En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año 2015, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"J., J. G. c/ S. N. S.R.L s/ COBRO DE PESOS.LABORAL" (Expte. Nº 269/2014)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 386/10) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTION:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 408.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

Se han recibido en esta Alzada las presentes actuaciones a los efectos del tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 395 por la parte actora contra la sentencia dictada en la instancia originaria a fs. 382/391 vta., el cual le ha sido concedido a fs. 396. Expresó agravios el recurrente a fs. 398/400 vta., siendo contestado el traslado de los mismos por la contraria a fs. 402/403 vta.

2 – Sentencia

La sentencia recurrida rechazó la demanda promovida por el Sr. J. G. J. contra S. N. S.R.L., como así también la reconvención interpuesta por la parte

demandada. Las costas fueron impuestas en el orden causado y se regularon los honorarios a los

profesionales intervinientes.

Tuvo en cuenta la Magistrada a quo que el actor basó su reclamo en que había trabajado como viajante de comercio y no como vendedor de salón.

Valorando la prueba producida en el proceso, la decisión de primera Instancia plasmó que los testigos que declararon en autos no lograron demostrar los especiales requisitos que se necesitan para configurar la figura típica del "viajante de comercio". Tuvo en cuenta, también, que la pericia contable informó que el actor fue registrado como empleado de comercio y que sus haberes se liquidaron conforme el CCT 130/75. La conclusión de la sentenciante fue que de la causa no surgen verificados los supuestos necesarios para configurar que la relación laboral mantenida por

el actor con la demandada haya estado comprendida dentro de los

parámetros de la Ley 14.546 y del CCT 308/75, razón por la cual decidió el rechazo de la demanda en todos sus rubros.

Al tratar el reclamo del actor de la indemnización prevista por el Art. 80 L.C.T. (art. 45 Ley 25.345), tuvo en cuenta la a quo que el actor intimó la entrega mediante telegrama y que la demandada respondió postalmente señalando que había recibido de conformidad la liquidación final y el certificado en cuestión, razón por la cual -dice la sentencia- pesó sobre la actora la carga de probar que no recibió la documental requerida. Concluyó la a quo que la actora no produjo prueba tendiente a desacreditar la comunicación por CD realizada por la demandada, razón por la cual no demostró la no percepción del certificado que requiere en la demanda y de allí que rechazó su reclamo indemnizatorio.

En lo que respecta a la "reconvención" deducida por la demandada por la falta de preaviso al renunciar, tuvo en cuenta la a quo que la notificación de la renuncia fue realizada con 24 días de anticipación superando el requisito de 15 días que impone la norma del art. 231 inc. a) LCT, razón por la cual rechazó la misma.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

3.1) La primera parte de los fundamentos del recurso expuestos por el recurrente apuntan a que la a quo no valoró adecuadamente la prueba. Esgrime que la demandada obstaculizó permanentemente la producción de la prueba de su parte no poniendo a disposición de los peritos la documentación laboral y contable pedida por ella y ordenada por la a quo.

Insiste en la necesidad de que la demandada presentara documentación al proceso y luego refiere a la falta de prueba que le achaca la sentencia pero que ello se debió a la conducta impeditiva constante de la demandada (en la presentación se lee *"demandante"* (fs. 399 vta.), pero he de considerar que existió un error en el tipeo).

Invoca que el perito contador no completó su tarea al no cotejar el libro Subdiario Ventas con la nómina de clientes acompañada a la demanda e insiste en que la demandada con su conducta omisiva impidió la producción correcta de la pericia. A ello le incorpora que también tuvo la demandada una actitud omitiva en la prueba testimonial.

Concluye afirmando que mal puede decirse que el actor no acreditó su calidad de viajante de comercio dado que por más esfuerzos que se hicieron la demandada impidió la producción de la prueba. Es por ello que considera que debió aplicarse el principio *"in dubio pro operario"* interpretando la prueba a favor del actor y no del demandado.

3.2) La segunda queja está centrada en el rechazo de la indemnización que establece el Art. 80 LCT. Remarca que su parte afirmó no haber recibido el certificado que manda la ley y que la empleadora no se lo entregó. Agrega que no hay contradicción alguna en su postura -como dice la sentencia de la a quo- y que los certificados fueron requeridos también por el Perito Contador y nunca fueron presentados por la demandada. Sostiene que su parte cursó la intimación legal al empleador y que ninguna otra obligación la ley pone a su cargo, por lo que debe admitirse la multa peticionada.

3.3) Por último, expresa que la a quo no se expidió sobre la sanción por "temeridad y malicia" peticionada por su parte ante la reconvención deducida por la demandada, solicitando que esta Alzada resuelva esta porción de su reclamo.

4 – Tratamiento de los agravios

4.1 – Falta de acreditación de la condición de "viajante de comercio" Se agravia el reclamante porque la a quo consideró que no acreditó en el proceso su condición de "viajante de comercio".

En este punto la sentencia recurrida ha sido clara y terminante al decir:

A) *"…la prueba sobre la calidad de viajante se encuentra a cargo de quien lo alega (art. 381 del C.P.C.C.), debiendo ser amplia y con fuerza convictita suficiente, en razón de la negativa efectuada por la parte demandada y la especificidad del régimen legal que se establece con requisitos propios. Pesó sobre la actora entonces la carga de demostrar que las tareas que realizaba se comprendían dentro del tipo de contratación cuyo reconocimiento pretende en la presente demanda, apartándose del realmente registrado por la empleadora, es decir, debió probar que realizaba viajes, y que en esos viajes concertaba "negocios relativos al comercio o industria de su o sus representados" (conf. art. 1 de la Ley 14.546)…"* (fs. 386); **B)** *"…los escasos tres*

testigos que se han acercado a estos estrados no han logrado demostrar los especiales requisitos para la configuración de la figura típica de "viajante de comercio" como para conmover una solución favorable a la pretensión del actor…" (fs. 388); **C)** *"…es innegable la solución dada por el perito en cuanto a manifestar que ninguna documentación referida a la ley especial del rubro reclamado le fue exhibida por S. N. S.R.L., ya que conforme surge de sus propias declaraciones, no cuentan con empleados que ocupen el cargo de viajantes de comercio… aquí es donde se planteaba el verdadero desafío probatorio del actor, debiendo demostrar que cumplía una tarea que en la propia demanda denunció que se realizaba "en negro", por lo cual, lógicamente, era previsible que no existiera basamento documental en poder de la demandada para que se pudiera cotejar y acreditar los dichos actorales…"* (fs. 389); **D)** *"…cabe poner de resalto que no existen precisiones sobre las supuestas ventas realizadas por el actor. Cuenta a lo largo del libelo de inicio una serie de circunstancias y ventas concretadas por el trabajador, que luego, en la etapa correspondiente, no ha podido probar…"* (fs. 389); **E)** *"…no habiéndose podido acreditar con la prueba aportada la concertación de ventas a nombre y por cuenta de su empleador, que resulta un requisito*

imprescindible para ser enmarcado por el art. 1 de la Ley 24.546, y menos aun, con el sólo testimonio de un comerciante, no es posible dar por acreditado que esa fuera la actividad principal del actor en la relación de trabajo mantenida con la demandada…" (fs. 389 vta.); y **F)** *"…Del análisis de la causa no surgen verificados los supuestos necesarios para configurar que la relación laboral mantenida por el señor Juri con S. N. S.R.L. estuvo comprendida dentro de los*

parámetros legislativos de la Ley 14.546 y CCT 308/75…" (fs. 390 vta.).

He considerado necesario transcribir algunos párrafos salientes de la decisión bajo análisis y que son los que dan sustento a la misma, debido a que ninguno de ellos han sido clara, terminante y sólidamente rebatidos por

los agravios expuestos por el actor conforme es su obligación legal (art. 268 CPCC). Es por ello que, ante la falta de impugnación por parte del recurrente a las conclusiones de la a quo que acabo de destacar, surge con claridad meridiana que las mismos han adquirido firmeza y de allí la notoria e indiscutible insuficiencia de las expresiones vertidas en la queja que aquí analizo, las que no alcanzan a cumplimentar los requisitos
exigidos para constituir un "agravio" digno de análisis (art. 268 CPCC).

Advierto que expresar que la demandada obstaculizó la producción de la prueba de la actora en modo alguno constituye un agravio sobre las conclusiones de la sentencia. La sentenciante ha sido clara al expedirse sobre la carga de la prueba en el proceso y ello en modo alguno ha sido contradicho por el apelante. A todo evento, resulta inadmisible que la actora pretenda responsabilizar a la demandada de su orfandad probatoria exhibida a lo largo del proceso, a la luz de lo normado por el art. 381 del ritual y la carga que la misma le impone a quien afirma la existencia de un hecho controvertido. Como vemos, no hay aquí agravio atendible.

Tampoco constituye una queja fundada expresar que la demandada tuvo una conducta omisiva que impidió la correcta producción de la prueba pericial; que tuvo una actitud impeditiva en la prueba testimonial y que impidió la producción de la prueba. Basta con remitirnos a la norma del art. 381 CPCC, sin dejar de considerar que lo expresado por la recurrente implica un claro reconocimiento de su ineficiencia probatoria.

Por último, es claramente improcedente la pretensión de aplicar el principio *"in dubio pro operario"* en favor del actor (art. 9 LCT). Y no corresponde porque aquí estamos -conforme surge de la sentencia apelada- ante una "ausencia" de pruebas que avalen la posición del reclamante. Es por ello que no hay en el caso una duda sobre la "apreciación de la prueba" -como expresa la norma-

sino que estamos frente a una “falta de prueba”, conforme lo ha dicho la a quo. Es claro, entonces, que no puede “apreciarse” una prueba que no se produjo (inexistente). Como vemos, es evidente la improcedencia del planteo.

Lo hasta aquí desarrollado y fundamentado conducen inevitablemente a que -en esta porción- el recurso debe ser declarado desierto, dado que no cumple con los mínimos requisitos exigidos para la fundamentación recursiva (arts. 268, 269 CPCC). Es mi voto.

4.2 – <u>Indemnización Art. 80 LCT</u>

4.2.A) La sentencia recurrida evaluó que el actor intimó fehacientemente a la demandada la entrega del certificado que contempla la norma del art. 80 LCT y que la requerida respondió por C.D. que el requirente había recibido el certificado de servicios y remuneraciones (conf. fs. 55). En base a esta afirmación contenida en el despacho postal de la demandada, la a quo concluyó que *“…pesó sobre la actora la carga de probar que no ha recibido la documental requerida…”* (fs. 390 vta.). Agravia al actor esta decisión ratificando su postura inicial en cuanto ha sostenido que nunca le fueron entregados los certificados que la ley exige.

Adelanto que la cita y referencia que hace la a quo sobre la decisión de este Cuerpo in re *“F., A.A. c/ R.S.A. s/ Cobro de Pesos”* (SDL N° 41/14) no he de considerarla relacionada con lo aquí debatido dado que no se trata de cuestiones similares. En efecto, no advierto que estemos aquí ante una contradicción por parte del reclamante y ello así porque en ningún momento éste ha expresado haber tenido acceso a los certificados que reclamara. Lo que dice en la demanda con relación a lo expresado por la demandada en el sentido de haberle entregado el certificado, es lo

siguiente: *"…mi representado niega haber recibido el mismo, pero aunque así fuera, el que pudieron haber confeccionado al momento de la disolución del contrato es claramente falso ya que no incluye los montos por comisiones por ventas ni por cobranzas que son remuneratorias y que deben ser incluidas en las mencionadas certificaciones…"* (fs. 96/y vta.).

Es muy claro que no hay en estas expresiones del actor un reconocimiento de haber tenido en su poder el documento en cuestión, sólo expresó que, en el supuesto de haber sido confeccionado, sería falso por carecer de ciertos recaudos. Es por ello que no he de acompañar a la Sra. Jueza a quo cuando refiere en su sentencia que *"…el actor admite que tuvo acceso a la documentación que dice que no le fue entregada…"* (fs. 390 vta.). En ningún momento el reclamante ha admitido tal hecho y de allí que no comparta lo sostenido en este aspecto en la sentencia en crisis.

4.2.B) Avanzando en el análisis de la problemática planteada en el agravio, es menester resolver si ha sido correcta la decisión de la a quo de cargar sobre el actor la obligación de demostrar que su empleador no le entregó la certificación que ordena la norma del art. 80 LCT.

La sentencia tuvo en cuenta que el actor intimó legalmente a la demandada conforme lo exige el art. 80 LCT y que la requerida respondió (fs. 55) expresando, en lo que aquí interesa, lo siguiente: *"…Ud. renunció a su trabajo… habiendo Ud. percibido de conformidad la liquidación final y certificado de servicios y remuneraciones…"*.

Hemos visto ya que al plantear su demanda el actor afirmó no haber recibido el certificado en cuestión y de allí su pedido de la indemnización legal. Ahora bien, al contestar la demanda (fs. 144/149 vta.) nada dijo la empleadora sobre la imputación de su incumplida obligación de entregar la

certificación que manda el art. 80 LCT. No afirmó haberla entregado y tampoco le negó veracidad a la afirmación del actor de no haberla recibido.

Ante esta situación, cabe remitirnos a la norma del art. 360 del ritual la que, en su inc. 1°, le impone la obligación al demandado de *"…Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda…"*, agregando luego que *"…Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran…"*.

Con arreglo a los términos empleados por el inc. 1° del art. 354 del CPCC (art. 360, inc. 1° del CPCC Provincial), el demandado ha de reconocer o negar explícita y decisivamente, sin reticencias o escamoteos dialécticos, las sendas alegaciones fundamentales expuestas en la demanda, pues lo que la ley quiere es que no sólo el actor explique claramente los hechos en que se funda (art. 330, inc. 4°, Cód. cit.; art. 333, inc. 4°, Cód. cit. Pcial.), sino que también el accionado se expida concretamente, siendo dicha carga la contrapartida que el legislador fija al accionante como consecuencia de la teoría de la substanciación que rige para ambos. De allí, que si calla o sus respuestas son evasivas se expone a que quede admitida la verdad de los hechos sobre los que elude manifestarse [ver art. 919, Cód.Civil] (conf. Cám. 1ª., Sala III, La Plata, La Ley 149-306 y 580, 29.927-S).

He dicho antes que la demandada guardó silencio sobre este punto al contestar la demanda. De ello se deriva que el silencio absoluto guardado en el escrito de responde, sobre una de las pretensiones expresamente formuladas en la demanda, importa un asentimiento tácito con los términos de la misma, en esa parte, sin que el actor tenga que asumir la carga de producir prueba a su respecto (conf. Cám. 2ª., Sala I, La Plata, DJBA, 49 pág. 785; 54, pág. 110).

Por lo tanto, teniendo en cuenta la obligación que debe cumplimentar el demandado al contestar la demanda y el silencio guardado sobre el particular, es razonable concluir que la empleadora ha reconocido su incumplimiento de la obligación que establece la norma del art. 80 LCT, conforme lo afirmara el actor en su reclamo (arg. art. 360 CPCC). Es por ello que no pesó sobre la parte actora la carga de probar que no recibió la documentación requerida, tal como concluyera la Sra. Magistrada sentenciante (ver fs. 390 vta.) y de allí que le asista razón al quejoso en esta porción de su fundamentación recursiva.

4.2.C) La sentencia en crisis ha hecho referencia que la parte demandada, ante la intimación que le cursara el actor conforme la norma del art. 80 LCT, respondió por vía postal afirmando *"…habiendo Ud. percibido de conformidad la liquidación final y certificado de servicios y remuneraciones…"* (fs. 55).
Si la empleadora afirmó en su despacho postal que la documental que le fue requerida fue recibida de conformidad por el requirente, se trata de la afirmación de un hecho (la entrega) que debió ser invocado y acreditado en el proceso por parte de quien realiza la misma, dado que el reclamante negó que haya existido tal entrega (arg. art. 381 CPCC).
Por lo tanto, no surgiendo de autos que la demandada haya dado cumplimiento a la obligación que le impone la norma del Art. 80 LCT, no obstante haber sido oportuna y fehacientemente intimada para ello, es procedente aplicarle la sanción indemnizatoria que la ley impone, es decir, pagar al reclamante el equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por él durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Al monto resultante deberán agregarse los intereses a la tasa activa que fija el Banco

del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos comerciales y que se calcularán desde que la suma es debida hasta el efectivo pago.

Lo hasta aquí fundamentado conduce a la admisión del agravio en tratamiento y a proponer al Acuerdo revocar la sentencia en crisis en cuanto rechazó el reclamo de la indemnización que contempla la norma del Art. 80 LCT (art. 45 Ley 25.345), debiéndose admitir la misma en favor de la parte actora, fijándose el plazo de diez días para su pago a partir del día en que quede firme el importe de la misma y que será fijado por el Perito Contador designado en el proceso.

4.2.D) El importe que corresponde abonar a la demandada en concepto de la indemnización que establece el Art. 80 LCT con más los correspondientes intereses supra indicados, será determinado en la etapa de ejecución de sentencia por el Sr. Perito Contador actuante en autos, quien -de ser necesario- requerirá los elementos documentales que correspondieren. Así lo voto.

4.3 – <u>Sanción por temeridad y malicia</u>

Se agravia la actora porque la a quo no se expidió sobre su petición de sancionar por temeridad y malicia a la demandada ante el planteo de la reconvención y pide que esta Alzada resuelva su pretensión.

Las sanciones procesales fundadas en el art. 275 de la LCT o en el art. 45 del CPCC, deben juzgarse con criterio estricto, no bastando para ello que se aleguen hechos no probados o derechos que no resulten acogidos, sino que es preciso que se prueba positivamente que la parte imputada no pudo

ignorar la sinrazón de su pedido (conf. CNTrab., Sala I, 30/12/88, DT, 1990A-58).

Debe tenerse presente que para determinar si se ha configurado la *conducta maliciosa o temeraria* a que alude el art. 275 LCT, es necesario proceder con suma prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las acciones y defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio (conf. CNTrab., Sala VII, 26/10/95, DT, 1996-A-1222; íd., íd., 27/03/2000, DT, 2001-A-295).

Teniendo en cuenta los principios que rigen en el caso, no encuentro acreditado a lo largo del proceso ni la *temeridad* (conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad) ni la *malicia* (conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión) (conf. PALACIO, L.E., Derecho Procesal Civil, T. III, pág. 52), que las normas legales exigen para que sea procedente la sanción que pretende la quejosa. Es por ello que he de proponer al Acuerdo la no admisión del agravio y el rechazo de la pretensión sancionatoria. Es mi voto.

5 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

Ante la revocación parcial de la sentencia recurrida, debe cumplimentarse lo normado por el art. 282 del CPCC.

Teniendo en cuenta el resultado del final del proceso, las costas de la primera Instancia se imponen en el orden causado (art. 72 CPCC),

regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. N. M., en el 17% del monto del proceso; los de los apoderados de la parte demandada, Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley, en el 17% del monto del proceso; los del Sr. Perito Contador R. A. C., en el 7% del monto del proceso y los del Sr. Perito Calígrafo L. A., en el 1,5% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley XIII N° 4 y modificat. y con más el IVA de así corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat. y arts. 21, 22 y concs. Ley XIII N° 18). Se deja constancia que no corresponde regular honorarios a la Perito Contadora J. V. G. en atención a su remoción dispuesta a fs. 341 y lo normado por el

art. 477 "in fine" del CPCC.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. N. M., en el 27% del importe que le corresponda por su labor en la instancia originaria y los de los Dres. V.A. F. y

S. L. F., apoderados de la demandada, en conjunto, en el 27% del importe que les corresponda por su labor en primera Instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de

corresponder (conf. arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

Trataré el primer agravio recordando que la selección y valoración de la prueba constituye una facultad privativa del juez, de tal modo que ni siquiera está obligado a valerse de la totalidad de la que haya sido rendida en autos, bastándole con mencionar solo aquella que estima conducente para la resolución del litigio- que no puede ser reemplazada por el mero criterio divergente de las partes salvo el caso de arbitrariedad o error manifiestos, claro está, que no advierto configurados en el caso en examen. Y adelanto que cotejada la sentencia de grado con las constancias obrantes en autos, la normativa de aplicación al caso en examen y las quejas vertidas, llego a la conclusión de que las expresadas por la parte actora no exhiben la suficiente entidad como para conmover el fallo recurrido, conforme seguidamente lo explico.

El análisis de los hechos probados de la causa ha llevado a la magistrada de grado a concluir, en este caso, que no ha existido en las tareas cumplidas por el Sr. Juri las notas tipificantes de un viajante de comercio, justificándose una relación de empleo en el marco del CCT 130/75. Esto es, que no logró el actor

subsumir la actividad laboral cumplida en relación de dependencia con la demandada, a la normativa legal que procura en su demanda.

El argumento medular de la sentencia para así concluir, ha sido transcripto en el voto anterior y no advierto la necesidad de reiterarlos.

Delimitados los cuestionamientos sometidos a consideración del Tribunal y en atención a los términos en que se articularon, puedo concluir que los mismos no refutan la solución dada en la sentencia a la valoración de las labores desempeñadas por el accionante, que terminaron por excluirlas de la actividad descripta en el ámbito de aplicación del Estatuto de Viajantes de Comercio (ley 14.546).

A poco que se lean los agravios sobre el punto, se advierte que los mismos giran en torno de las dificultades que tuvo para justificar el vínculo laboral, sin hacerse cargo de la regla del art. 381 del CPCC.

El actor debía demostrar que su tarea consistía en concertar o gestionar la venta de los productos de la demandada, fuera de la empresa, para acreditar el encuadre jurídico pretendido en el inicio, en los términos de lo previsto por la ley 14.546, según la cual viajante de comercio es aquél trabajador que, fuera de la empresa, personalmente y en forma habitual, concierta negocios relativos al comercio o industria, en representación de uno o más comerciantes y/o industriales, conforme órdenes e instrucciones de éstos, y percibe, por ello, una remuneración (conf. art. 1° de la citada ley).

Negada por la empresa demandada el carácter de viajante de comercio del Sr. Juri y la autenticidad de la documentación acompañada por el actor, incumbía a la parte actora y a mérito del art. 381 del CPCC, probar la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal.

Este argumento medular de la sentencia no es rebatido eficazmente por la recurrente. Se ha sostenido reiteradamente, que la carga de la prueba no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo del propio litigante: es una circunstancia de riesgo, que consiste en que quien no prueba los hechos que debe probar, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis. (conf. Fassi, S., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. II, p. 163, Astrea, Buenos Aires).

El principio de autorresponsabilidad de la parte en la proposición de la prueba indica que deberá cargar con las consecuencias de su omisión. *"La carga de la prueba implica, por una parte, una regla para el juzgador (regla de juicio), toda vez que indica cómo debe fallar, en el caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuales fundará su decisión y reviste asimismo, el carácter de una regla de conducta para las partes, porque fija cuáles son los hechos que a cada una le interesa acreditar; lógicamente consagra el principio de autorresponsabilidad de los litigantes, pues deja librado a su arbitrio el aportar o no pruebas al proceso, sometiéndose en este último caso a las adversas consecuencias.*"(López, Martha Rufina c/ Abraham Textil S.A. s/ Indemnización por despido" - SALA Nº 2 CÁMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO - RS - L000 353 RSD-26-96 - Resolución Definitiva - 13-5-1996.Base elDial - AR26D).

Véase que no obstante haberse informado en el expediente que el empleador no lleva el libro previsto en el art. 10 y que el actor prestó juramento en los términos de lo normado por el art. 11 de la ley 14.546 (fs. 97), no procuró con prueba alguna, corroborar las supuestas operaciones concertadas sobre las que reclama las comisiones, ya que debía demostrar la existencia de tales negocios, no solo para reclamar el pago de las mismas sino para acreditar su calidad de viajante de comercio, circunstancia previa también controvertida en autos.

Las copias de listados de Clientes de S. N. S.A. y del listado de Vendedores agregados al tiempo de incoar la demanda y que fueran desconocidas por la demandada, no han logrado ratificarse en el marco del proceso. La prueba pericial contable señala específicamente que cotejado el Subdiario de Ventas resulta imposible determinar de qué ciudad o jurisdicción es el comprador, por lo que resulta imposible acreditar que Juri concertó ventas a nombre y por cuenta de su empleador en la modalidad de contratación alegada en su demanda.

Si las impresiones de listados adjuntadas (fs.75/90) forman parte de la documentación interna de la empresa o si los mails agregados a fs.58/65, revestían para la parte la trascendencia que informa, es claro que la elección de los medios de prueba ha conspirado contra ese objetivo.

Tengo en cuenta por otro lado, que en el CCT 308/75 cuya aplicación ha demandado la parte actora, en su art. 12 se prevé dentro de las tareas que debe cumplir el viajante, las de a) elevar las notas de venta y/o pedido debiendo quedar en poder del viajante una copia de cada una de las mismas y/o cualquier otra documentación que permita individualizar los detalles de la operación concertada; b) Cuando existiera obligación contractual, elevar los partes de los clientes visitados y c) Rendir las cobranzas efectuadas quedando en poder del viajante copia conformada de los recibos liquidados.

Desde esa perspectiva, la parte tampoco ha aportado al expediente las constancias que en los términos del CCT debieran obrar en su poder y que reflejen operaciones concretas (por ej. Notas de pedido o venta, partes de visitas, copias conformadas de los recibos).

Por otro lado, no resultan atendibles en esta instancia los reproches que se formulan respecto a la actitud de la demandada que impidió -a su criterio- recepcionar las pruebas testimoniales que sostenían su posición, máxime

cuando admite que no puede probarlo y exige de esta Cámara un juicio de valor conjetural inadmisible, que torna en abstracto su queja.

Para concluir el tratamiento del agravio señalo que la actora no ha logrado refutar los argumentos de la magistrada que tuvo por no probado el vínculo laboral enmarcado en la ley 14.546 ni logra con su queja evidenciar el marco de duda insuperable que permita aplicar la norma del art. 9 del LCT. La regla debe operar para evaluar el resultado final del proceso probatorio y no como una óptica tonal para examinar las pruebas producidas. Participo del criterio que señala que la regla debe emplearse *"cuando el juez, luego de examinar la totalidad de los elementos de juicio colectados (reconocimientos, indicios, presunciones y medios de prueba producidos) de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tiene dudas acerca de si un hecho quedó finalmente probado o no. …Deseo remarcar que no debe confundirse una situación de pruebas que generan dudas con aquellos supuestos de falta de prueba, ni con las endebles probatorias o pruebas que no convencen. "*(Miguel Ángel Maza "La reforma al artículo 9° de la ley de contrato de trabajo constituye un cambio simbólico e insuficiente. Reflexiones sobre la regla in dubio pro operario, el principio protectorio, la seguridad jurídica y un adecuado servicio de justicia "Revista de Derecho Laboral 2009-2 Ed. Rubinzal Culzoni págs. 179/190).

Luego de todo lo expuesto no puedo menos que coincidir con el magistrado de grado que el primer agravio vertido no logra superar la valla técnica que le impone el art. 268 del CPCC y art. 60 de la Ley XIV N°1, pues no existe crítica concreta y razonada que permita concluir que la valoración de la prueba rendida es arbitraria o caprichosa que amerite apartarse de los argumentos medulares del fallo y deberá tenerse al recurso desierto en el punto analizado.

3.

En el segundo agravio la parte actora cuestiona que se haya desestimado la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT, en tanto afirma que los certificados estipulados en el mencionado artículo no han sido entregados.

Asiste razón al apelante y para ello vale señalar que el precedente de esta Cámara que ha sido mencionado en la sentencia de grado, responde a un supuesto fáctico distinto al de este caso concreto. Diferencia que surge del mismo texto transcripto por la magistrada y que da cuenta que la documentación se encontraba agregada a un expediente por cuerda ofrecido por las partes y tal circunstancia es la que determinó la conclusión de aquella sentencia.

Más allá de los tiempos verbales utilizados en la construcción de la frase citada por la magistrada y que obra a fs. 96 in fine/97, al tiempo de resolver la señora jueza de grado soslaya que -en el punto resuelto-, no existió controversia.

Me explico.

La prueba constituye la actividad procesal encargada de producir el convencimiento sobre los hechos controvertidos y supone un imperativo del propio interés del litigante quien, a su vez, corre el riesgo de obtener una decisión desfavorable en el caso de adoptar una actitud omisiva.

De conformidad con el art. 48 de la ley XIV N° 1 rigen para el punto las reglas del proceso sumario y en orden a ello debe mencionarse que la parte demandada nada dijo, en su contestación de demanda, respecto de la falta de entrega del certificado de trabajo que constituye uno de los presupuestos fácticos para la viabilidad de la indemnización que prevé el art. 80 de la LCT.

El art. 493 del CPCC establece la apertura a prueba del proceso sumario para el caso que hubiera hechos controvertidos. La admisión tácita derivada del silencio, de las respuestas evasivas o de la negativa meramente general (art. 360 inc. 1°) eximen a quien afirmó el hecho de la carga de probarlo y es del caso que, en cuanto a la entrega del certificado de trabajo, no existe controversia. Controvertir conforme el DRAE es *"discutir extensa y detenidamente sobre una materia defendiendo opiniones contrapuestas"* (www.rae.es). El hecho controvertido supone por lo menos, la negativa expresa al alegado por la contraria y los hechos no impugnados no son objeto de prueba. *"Solo los hechos controvertidos son objeto de prueba. Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no pertenezcan serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos sobre que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes."* (Couture Eduardo J. "Fundamentos del derecho procesal civil" Tercera Edición póstuma. Pág.223. Ed Depalma)

De modo tal, que mal pudo la magistrada de grado, establecer que con la mera manifestación de la demandada en el intercambio epistolar, quedó controvertida la entrega del certificado y que, a falta de prueba de la actora, correspondía el rechazo de la indemnización solicitada.

Luego de ello y acreditada en autos la intimación que requiere la norma aplicable y considerando que no obra en autos constancia alguna de la recepción de la certificación de servicios y remuneraciones ni se le ha exhibido copia de tales instrumentos al perito contador (fs. 352), deberá revocarse la sentencia de grado en el punto y consecuentemente admitir la sanción del art. 80 LCT que será liquidada en la etapa de ejecución de sentencia del modo y con los intereses expuestos en el voto anterior.

4.

El tercer agravio de la parte actora refiere que la magistrada de grado omitió expedirse sobre la sanción de temeridad y malicia de la demandada al deducir la reconvención y en los términos del 281 del CPCC, corresponde se expida esta Cámara.

La omisión que se imputa al fallo de primera instancia sólo es posible atribuirla al hecho que la sentenciante ha entendido que la pretendida inconducta no se configura en la especie de autos, y en este aspecto, resulta adecuado coincidir con el temperamento adoptado por el magistrado que me antecede en el voto.

Las sanciones por conducta temeraria y maliciosa sólo son aplicables en casos extremos, debiendo quedar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento de que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo. Los jueces al ponderar la conducta debe actuar con prudencia pues no puede afectarse el principio constitucional de defensa en juicio. *"Para aplicar la sanción máxima prevista en el art. 275, LCT por temeridad y malicia, es necesario tener presente que la imposición de estas sanciones no puede obedecer a la sola circunstancia de que las acciones y defensas del empleador en el juicio hayan sido desestimadas. En efecto, la temeridad requiere, para su tipificación, la valoración de un obrar de mala fe, mientras que la malicia, consiste en obstaculizar el curso normal del proceso desviándolo o alterándolo, circunstancias que en el caso -el empleador demandado se ajustó a ejercer su derecho constitucional de defensa en juicio- no se aprecian cumplidas."*(CNAT Sala VII "Denholm, Débora Valeria vs. Gatti & Asociados S.A. y otro s. Despido 06-10-2006. Base Rubinzal Online; RC J 3159/07).

Por lo expuesto, al resolver la omisión de su tratamiento, he de proponer se desestime la sanción requerida por la actora.

Concluyo el tratamiento de los agravios, expidiéndome por la admisión parcial de los mismos por lo que deberá revocarse la sentencia de grado en tanto desestimó la indemnización prevista en el art. 80 LCT y confirmarse en todo lo demás que decide y que ha sido materia de la apelación.

5. <u>Las costas.</u>

5.1. Las costas y honorarios de la primera instancia deberán adecuarse a este pronunciamiento conforme establece el art. 282 del CPCC.

En cuanto a las costas, el resultado del pleito con vencimientos parciales y recíprocos, amerita que se impongan en el orden causado (art. 72 CPCC).

Los honorarios para los letrados y peritos que propone al Acuerdo el Dr. Fiordelisi en porcentaje sobre el monto del proceso que resulte, se ajustan a la actividad profesional cumplida conforme su mérito, extensión, trascendencia de los informes periciales y resultado obtenido. (arts. 5,6, 9, 18, 38, 46,60 y cctes. de la Ley XIII N°4 y su mod. y Ley XIII N° 18). Todos ellos establecidos, sin perjuicio de los mínimos legales del art. 7 y con más el IVA de corresponder. La remoción dispuesta a fs. 341de la Cra. G. importa la pérdida del derecho a percibir honorarios (art 477 in fine del CPCC).

5.2. Las costas en la Alzada y conforme el resultado del recurso, se imponen en el orden causado (art. 72 del CPCC) y los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede, serán los propuestos por el Dr. Fiordelisi en tanto se ajustan a las pautas arancelarias y resultado obtenido (art. 5 y 13 de la ley arancelaria), sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera.

Voto a la primera cuestión, **PARCIALMENTE por la AFIRMATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos mis fundamentos por los colegas integrantes de este Cuerpo, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: REVOCAR la sentencia recurrida en cuanto rechazó el reclamo de la indemnización que establece el art. 80 de la L.C.T. en favor de la parte actora.

Segundo: ADMITIR la indemnización que establece el art. 80 de la L.C.T. a favor de la parte actora la cual deberá ser pagada por la parte demandada dentro del término de los diez días de quedar firme la liquidación que fije su monto conforme lo aquí ordenado.

Tercero: DISPONER que el importe que corresponde abonar a la demandada en concepto de la indemnización del Art. 80 LCT e intereses, será determinado en la etapa de ejecución de sentencia por el Sr. Perito Contador actuante en autos, quien -de ser necesario- requerirá los elementos documentales que correspondieren.

Cuarto: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

Quinto: ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA INSTANCIA imponiendo las mismas en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. N. M., en el 17% del monto del proceso; los de los apoderados de la parte demandada, Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley,

en el 17% del monto del proceso; los del Sr. Perito Contador R. A. C., en el 7% del monto del proceso y los del Sr. Perito Calígrafo L. A., en el 1,5% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley XIII N° 4 y modificat. y con más el IVA de así corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat. y arts. 21, 22 y concs. Ley XIII N° 18). Se deja constancia que no corresponde regular honorarios a la Perito Contadora J. V. G. en atención a su remoción dispuesta a fs. 341 y lo normado por el art. 477 "in fine" del CPCC.

Sexto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. N. M., en el 27% del importe que le corresponda por su labor en la instancia originaria y los de los Dres. V. A. F. y S. L. F., apoderados de la demandada, en conjunto, en el 27% del importe que les corresponda por su labor en primera Instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Séptimo: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo,

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de febrero de 2015.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

Primero: REVOCAR la sentencia recurrida en cuanto rechazó el reclamo de la indemnización que establece el art. 80 de la L.C.T. en favor de la parte actora.

Segundo: ADMITIR la indemnización que establece el art. 80 de la L.C.T. a favor de la parte actora la cual deberá ser pagada por la parte demandada dentro del término de los diez días de quedar firme la liquidación que fije su monto conforme lo aquí ordenado.

Tercero: DISPONER que el importe que corresponde abonar a la demandada en concepto de la indemnización del Art. 80 LCT e intereses, será determinado en la etapa de ejecución de sentencia por el Sr. Perito Contador actuante en autos, quien -de ser necesario- requerirá los elementos documentales que correspondieren.

Cuarto: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

Quinto: ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE PRIMERA INSTANCIA imponiendo las mismas en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. N. M., en el 17% del monto del proceso; los de los apoderados de la parte demandada, Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en conjunto y proporción de ley,

en el 17% del monto del proceso; los del Sr. Perito Contador R. A. C., en el 7% del monto del proceso y los del Sr. Perito Calígrafo L. A., en el 1,5% del monto del proceso, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley XIII N° 4 y modificat. y con más el IVA de así corresponder (arts. 5, 6, 9, 18, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat. y arts. 21, 22 y concs. Ley XIII N° 18). Se deja constancia que no corresponde regular honorarios a la Perito Contadora J. V. G. en atención a su remoción dispuesta a fs. 341 y lo normado por el art. 477 "in fine" del CPCC.

Sexto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en el orden causado (art. 72 CPCC), regulándose los honorarios de la letrada apoderada de la parte actora, Dra. M. N. M., en el 27% del importe que le corresponda por su labor en la instancia originaria y los de los Dres. V. A. F. y S. L. F., apoderados de la demandada, en conjunto, en el 27% del importe que les corresponda por su labor en primera Instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (conf. arts. 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Séptimo: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /15. SDL. CONSTE.