.).-

E incluso, no puedo tampoco prescindir de su testimonio en virtud de que los demás testigos manifestaran que todo lo percibido por ellos (por transferencia y efectivo) se reflejaba en el recibo, pues claramente ellos podrían no haber percibido suma no registrada, a diferencia del actor.-

Asimismo, la referida declaración analizada íntegramente y en sana crítica se observa suficientemente objetiva y verosímil como para justificar la trascendencia probatoria que le asigno para tener por demostrada la existencia de retribuciones no registradas, permitiendo formar convicción en orden a la cuestión objeto de discrepancia entre los testigos; en tales condiciones, teniendo en cuenta los términos en que se trabó y planteó la litis sobre este tema y dada la existencia de datos y pruebas concretas que permiten respaldar el salario marginal invocado en la demanda (cfr. art. 9 de la L.C.t.).-

--- **II-2-c) Del despido discriminatorio:**

--- Solicita la parte actora el resarcimiento del daño moral y material producto de un despido que califica como discriminatorio, o dicho de otra forma, del acto de carácter discriminatorio que a criterio del demandante subyace en la decisión de dar por disuelto el vínculo, aun cuando ésta careciera de causa expresada.

--- Como ya señalé en autos "PAREDES" (Sent. 2023-D-110 del 20/09/2023), hoy se encuentran superadas definitivamente las teorías negatorias de la procedencia en el contrato de trabajo de las indemnizaciones que se han dado en llamar "extratarifadas"; lo cierto es que para su viabilidad se requiere identificar en forma precisa el o los incumplimientos que dan lugar a las obligaciones indemnizatorias de esta naturaleza.-

Sostuve en aquella oportunidad que si bien la doctrina desde antiguo entendió que la indemnización tarifada es suficiente protección contra el despido arbitrario previsto por el art. 14 bis. de la Constitución de Nación, no deja de ser el importe derivado de una antijuridicidad destinada a cubrir los perjuicios que se presume que ocurren por el hecho del despido, de modo que la atmósfera jurídica actual comenzó a separarse de la mirada tradicional distinguiendo el despido en sí, de los hechos o circunstancias que rodearon, ya sea precediéndolo o manifestándose recién al momento mismo de efectivizar la extinción.-

Por ello, la reparación integral de los daños ocasionados a la persona en ocasión al despido, más allá de la tarifa establecida como indemnización en la L.C.T, trasciende la especialidad del derecho de trabajo al civil e incluso trascendiendo a la esfera del derecho constitucional (al intervenir en esta cuestión los principios de igualdad, seguridad jurídica, entre otros y lo consagrado por los tratados internacionales respecto a la dignidad de la persona y los derechos del trabajador).-

--- Por ello, para entrar en el abordaje de la cuestión en el caso a resolver, no puedo

dejar de señalar aspectos centrales con respecto a temática de la discriminación. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha acuñado una definición, que abarca tanto el concepto de igualdad como el de no discriminación: "La igualdad importa la obligación de tratar de un modo igual a los iguales en iguales circunstancias, pero no impide que la legislación contemple de manera distinta situaciones que considera diferentes, con tal que el criterio de distinción no sea arbitrario o responda a un propósito de hostilidad a personas o grupos de personas determinados" (Roque Carranza, Fallos: 229:428, 1954).-

Por otro lado, en el art. 1 del Convenio N° 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación), el concepto discriminación laboral comprende "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y en la ocupación".-

Nuestro máximo Tribunal, reiteradamente, a veces en votos plenarios y otras en disidencias de alguno de sus miembros, ha pretendido precisar que las discriminaciones entre las personas o grupos de personas solo resultan antijurídicas cuando son: a. arbitrarias, b. cuando no existe una razón que las justifique y, c. no responden a desigualdades justificadas de tratamiento jurídico.-

--- Conforme la plataforma en base a la que se desarrolla el reclamo y atento la imputación de despido discriminatorio, estimo que existen en autos hechos objetivos reconocidos por las partes que son de importancia para dilucidar el caso planteado, los cuales concatenados me conducen a la plena convicción de que la conducta de la demandada en el despido operado no fue ilegítima.-

Como sostiene la doctrina y la jurisprudencia, resulta prudente para decidir estos casos recurrir a la inversión de la carga probatoria establecida en el art. 377 del CPCC, por lo que no puede pasarse por alto que, para que se torne operativa esta inversión de la mencionada carga probatoria debe existir, al menos, el aporte de un indicio razonable por parte del demandante, que habilite a considerar de algún modo la posibilidad de la existencia del obrar reprochable que se imputa.-

Por ello, sin que implique una violación a lo dispuesto por el Art. 243 LCT como señala el accionante, corresponde ponderar los argumentos sostenidos por la accionada, quien asumió de tal modo su defensa para desvirtuar la tacha de discriminatorio del despido, cuya finalidad en definitiva es, a través del aporte de elementos aptos, corroborar que su

decisión rupturista obedeció a causales ajenas al derecho fundamental que se imputa como lesionado (tal criterio ha sido sostenido por otros Tribunales, vgr. Sala IX, SD N° 14.360 del 27/6/07 in re: Yacanto, Claudio c/ Radiotónica de Argentina SA y otro s/ sumarísimo).-

Con esas premisas, estimo que los indicios alegados por el actor -la circunstancia de "ser condenado a no tener más trabajo, y lo que es más grave, a carecer de obra social"- resultan insuficientes para generar una razonable convicción sobre la existencia de la discriminación, teniendo en cuenta la conducta de la demandada que, lejos de despedir al trabajador cuando se enfermó, le otorgó la licencia médica remunerada y por los plazos previstos por la ley para enfermedades inculpables-, receptando el alta médica una vez que tuvo una tercera opinión, lo despidió sin causa.-

De las declaraciones testimoniales brindadas en autos por los Sres. Felitti y Martínez, tampoco se desprenden indicios o hechos que concatenados permitan concluir con meridiana claridad la discriminación que dice haber sufrido el actor, en tanto los testigos fueron contestes en manifestar que el empleador les consultó si resultaba necesario su reingreso o en su defecto podían continuar prestando tareas con el personal que en aquel momento se desempeñaba en aquel sector de la empresa. Y además, que -producto de la retracción del turismo estudiantil y su impacto en la empresa-, se fue desvinculando personal (en tal sentido el Sr. Martínez fue muy claro y contundente al deponer, sosteniendo que no se reemplazó al actor, y que el personal "pasó de 50 a 30 y luego a veintialgo" (sic); y si bien la testigo Arancibia manifestó que habían contratado nuevo personal, también quedó en claro que se desvinculó de la empresa mientras el actor gozaba de licencia, por lo que claramente no puede conocer lo ocurrido en oportunidad de haberle sido otorgada el alta).-

No puedo soslayar la congruencia de tales manifestaciones con los datos del informe de la MSCB (agregado por movimiento I0031).-

--- Ha dicho la jurisprudencia (B-1VI-315-L2018 - ROJAS, JUAN RAMÓN C/ SOCIEDAD ANÓNIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ ORDINARIO (1) (EXPEDIENTE DIGITAL) que *"A esta altura es dable destacar que el hecho de haberse dispuesto un despido incausado (ver carta documento OCA del 11.7.2017 agregada en copia digital a estos obrados), sin alegación de justificación, no puede ser interpretado por sí solo como un accionar que encubre un acto discriminatorio, puesto que, "No debe perderse de vista que la LCT*

*establece un sistema de estabilidad relativa impropia (al decir de de la Fuente, citado por Fernández Madrid en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo" Tomo II, 2° edición actualizada, pág 1679)".*

En definitiva, desde tal perspectiva, en el caso concreto, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del mismo analizadas precedentemente, y el marco fáctico antes descripto, concluyo en que no se advierte demostrada ninguna connotación discriminatoria en el despido decidido por la empleadora tal como fue invocada en el inicio, toda vez que no se han aportado elementos probatorios idóneos que sustenten la existencia de indicios razonables, serios y precisos que permitan verificar una conducta desplegada por la demandada en tal sentido.-

En función de ello, estimo no probada la configuración de un supuesto de discriminación susceptible de ser encuadrado en el art. 1° de la ley 23.592, desestimando -por ende- el reclamo en concepto de daño material y moral.-

--- **II-2- d) Responsabilidad solidaria del socio gerente:**

--- En lo que se refiere a la solidaridad atribuida al codemandado Daniel García, debo señalar en primer lugar, que comparto en este sentido la posición restrictiva imperante al respecto en cuanto sostiene que "no corresponde hacer extensiva la condena a los socios y administradores de la sociedad si no ha quedado acreditado que estamos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, que, prevaleciéndose de dicha personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales".-

--- Comparto también los fundamentos brindados por el Dr. Serra en autos "**GARCIA BLANCO**": *"La personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta configura un régimen especial porque aquellas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía-del Dictamen del procurador fiscal al que la Corte remite y comparte.-Corte Sup. 3/4/2003 " Palomeque Aldo R. v. Benemeth S.A y otro."*

--- *El ordenamiento laboral ha fijado genuinos instrumentos para combatir y contrarrestar las inadecuadas prácticas empresariales relacionadas con la irregular registración del empleo.-*

--- *En tal sentido sostuvo la Dra. Alejandra Paolino en su voto rector emitido en autos*

*NOTARFRANCESCO, Vicente C. C/ MICRO OMNIBUS 3 DE MAYO S.A. S/ SUMARIO (I)", Exp. N° 25585/14 (fallo del 2/10/15) "...No corresponde -so pretexto de apontocar la protección contra este flagelo desbordar la gama de los legitimados pasivos de las pretensiones indemnizatorias mediante una hermenéutica que desconozca los alcances del texto legal..." Sup.Corte de Bs. As.31/8/2005 " Avila Carlos v.Benjamín Gurfein S.A y otros".-*

*--- En idéntico sentido se ha expresado nuestro Máximo Tribunal Provincial en autos caratulados:" ROJAS ANDREA VIVIANA C/ LEY RUBEN OSCAR Y OTROS S/ SUMARIO.Se nro 26 de fecha 27 de mayo del año 2015 al decir :"... Sin embargo, a tenor de los términos recursivos, me hallo en la obligación de señalar previamente que, tal como ya lo he sostenido al decidir sobre la extensión de condena enmarcada en el art. 54, LSC (cf. STJRNS3 \SANDOVAL\ Se. 113/12), la posibilidad de extender la responsabilidad en forma solidaria a ciertos socios por las deudas contraídas por las sociedades, a raíz de reclamos de trabajadores que han tenido una relación laboral con estas últimas, siempre es una cuestión delicada en la medida que ponga en crisis el principio sobre el que se asienta la personalidad jurídica diferenciada de los entes de existencia ideal, eje del sistema legal estructurado sobre la base de los arts. 2 de la Ley 19550 y 33 y 39 del Código Civil (STJRNS3 \PEREGO\, Se. N° 17/12).*

*---Sin perjuicio de ello y aun cuando la cuestión de la falta de -o deficiente registro laboral, como causal de fraude generador de responsabilidad de socios y directores, es una cuestión controvertida en doctrina y jurisprudencia, en el caso de Rojas concurren además otras circunstancias relevantes para decidir con prescindencia de la consideración del fraude en la perspectiva del art. 54, LSC... ". "...En mi criterio, la sola circunstancia de que la trabajadora personifique a la sociedad empresaria en la figura de sus gerentes o directores - más aún tratándose de una pyme- resulta insuficiente para atribuirle a éstos la condición jurídica de \empleadores\ en los términos del Art. 26 LCT, si no se configura, además, una situación de fraude laboral. ---Dicho ello, y en relación a la hipótesis legislada en el 3er párrafo del Art. 54 LSC -que en rigor constituye el fundamento legal de la condena impuesta a los socios en la instancia de mérito-, en consonancia con el voto del Dr. Ricardo L. Lorenzetti en la causa \Davedere, Ana María c/ Mediconex S.A. y otro\ (CSJN, Fallo del 29 de mayo de 2007), considero que la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente*

*que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley; esto es, cuando se utilice la figura societaria para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales, de conformidad a lo prescripto en el art. 1 de la Ley 19.550, entiendo descalificable la aplicación indiscriminada de la desestimación de la personalidad jurídica (en ese mismo sentido, CSJN \ "Carballo, Atilano c/ Kanmar S.A. [en liquidación] y otros\ " y \ "Palomeque, Al - --De tal manera, la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse de modo restrictivo y su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad implicada, de la cual debe además acreditarse el uso abusivo de la personalidad, pues no puede descartarse que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresarial (cf. voto Dr. Lorenzetti ya citado).*

*---Esta línea de razonamiento se condice con la doctrina actual de este STJ, que incluso en aquellos escasos precedentes que ha admitido el corrimiento del velo societario, lo hizo con la expresa advertencia de estar ante una cuestión delicada porque pone en crisis el principio sobre el que se asienta la personalidad jurídica diferenciada de los entes de existencia ideal, eje del sistema legal estructurado sobre la base de los arts. 2 de la Ley 19550 y 33 y 39 del Código Civil (doctrina de este STJRNS3, \ "PEREGO\ ", Se N° 17/12).....".*

*---". Entonces, no invocada ni acreditada en juicio la insolvencia de la sociedad, ni la existencia de maniobras del/la socio/a gerente de la S.R.L. tendientes a disminuir el patrimonio de la persona jurídica, no resulta procedente la solidaridad en base a diversas disposiciones de la ley 19.550. La normativa laboral no contempla la aplicabilidad de la doctrina de la penetración a los incumplimientos de las obligaciones previstas en la ley 24.013, ni tampoco surge de la ley de sociedades. La intención del legislador al sancionar la ley 19.550 ha sido regular las relaciones societarias, de los socios y de los terceros con éstos, pero no la relación laboral, ni a los trabajadores, regidos por otras leyes. Si el legislador hubiera creído conveniente extender la responsabilidad por el trabajo en negro y similares violaciones a todos los integrantes de la sociedad y sus administradores, debió explicarlo a través de las leyes que así lo dispusieran expresamente, máxime cuando ya existen sanciones específicas para ---El principio general es que la personería jurídica no debe ser desestimada sino cuando se dan circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir - fundadamente- que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el*

*abuso de ella o violar la ley....."*

--- Como consecuencia de lo expuesto y no habiéndose acreditado en autos que se trate la codemandada Tambo Viejo S.R.L. de una sociedad ficticia, o fraudulenta, constituida en abuso del derecho, corresponde rechazar la demanda interpuesta contra el codemandado Daniel García.-

**--- III) DECISIÓN:**

--- **III-1)** En consecuencia, la demanda ha de prosperar por las sumas reclamadas en concepto de diferencias salariales por categoría profesional, a cuyos efectos deberá tomarse el sueldo básico con más adicionales correspondiente a la categoría Auxiliar B CCT 130/75.

--- Asimismo corresponden las diferencias sobre las sumas abonadas en concepto de antigüedad, indemnización sustitutiva del preaviso, integración del mes de despido, más la diferencia en las sumas devengada por vacaciones no gozadas, SAC proporcional sobre estos rubros y devengado año 2019.-

A fin deberá tomarse como mejor remuneración la suma de \$ 39.228,21 liquidada en la demandada (\$ 37228.21 según convenio + \$ 2.000.- remuneraciones devengadas no registradas).-

--- **III- 2)** No prosperarán las horas extras reclamadas, conforme el considerando precedente ( II-2-b- i).-

--- **III- 3)** Ha de receptarse la aplicación de la multa establecida en el art. 2do. de la ley 25.323, en tanto el trabajador se ha visto obligado de manera injustificada a litigar hasta esta instancia a los fines de obtener el reconocimiento de sus legítimos derechos.-

--- La naturaleza de la conducta omisiva que ha desplegado por la empresa empleador ante su dependiente -negando condiciones reales de trabajo-, impiden cualquier invocación al criterio restrictivo que se postula en la materia y que ha sido introducido por el STJ en el precedente "Tellez".-

--- **III-4)** También prosperará la multa prevista en el Art. 1 de la Ley 25.323, por tratarse de una relación laboral que al momento del despido se encontraba deficientemente registrada.-

--- **III-5)** Con respecto a la entrega de certificaciones del art. 80 LCT, corresponde intimar a la accionada a hacer entrega de las certificaciones de aportes y remuneraciones

previstas en el artículo antes citado, conforme las reales condiciones laborales descriptas precedentemente, dentro del término de 30 días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de aplicar una multa diaria de \$3000 (tres mil pesos) por día de retardo y sin perjuicio de devengarse en forma automática la multa prevista en el referido art. 80 de la LCT, por el sólo vencimiento de dicho término.-

--- **III-6)** En relación a la multa del Art. 132 bis, siendo que la misma fue reclamada en la demanda (ver fs. 53 expte. papel) sujeta a lo que resulte de los informes de AFIP, y más allá de que no fue requerida nuevamente en el alegato, lo cierto es que obran glosadas las constancias remitidas por AFIP respecto de las moratorias y planes de pagos vigentes respecto de las sumas no integradas.

En consecuencia, no corresponde el devengamiento de la multa por no configurarse sus requisitos de aplicación.-

--- **III- 7)** Conforme lo establecido en los puntos II-2-c y II-2-d no prosperarán los montos reclamados en concepto de daño moral/material por despido discriminatorio ni el planteo de extensión de responsabilidad al socio gerente, Sr. García, respecto del cual corresponde rechazar la demanda en todos sus términos.-

--- **III- 8)** Sobre las sumas por las que prospera el reclamo deberán calcularse intereses conforme la secuencia de precedentes del Superior Tribunal de Justicia (Jerez, Guichaqueo, Fleitas, etc.) desde la fecha del distracto y hasta el efectivo pago.-

--- En tal sentido, la existencia de una [planilla específica](#) en la página web del Poder Judicial y la posibilidad de realizar fácilmente los cálculos a través de la misma, agiliza los trámites liquidatorios, evitándose impugnaciones innecesarias.-

--- En relación a las diferencias salariales corresponde aplicar los intereses en forma mensual, desde la fecha de mora correspondiente a cada período devengado.-

--- **Por lo expuesto, propongo al Acuerdo:**

--- 1) Hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a Tambo Viejo SRL , a abonar al Sr. Francisco R. Bastidas Andrade las sumas correspondientes a los rubros fijados en los Apartados III-1, III-3, III-4.-

Al capital de condena resultante deberán aditarse los intereses establecidos en el Apartado III-8, debiendo practicarse la liquidación dentro de los cinco días de notificada la presente.-

--- 2) Desestimar la demanda en lo que respecta a los demás rubros reclamados (puntos II-2-b-i, III-6, II-2-c).-

--- 3) Desestimar la demanda interpuesta respecto del codemandado Daniel García (punto II-2-d).- Con costas a cargo del actor.-

--- 4) Imponer las costas del proceso a la demandante en lo que se refiere a los rubros desestimados, por considerar que no existen fundamentos que justifiquen un apartamiento del principio general que rige en la materia.-

--- En el caso del rubro rechazado como indemnización por despido discriminatorio, se eximirá al actor de su pago, en tanto pudo considerarse en condiciones de reclamar como lo hizo, respondiendo la prerrogativa de exonerar a una valoración prudencial y discrecional en el caso en particular.-

Advierto que la presente demanda fue intentada en el marco de una acción tendiente a percibir los rubros reclamados por entender que el despido del que fue objeto constituyó un acto de discriminación reprochable en el marco de la ley 25.392. Para ello se dijo también que las cuestiones de prueba en estos hechos suelen ser naturalmente engorrosas para el que sufrió el acto discriminatorio y en ese sentido se habilitó jurisprudencialmente la posibilidad de que el actor discriminado aporte indicios razonables de que el acto empresarial lesionó su derecho fundamental, con suficiencia para superar el umbral mínimo que torne verosímil su versión, es decir, que permita presumir la discriminación alegada, pero el hecho de haberse logrado ese objetivo, no conlleva directamente el pago de las costas y los honorarios generados a partir de la búsqueda de la verdad objetiva que pretendió el Bastidas Andrade.

--- En el caso de los rubros receptados, imponer las costas, por idénticos fundamentos, al demandado (arts. 31 de la ley 5631; 68, 69 y ccs. CPCC).-

--- 5) Diferir la regulación de honorarios hasta la oportunidad en que se practique planilla de liquidación definitiva, en función de existir rubros respecto de los cuales se devengan intereses y otros sobre los cuales deberá considerarse el capital reclamado (aquellos desestimados cf. criterio del STJRN y de éste Tribunal en autos "[FRANCAVILLA](#)").-

--- 6) Las sumas fijadas en los apartados precedentes deberán abonarse dentro de los diez días de la resolución que aprueba la planilla de liquidación definitiva y regule honorarios profesionales.- En este caso deberá adicionarse el IVA, conforme la

categoría en que se halle inscripto el profesional, a cargo del condenado en costas.-

--- 7) De forma.-

---**Mi voto.**-

--- **La Dra. Alejandra M. Paolino y el Dr. Jorge Serra dijeron:**

--- Compartiendo en lo sustancial los fundamentos que los sustentan y la forma en que postula resolver la causa, adherimos al voto de la Dra. Pérez Pysny.-

---**Nuestro voto.**-

---Por todo lo expuesto, la **Cámara Segunda del Trabajo de la IIIª Circunscripción Judicial, RESUELVE:**

--- **1)** Hacer lugar parcialmente a la demanda, condenando a Tambo Viejo SRL , a abonar al Sr. Francisco R. Bastidas Andrade las sumas correspondientes a los rubros fijados en los Apartados III-1, III-3, III-4.-

Al capital de condena resultante deberán aditarse los intereses establecidos en el Apartado III-8, debiendo practicarse la liquidación dentro de los cinco días de notificada la presente.-

--- **2)** Desestimar la demanda en lo que respecta a los demás rubros reclamados.-

--- **3)** Desestimar la demanda interpuesta respecto del codemandado Daniel García.-  
Con costas a cargo del actor.-

--- **4)** Imponer las costas del proceso a la demandante en lo que se refiere a los rubros desestimados, por considerar que no existen fundamentos que justifiquen un apartamiento del principio general que rige en la materia.-

--- En el caso del rubro rechazado como indemnización por despido discriminatorio, se eximirá al actor de su pago, en tanto pudo considerarse en condiciones de reclamar como lo hizo, respondiendo la prerrogativa de exonerar a una valoración prudencial y discrecional en el caso en particular.-

--- En el caso de los rubros receptados, imponer las costas, por idénticos fundamentos, al demandado (arts. 31 de la ley 5631; 68, 69 y ccs. CPCC).-

--- **5)** Diferir la regulación de honorarios hasta la oportunidad en que se practique planilla de liquidación definitiva, en función de existir rubros respecto de los cuales se devengan intereses y otros sobre los cuales deberá considerarse el capital reclamado (aquellos desestimados cf. criterio del STJRN y de éste Tribunal en autos

"FRANCAVILLA").-

--- **6)** Las sumas fijadas en los apartados precedentes deberán abonarse dentro de los diez días de la resolución que aprueba la planilla de liquidación definitiva y regule honorarios profesionales. En este caso deberá adicionarse el IVA, conforme la categoría en que se halle inscripto el profesional, a cargo del condenado en costas.-

--- **7)** Hágase saber a las partes que en la oportunidad de practicar liquidación, deberá incluir las sumas correspondientes a impuestos y contribuciones de ley, ello a los fines de la emisión del formulario de costas Nro. 008, debiendo cancelarse los tributos previo a la liberación de fondos en autos (art. 2585 del Código Civil y Comercial de la Nación y la Acordadas Nro. 18/14 y 33/20 del S.T.J.).-

--- **8)** Regístrese y protocolícese por sistema.

--- **9)** En los términos de la Ley 5631, hágase saber a las partes que quedarán notificadas conforme artículo 25.-