



En la ciudad de Buenos Aires, el 23 de septiembre de 2019, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.

El Dr. Gregorio Corach dijo: Contra la sentencia de la instancia anterior se alza la parte actora y los codemandados HBC S.R.L., Antonio Victorio Altamura y María Luisa Altamura, a tenor de los respectivos memoriales obrantes a fs. 567/569, 553/555 y 551/552. También apela la perito contadora sus honorarios (fs. 550), por considerarlos reducidos. Razones de orden metodológico me llevan a dar liminar tratamiento a la queja que vierten los demandados, quienes controvierten la decisión adoptada por el sentenciante de grado quien, tras analizar los elementos de prueba rendidos en autos, consideró ajustado a derecho el despido decidido por el accionante. Sostienen las quejasas que, contrariamente a lo dispuesto por el Dr. Alberto González, el vínculo se extinguió el 26/9/2012 por abandono de trabajo del actor, quien pese a haber sido intimado a retomar tareas en reiteradas oportunidades, nunca se presentó a trabajar.

Al respecto habré de señalar que, como es sabido, la declaración unilateral de la voluntad de rescindir el contrato de trabajo es de carácter recepticio y sólo se perfecciona cuando entra en la órbita de conocimiento del destinatario, por lo que cuando se alegan distintas causales de extinción del contrato de trabajo, debe considerarse la virtualidad de aquélla que quedó configurada en primer lugar. De tal modo, de conformidad al intercambio telegráfico habido entre las partes, resulta evidente que el vínculo laboral se extinguió mediante la misiva cursada por el trabajador el 5/9/2012 ante el incumplimiento a sus reclamos vertidos en telegramas anteriores (relacionados con el incorrecto registro de su fecha de ingreso y remuneración), la falta de pago de salarios y la negativa de la empleadora a otorgar tareas (ver fs.296 y oficio al correo obrante a fs. 297).

Cabe señalar que si bien dicha comunicación fue devuelta por el agente distribuidor con la observación “rechazado”, motivo por el cual fue reexpedida al domicilio del remitente (ver fs. 298), lo cierto es que la recurrente no controvirtió la conclusión que a tal efecto vertió el judicante a quo, quien consideró que habiendo sido remitida dicha misiva al domicilio de HBC S.R.L. (Esmeralda 1040), el fracaso de dicha notificación sólo a ésta le es imputable, por lo que el despacho debe reputarse recibido por la empleadora el día 6/9/2012 en que se llevó a cabo el intento de entrega.

De tal modo, tal conclusión llegó firme a esta instancia, lo que me lleva a reputar extinguido el vínculo por despido indirecto el día 6/9/2012 y, consecuentemente, a desestimar la queja de los demandados en cuanto pretende el rechazo de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T. cuanto a este aspecto se refiere. Controvierten asimismo los accionados por cuanto el Sr. Juez de la anterior instancia consideró acreditado que el trabajador comenzó a trabajar

a sus órdenes en el mes de marzo de 2004 y no el 1/5/2004, fecha en la que la empleadora HBC S.R.L. registró el vínculo laboral. Destacan que, para así decidir, el sentenciante se basó en elementos subjetivos y por ello arbitrarios, como la declaración de la testigo Protto y una nota periodística que el Dr. González entendió como razonable que se produjo en el mes de abril de 2012. Sostuvo el actor en el libelo inicial haber comenzado a trabajar en el local “Golden”, explotado por los demandados, en el mes de marzo de 2004, pese a lo cual el vínculo recién fue registrado en mayo de dicho año. Ante la negativa de los accionados, al accionante correspondía acreditar dicha circunstancia (art. 377 CPCCN) y, adelanto, entiendo que lo ha logrado.

En efecto, si bien los testigos Rojas (fs.334/337) y Escobal Sapetto (fs. 341/343) dijeron haber ingresado a trabajar en los años 2006/2007 por lo que nada pudieron aportar acerca del ingreso de L., Silvia Paola Protto -que manifestó haber trabajado en el Golden desde el año 1999- sostuvo que el accionante ingresó a trabajar allí en el año 2004 “cerca de su cumpleaños”, lo que recordó porque lo festejó. Teniendo en cuenta que su fecha de nacimiento fue el 2 de marzo de 1980, la manifestación vertida por la dicente resulta verosímil para reputar demostrado que el actor ingresó en el mes de marzo de 2004 y no en mayo, como alegó la empleadora. No se me escapa que dicha declaración testimonial fue la única que dio cuenta de dicha circunstancia, mas lo cierto es que coincido con la apreciación que efectúa el judicante a quo respecto de que la nota periodística publicada en la revista Hombre del mes de mayo de 2004, en la que participó el actor como stripper del Golden, debió efectuarse al menos en el mes de abril. Digo esto por cuanto luce evidente que la nota debió producirse, llevarse a cabo (para ello el cronista debió apersonarse en el local con cita previa), redactarse y finalmente mandarse a impresión, todo lo cual no pudo haber sucedido en el mismo mes de mayo.

Cabe aditar que el 2º párrafo del art. 9 de la L.C.T. es claro al sostener que “si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador”, razón por la cual habré de reputar acreditado, con los elementos de prueba precedentemente reseñados, que el accionante ingresó en el mes de marzo de 2004, esto es, con anterioridad a la fecha en la que la empleadora registró el vínculo. Lo así expuesto, me lleva a confirmar lo resuelto en grado en cuanto a este aspecto se refiere. Corresponde a esta altura dar tratamiento a la queja que esgrime la parte actora con relación a las diferencias salariales reclamadas en el inicio, que fueron desestimadas por el judicante a quo, en el entendimiento de que no resultaba atendible a fin de acreditar su procedencia, la escala salarial suministrada por el Sindicato de Artistas de Variedades. Luego de analizar los alcances y ámbitos de aplicación del CCT 307/73 -aplicado por la empleadora- y del CCT 340/75 -pretendido por el trabajador- el Sr. Juez de grado consideró aplicable a la relación habida entre las partes las disposiciones de este último, conclusión que, atento no haber sido motivo de agravio por las partes, llegó firme a esta instancia.

Sin embargo, el judicante a quo desestimó las diferencias salariales reclamadas por el incorrecto encuadre convencional del actor, al considerar que las escalas salariales acompañadas a la causa por el Sindicato de Artistas de Variedades hacían referencia a categorías que no se correspondían con las previstas en el art. 6 del CCT 340/75, además de que la planilla en cuestión no se encuentra registrada en el buscador de convenios colectivos del Ministerio de Trabajo y Empleo de la Nación, por lo que no puede reputarse de obligatoria aplicación. Adelanto que habré de coincidir con lo resuelto en grado, toda vez que, más allá de la ausencia de publicación de las escalas salariales acompañadas por UADAV a fs. 457, las categorías y remuneraciones allí informadas ninguna relación guardan con las que surgen del CCT 340/75 que, a requerimiento del actor, el judicante a quo reputó aplicable a la vinculación laboral de autos. Obsérvese por lo demás, que ni siquiera el salario que pretende el accionante correspondiente a la categoría Nº 8 (que, reitero, no resulta del art. 6 del CCT 340/75) para el mes de julio de 2011 coincide con el que aparece en la planilla de fs.457 para dicha categoría y período, por lo que la pretensión inicial en este sentido, no puede prosperar. Ahora bien, el accionante sostiene que, toda vez que los salarios que le abonara la demandada resultaron inferiores a los mínimos previstos en el CCT 307/73 -que aplicaba la empleadora-, el judicante a quo debió hacer lugar, al menos, a dichas diferencias. Liminarmente debo aclarar que no se encuentra vedado a los Magistrados fallar “ultra petita”.

Los jueces no están obligados a atenerse a los guarismos vertidos por las partes, ya que ello no implica alejarse de la pretensión deducida. Lo que no resultaría admisible es que el juez laboral fallase “extra petita”, es decir, sobre circunstancias que no fueron traídas al análisis de la jurisdicción (fuera de lo reclamado), facultad que se encuentra absolutamente prohibida a los Magistrados por afectar el principio de congruencia y la garantía constitucional de defensa en juicio” (conf. CNAT, Sala III, 24/6/78, in re “Baulde c/ Banco Supervielle”, JA, 1979-III-576). Sentado ello corresponde señalar que, conforme quedó acreditado en la causa con las declaraciones testimoniales de Rojas (fs. 334/337), Protto (fs. 338/339) y Escobal Sapetto (fs. 341/343), el actor laboraba dos veces por semana -los días viernes y sábados- y ensayaba los días miércoles, jornada que conforme el convenio – en el caso de la categoría del actor- se abonaba igual que los días trabajados. De tal modo, tomando en consideración los mínimos convencionales fijados en el CCT 307/73 para la categoría “bailarín de conjunto”, correspondientes al período reclamado agosto/10 a agosto/12 (\$ 3.000 en agosto/10; \$ 4.000 de septiembre/10 a agosto/11; \$ 5.000 de septiembre/11 a abril/12 y \$ 5.200 desde mayo/12), el demandante debió percibir como salario, por las 12 jornadas mensuales trabajadas, las sumas de \$ 1.200 en agosto/10, \$ 1.600 de septiembre/10 a agosto/11, \$ 2.000 de septiembre/11 a abril/12 y \$ 2.080 desde mayo/12. Sin embargo, de las constancias de la causa que llegaron firmes a esta instancia, se desprende que el trabajador percibió, además de los importes consignados en los recibos de haberes e informados por la perito contadora a fs. 401, una suma “en negro” que el judicante a quo fijó, de conformidad a los dichos del inicio, en la suma de \$ 1.950 (ello sin perjuicio de los \$ 1.300 mensuales que

se abonaban, bajo la misma modalidad, en concepto de comisiones por shows privados).

Tomando en consideración los salarios básicos abonados por HBC S.R.L. (informados por la perito contadora a fs. 401) más los \$ 1.950 pagados sin constancia documentada, se advierte que el salario percibido por el actor superaba los mínimos fijados por el CCT 307/73 para la categoría de bailarín de conjunto, lo que me lleva a desestimar también este segmento recursivo. Se agravia asimismo la parte actora, por cuanto el judicante de la anterior instancia no hizo lugar a la multa reclamada con fundamento en el art. 10 de la ley 24.013 y, adelanto, le asiste razón a la quejosa en este aspecto. Digo esto por cuanto, como concluyó el sentenciante de grado -en manifestación que no fue motivo de agravio ante esta alzada- quedó acreditado en la causa que, además de los importes que se depositaban en el Banco Francés, los trabajadores cobraban sumas no registradas que les entregaba Marisa (María Luisa) Altamura y, eventualmente, Antonio Altamura o su sobrino. Así, el Dr. Alberto González concluyó que “el actor ha justificado la percepción de remuneraciones al margen de los recibos de haberes y comisiones por shows privados”, teniendo por acreditadas las sumas de \$ 1.950 y \$ 1.300 respectivamente por tales conceptos y, reitero, los demandados ningún agravio vertieron a dicho efecto. En consecuencia y toda vez que el accionante intimó a su empleadora en los términos del art.10 de la ley 24.013 conforme misiva cursada el 27/8/12, remitiendo en igual fecha la comunicación a la AFIP, de conformidad a lo dispuesto en el art. 11 inc. b) de dicho cuerpo normativo, corresponde revocar este aspecto de la sentencia y hacer lugar a la multa dispuesta en dicha norma, la que prosperará por la suma de \$ 82.062,50 (\$ 3.250 x 101 meses x 25%). Se agravia asimismo el trabajador por cuanto el Sr. Juez de la anterior instancia desestimó el daño moral petitionado en el inicio, fundado en el dolor y las lesiones y dificultades en su vida sexual que le provocó la práctica de “trucarse” – exigida por sus empleadores-, consistente en sujetar sus genitales con bandas elásticas para la realización de sus shows y presentaciones. Sostiene el recurrente que, pese a haber considerado acreditada la mencionada práctica, el sentenciante a quo impone al trabajador la responsabilidad de sus consecuencias y refiere que, encontrándose acreditado que la práctica en cuestión resultaba dolorosa para L. (por tratarse de un esquema de trabajo con intervención de una cosa y procedimiento riesgoso realizado en beneficio de los demandados), corresponde responsabilizar a éstos por haber omitido las diligencias necesarias para evitar la producción de daños o molestias injustificadas al trabajador. Según surge de los testimonios de Rojas y Escobal Sapetto, que laboraban con el actor, los strippers se “trucaban” o ataban los genitales para mantenerlos erectos, tanto al efectuar los shows que se efectuaban en el Golden como en los shows privados a los que eran mandados por los accionados.

Ambos testigos dieron cuenta de que dicho procedimiento era muy doloroso y si bien Rojas dijo no saber por orden de quién lo hacían, Escobal Sapetto señaló que los mandaban los demandados. Sabido es que el daño moral proviene del sufrimiento originado por las angustias, aflicciones y padecimientos íntimos que padece una persona cuando es víctima de un trato desconsiderado incompatible

con su dignidad, por lo que en el caso, acreditada la mecánica de trabajo descripta por el actor a la que debía someterse al momento de realizar los shows, corresponde definir si ésta provocaba en el trabajador un padecimiento o aflicción íntima que afectaba su dignidad.

Analizados los elementos obrantes en autos y sin perjuicio de reconocer la incomodidad y los dolores que, como resulta evidente, podía provocar en el accionante la práctica relatada en el inicio (ver fs. 14 vta. punto VII), no puedo dejar de resaltar que, como también sostuvieron los testigos al referir que en todos los locales de este tipo se efectuaba la mencionada práctica de “trucado”, ésta resultaba propia de las funciones desempeñadas por L. como stripper. Si bien el accionante refirió haber sufrido una trombosis en la zona peneana y dificultades al momento de tener relaciones sexuales -ninguna de las cuales logró acreditar en la causa- lo cierto es que ninguna mención efectuó el trabajador en el libelo inicial relacionada con un padecimiento moral o un agravio a su honor, dignidad o buen nombre, que hicieran factible la procedencia de una indemnización por daño moral, en los términos reclamados. Conforme lo hasta aquí expuesto, propongo confirmar este aspecto de la sentencia recurrida.

Finalmente, se quejan los codemandados Antonio Victorio Altamura y María Luisa Altamura por cuanto el judicante de la anterior instancia, los condenó solidariamente en forma personal, pese a no haber sido jamás empleadores del actor. Como sostuvo el sentenciante a quo y se propone confirmar en esta alzada, la demandada registró indebidamente el contrato de trabajo, haciendo constar en los registros una falsa fecha de ingreso y una remuneración inferior a la efectivamente percibida por el trabajador. A su vez, se extrae de la prueba informativa rendida por la Inspección General de Justicia (ver fs.317/333) que el demandado Antonio Victorio Altamura se desempeñó como socio gerente de HBS S.R.L., lo cual no deja dudas en cuanto a que ha hecho posible el acto reprochable, en tanto avaló la práctica de no registrar correctamente la relación laboral, práctica prohibida por la ley de contrato de trabajo y la ley 24.013.

Tal conducta constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que tiene normalmente por fin último la evasión al sistema de seguridad social. Se perjudica al trabajador, que se ve privado de todos los beneficios sociales; al sector pasivo, que es víctima de la evasión y a la comunidad comercial en cuanto al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición para competir en el mercado que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley. No obsta, a todo lo expuesto, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes “Carcaballo, Atilano c/ Kanmar S.A. (en liquidación) y otros” y “Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth S.A. y otro” del 3/4/03. Ello es así dado que, por una parte, no contienen referencia alguna al artículo 274 de la ley 19.550 citado anteriormente.

Pero, además, y esto es lo determinante, están referidos a aspectos fácticos propios de esas causas (en el caso “Carcaballo” no se habrían acreditado los

actos fraudulentos de la sociedad, mientras que en “Palomeque” se juzgó que las irregularidades detectadas resultaban insuficientes para la aplicación del art. 54 ley 19.550) y no constituyen, como es obvio, un criterio interpretativo acerca del precepto en cuestión, que pudiera ser considerado como vinculante para los Tribunales inferiores. En conclusión, la responsabilidad directa que le cabe a la sociedad demandada como empleadora se extiende a los administradores, representantes y directores cuando, como en el presente y específico caso, se incurrió -reitero- en la práctica de registrar -de modo deficiente y parcial- el contrato de trabajo contraviniendo de ese modo los deberes de conducta impuestos por los arts. 62 y 63 de la ley de contrato de trabajo (conf. arts. 59 y 274 ley de sociedades comerciales).

En el “sub lite”, quien ocupó el rol de socio gerente durante el tiempo que el actor prestó servicios dependientes para la empresa demandada, puede ser responsabilizado por esta calidad sin tener que recurrir al recurso técnico de la inoponibilidad de la persona jurídica que los alcanza en su calidad de socios (art. 54 LS). Ello es así por cuanto con dicho sustento normativo se persigue igual propósito que el logrado por aplicación de las normas que consagran la responsabilidad del codemandado en tanto director del ente (arts. 59 y 274 ley 19.550, in re “Cancela Echearay, Guillermo c/ Compartime S.A.” Sala A CNACom del 7/11/02).

A igual conclusión arribo respecto de María Luisa Altamura, socia de HBC S.R.L., puesto que la activa participación de ésta en el manejo de la empresa y su personal, tal como se desprende de las declaraciones testimoniales rendidas en la causa que identifican a dicha codemandada como una de las dueñas y como quien les impartía las directivas y abonaba los sueldos, me llevan a considerar que ésta no podía ignorar las irregularidades existentes en la registración del trabajador. Todo lo apuntado anteriormente me lleva a confirmar lo resuelto en grado en cuanto reputa solidariamente responsables del reclamo de autos a los codemandados Antonio Victorio Altamura y María Luisa Altamura. Finalmente, teniendo en cuenta la decisión que aquí se deja propuesta respecto de la multa del art. 10 de la ley 24.013, corresponde elevar el monto de condena a la suma de \$ 229.285,55 (\$ 147.223,05 + \$ 82.062,50), que deberá ser abonada en la forma y con más los intereses dispuestos en grado, que no fueron materia de agravio ante esta alzada.

En virtud de las argumentaciones expuestas y con arreglo a lo establecido por el art. 279 del CPCCN, corresponde adecuar la imposición de costas y los honorarios al resultado del pleito que se ha dejado propuesto para resolver la apelación, circunstancia que torna abstracto el tratamiento de los agravios vertidos por las partes y perito contadora en dichos aspectos.

En cuanto al primero de los aspectos, es menester memorar que, en los supuestos en que la demanda prospera parcialmente, las costas deben ser distribuidas en la forma que prevé el art. 71 del CPCCN, toda vez que aun cuando pueda

considerarse que el demandante se vio obligado a litigar, ello es exacto únicamente en relación con la porción admitida de sus reclamos, por lo que no habría fundamento para que quien sólo en parte es vencedor resulte eximido de las costas y éstas sean íntegramente soportadas por quien también obtuvo una victoria parcial (esta Sala, S.D. Nº 72.160 del 26/10/93 in re “Soria, Carlos D. c/ Butomi S.R.L.”).

En tal inteligencia, teniendo en cuenta que, como también es criterio de esta Sala, las costas no deben valorarse con un criterio aritmético sino jurídico, tomando en consideración la importancia de los rubros admitidos y rechazados, propongo que las costas de la anterior instancia se distribuyan en un 85% a cargo de la parte demandada y en un 15% a cargo de la parte actora (art. 71 CPCCN). A tal fin, habida cuenta del mérito y extensión de la labor desarrollada por los profesionales que actuaron en estos autos y al nuevo resultado del pleito que he dejado propuesto, de acuerdo con las pautas que emergen del art. 38 de la L.O. y arts. 6, 7, 9, 19, 39 y ccs. leyes 21.839/24.432, actualmente previstas en sentido análogo en los arts. 16 y ccs. ley 27.423, estimo que, por las tareas llevadas a cabo en primera instancia, corresponde regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada y de la perito contadora en el (%) y (%) y (%) respectivamente, a calcularse sobre el monto de condena con intereses.

Asimismo propongo que las costas de alzada se distribuyan en un 70% a cargo de la parte demandada y en un 30% a cargo de la parte actora (art. 71 CPCCN) y que los honorarios de los letrados firmantes de los escritos de fs. 551/552, 553/555 y 556/563, por las labores cumplidas en esta instancia, se regulen en el (%) respectivamente, de la suma que le corresponda percibir a cada uno por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior (arts. 14 ley 21.839 y 30 ley 27.423).

Miguel Ángel Pirolo dijo: Adhiero a las conclusiones del voto del Dr. Gregorio Corach, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art.125, 2ª parte de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1º) Modificar la sentencia de grado y elevar el monto de condena a la suma de \$ 229.285,55 (PESOS DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO CON CINCUENTA Y CINCO CENTAVOS) que deberá ser abonada por los demandados HBC S.R.L., MARÍA LUISA ALTAMURA y ANTONIO VICTORIO ALTAMURA al actor J. C. L. en la forma y con más los accesorios fijados en el considerando respectivo; 2º) Dejar sin efecto la distribución de las costas y las regulaciones de honorarios efectuadas en la anterior instancia; 3º) Imponer las costas de primera instancia en un 85% a cargo de la parte demandada y en un 15% a cargo de la parte actora; 4º) Regular los honorarios de primera instancia de la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada y de la perito contadora en el (%) y (%) y (%), respectivamente, porcentajes éstos que, en la oportunidad prevista en el art.132



de la L.O., deben aplicarse sobre el monto de condena con intereses; 5º) Imponer las costas de alzada en un 70% a cargo de la parte demandada y en un 30% a cargo de la parte actora; 6º) Fijar los honorarios de Alzada de los letrados firmantes de los escritos de fs. 551/552, 553/555 y 556/563 en el (%) de lo que a cada una le corresponda percibir por sus trabajos en la instancia anterior; 7º) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos.

Cópiese, regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Miguel Ángel Pirolo

Juez de Cámara

Gregorio Corach

Juez de Cámara