000458/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de septiembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos Dante Ferrari y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo J. López Mesa y Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"V.O., R. del C. c/ N. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. 458 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 247.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez expresó:----------

------I.- El Señor Juez de primera instancia concluyó en su sentencia que carecía de relevancia para la decisión de la causa el modo en que la trabajadora actora diera los avisos de enfermedad a la empleadora -depositó certificados de médicos y psicológico particulares en la Subsecretaría de Trabajo y cursó telegramas a la empresa, en lugar de hacer visar aquéllos por el servicio médico de la empresa y entregarlos en la oficina de la misma-, pues la dolencia que padecía no era sino una recidiva del mal que la aquejara sólo un año atrás y por el que había agotado el plazo legal de licencia paga, de manera que la nueva manifestación de la afección no era calificable como enfermedad, no asistiéndole entonces a la actora el derecho a percibir salarios en los términos del art. 208 L.C.T. Con tales fundamentos el juzgador rechazó tanto la pretensión de cobro de haberes, cuanto la referida a las indemnizaciones originadas en el despido indirecto producido por la trabajadora invocando como injuria la falta de pago de dichos salarios.- ----------

----Apelado el fallo por la perdidosa, para fundar su recurso ésta expuso, en síntesis, que la empleadora le negó el pago de los salarios de enfermedad arguyendo siempre que no había notificado en tiempo y forma el motivo de las ausencias -cuando la empresa tuvo conocimiento oportuno de su estado de salud y pudo ejercer su facultad de control, de lo que se abstuvo-; por el contrario, en la correspondencia que le cursara a la dependiente nunca expresó nada acerca de que la dolencia constituyera una recidiva. Sostuvo que esta última "es un estado en que el trabajador debe ser colocado" notificándolo fehacientemente, haciéndole saber el motivo por el cual le son negados los salarios de enfermedad, no permitiéndose variar el argumento jurídico de la negativa con posterioridad al distracto. Manifestó a continuación la apelante que, como consecuencia directa de lo anterior, la negativa al pago de dicho haberes constituyó una injuria suficiente para justificar el autodespido, que corresponde sea indemnizado.- ----------

----II.- Concuerdo con el Señor Magistrado "a quo" en que no son circunstancias dirimentes para la decisión del litigio ni el medio utilizado por la trabajadora para dar a la empleadora los avisos de enfermedad, ni las oportunidades en que lo hiciera, ni el que la empleadora conociera el motivo de las ausencias. Así la empleada hubiera ceñido estrictamente su conducta a lo normado en los arts. 209 L.C.T. y 36 del C.C.T. 123/90, igualmente carecería del derecho a percibir los salarios de enfermedad, en tanto la dolencia que padecía era una recidiva de la afección crónica que la aquejara apenas un año antes -lo demostró acabadamente el dictamen médico psiquiátrico

de fs. 199/201-, con lo cual era imposible considerarla enfermedad por expresa disposición del art. 208 parte 3era. L.C.T.- ----------

----No es exacto que esa razón jurídica fundante de la negativa de salarios sea un estado en que el trabajador deba ser constituido mediante notificación fehaciente del patrono, ni que la causa de la denegación resulte invariable. La reaparición de una enfermedad tras un período de buena salud es un fenómeno patológico y no un estado jurídico en que haya de ser constituido el dependiente a través de una notificación de su empleador; si el resurgimiento del morbo acaece dentro del plazo previsto al efecto, el mal no es considerado legalmente enfermedad y el derecho a recibir salarios aun sin prestación laboral no nace. Es que sólo cuando media coincidencia entre el acontecimiento concreto producido en la realidad de la vida -el “factum” de la doctrina italiana- y el supuesto jurídico o hecho hipotético previsto por la norma para su aplicación -la “fattispecie” de los autores peninsulares, el “tatbestand” de los germanos- debe producirse fatalmente el efecto de derecho (confr.: Messineo, “Manual de derecho civil y comercial”, trad. de Sentís Melendo, EJEA 1971, II-321/322; Brebbia, “Hechos y actos jurídicos”, Astrea 1979, págs. 12/13, n° 3; Bueres, “El acto ilícito”, Hammurabi 1986, págs. 26/28; esta alzada, c. 17.369 S.D.C. 26/03, c. 22.335 S.D.L. 67/07). De no darse tal concomitancia el juez ha de desestimar la pretensión deducida (art. 163 inc. 5º regla 1era. e inc. 6º C.P.C.C.; Carnelutti, “La prueba civil”, trad. de Alcalá Zamora y Castillo, 2da. ed., Depalma, Bs. As. 1982, págs. 3/4; este tribunal, c. 19.700 S.D.L. 55/04, c. 21.369 S.D.L. 28/06, c. 22.140 S.D.L. 39/07, c. 22.802 S.D.L. 50/08).----------

----El carácter de recidiva del cuadro de la paciente fue temporáneamente introducido al proceso por la empleadora al contestar la demanda (arts. 356 regla 1era. C.P.C.C. y 49 de la ley 69, texto de la ley 5.677) y debía el juez decidir sobre esa defensa. Contra lo afirmado por la recurrente, la misma no era inaudible por no haber sido invocada en las comunicaciones postales previas a la instancia judicial. Ninguna norma jurídica impone en este supuesto la invariabilidad de la causal originalmente alegada y, sabido es, nadie será privado de lo que la ley no prohíbe (art. 19 Const. Nac.). Nuestro orden constitucional se afirma en la base de la libertad jurídica, que demarca como zona permitida (libre) todo el área de conductas no prohibidas (confr.: Bidart Campos, “Manual de la Constitución reformada”, EDIAR 1998, I-520, “d”). Por el principio de legalidad sólo ante una prohibición normativamente consagrada no es permisible una conducta humana; de allí que cuando el legislador ha querido impedir una conducta la ha vedado expresamente, v. gr. la variación de la causa del despido proscripta en el art. 243 L.C.T., temperamento que no adoptó en este otro supuesto.----------

----Exigir una notificación fehaciente al trabajador de que se le niegan salarios de enfermedad por considerar su dolencia una recidiva e imponer una invariabilidad de la causa alegada importaría una demasía en la interpretación del art. 208 L.C.T., con olvido de que constituye fundamental regla hermenéutica que allí donde el texto de la ley es claro y expreso no cabe prescindir de sus términos, correspondiendo aplicarla estrictamente y en el sentido que resulta de su propio contenido, sin extender el mismo añadiendo requisitos que la letra legal no establece (confr.: S.C.B.A. , Ac. y Sent. 1970-I-391, 1970-II-135; D.J.J.B.A. 114-99 nº 154, 125-10; JUBA, base

SCSBLP, sums. nros. 5.729, 14.017; esta alzada, c. 11.827 S.D.L. 16/96, c. 11.983 S.D.C. 34/96, c. 13.306 S.D.C. 36/98, entre otras).- ----------

----III.- Carente la empleada de derecho a percibir los salarios de marras, mal podía la falta de pago de ellos configurar una injuria que justificara su despido indirecto, que no cabe entonces indemnizar en el caso (arts. 242, 246 L.C.T.).- ----------

----IV.- Tales son las razones por las que propongo confirmar la sentencia apelada en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente vencida en ella (art. 59 de la ley 69) y regulando los honorarios del Dr. J. J. C., por sus tareas de alzada y atendiendo a la extensión, calidad y resultado de ellas, en la suma de $ 4.500 (arts. 6, 7, 9, 14, 19 del dec.-ley 2.200).- ----------

----Consecuentemente me expido en esta cuestión por la AFIRMATIVA.- ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó:---------- ----------

----Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Velázquez. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes involucrados en la cuestión traída a revisión de esta Sala.- ----

--- Ingresando al tratamiento de tales cuestiones, anticipo que no encuentro ni de la lectura completa de la causa ni en el memorial fundante del recurso, error en el razonamiento seguido por el a quo sobre que respecto del fallo de grado no resultaban circunstancias dirimentes ni el medio utilizado por la trabajadora para dar a la empleadora los avisos de enfermedad, ni las oportunidades en que lo hiciera, ni que la empleadora conociera el motivo de las ausencias. Se trata de aspectos neutros para la toma de la decisión de mérito de la causa y ha hecho bien el juez de grado en así considerarlo, mal que le pese a la apelante. ----------

--- Incluso si la operaria encuadrara con su conducta en lo dispuesto por los arts. 209 de la Ley 20744 y 36 del Convenio Colectivo 123/90, tampoco tendría derecho a percibir los salarios de enfermedad. Ello, ya que la enfermedad denunciada no era otra cosa que una recidiva de la dolencia crónica que manifestara un año antes, lo que documenta el informe médico psiquiátrico glosado a fs. 199/201. En tal situación, no era legalmente factible considerar a esta nueva dolencia como una enfermedad autónoma, ya que a ello se oponía lo dispuesto por el art. 208 3ª parte de la Ley 20744.----------

--- Tampoco resulta certera la alegación de que la razón fundante de la negativa al pago de salarios se encuentre en un estado de mora del trabajador, que deba ser alcanzado por constitución mediante comunicación fehaciente del empleador. Ni es acogible el argumento de que la causa de la denegación del salario deba resultar invariable. Ninguna norma jurídica obligaba al demandado de autos ni a constituir en mora al empleado ni a aplicar el art. 243 LCT a este caso, radicalmente diverso del factum que dicha norma contempla. ----------

--- El principio de legalidad, constitucionalmente receptado (art. 19 Const. Nac.) se opone a tal pretensión. Por aplicación de tal principio, en un par de votos de mi autoría dejé sentado con toda

claridad que no pueden los jueces crear supuestos de solidaridad, puesto que ello sería ir más allá de lo previsto por el legislador en violación del principio establecido por el art. 19 de la Const. Nacional: nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, parámetro cuya violación engendraría una sentencia obviamente inconstitucional, en lugar de una solución justa (cfr. Esta Sala, mi voto, en sentencia del 30/7/08, in re “P., C. A. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Daños y Perjuicios” (Expte. Nº 22.675 - año: 2008); en idéntico sentido, mi voto de la causa “B., F. c/ K. A. N. y otro s/ cobro de pesos - laboral” (Expte. 305 - Año 2008). Y similar principio de que el juez no puede “crear” obligaciones que no surgen de la ley lo vertí también en mi voto en sentencia de la causa “R., J. C. c/ Z. S.A.C.I. y F. s/ cobro de pesos – laboral” (Expte.nº 356 - año: 2009) . ----------

--- Pero donde más desarrollé el principio fue en mi voto de la causa “B., M. P. c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Ordinario” (Expte. Nº 22.813 - año: 2008), donde sostuve que no debe olvidarse que la obligación solutoria o de pago es una obligación de segundo orden que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente a cargo de un sujeto que luego, es responsabilizado por ello. De esta primera afirmación cabe inferir que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse ningún supuesto de obligación de pago a cargo de un demandado.----------

--- Agregué en mi voto que a un sujeto, a quien no puede reprochársele el incumplimiento de ninguna obligación contractual o deber jurídico preexistente que se hallaba a su cargo, no puede imputársele responsabilidad alguna por una deuda, precisamente, porque la responsabilidad por ellas no surge de la nada, ni cae del cielo, sino que es fruto necesario de un proceso de imputación, que requiere que se cumplan determinados presupuestos (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de la responsabilidad médica”, coedición Editorial Legis de Colombia y Ubijus de México, Bogotá-México, 2007, en coautoría con Philippe le Tourneau, Domingo Bello Janeiro, J. D. Cesano y Jorge Santos Ballesteros, p. 38). ---------- -------

--- Dije luego que uno de estos presupuestos –inexcusable desde todo punto de vista, incluso desde el hontanar constitucional argentino- es el requisito de la legalidad (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado”, en “Suplemento especial de Responsabilidad Civil”, año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106). De tal modo, para que quede comprometida la obligación de pago de un sujeto, se requiere que éste haya violado previamente un deber jurídico que se hallaba a su cargo o contrariado una obligación contractual que contrajera, sea por acción u omisión imputable a él.---------- ----------

--- Indiqué después que debía recordarse un dato obvio: a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. De tal suerte, sin mandato legal incumplido no existe obligación de pago, pues la supuesta obligación carecería de causa. De tal modo indicar qué norma jurídica impone el pago a que se condenara al accionado era requisito de validez de la sentencia de grado. No constando tales normas, ni existiendo ellas en este caso, la sentencia deviene arbitraria por crear ex nihilo un deber jurídico u obligación a cargo de la demandada de autos, que no se corresponde con la

legislación vigente (cfr. mi voto de la causa “B., M. P. c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Ordinario” (Expte. Nº 22.813 - año: 2008) y LÓPEZ MESA, Marcelo J. – PASARIN, Carolina A., “El territorio de la antijuridicidad en la “Provincia de la responsabilidad civil”.(Profundizando algunas ideas sobre la antijuridicidad como presupuesto (inexcusable) de la responsabilidad civil), publicado en la página web de la Academia Nacional de Derecho, sita en http: //www.acaderc.org.ar/doctrina/derecho-civil) ---------- Señalé después en mi voto que las consecuencias de no advertir las implicancias que el art. 19 de la Constitución tiene en este caso son graves, porque permitiendo que los jueces “creen” deberes jurídicos se hace tabla rasa con los derechos constitucionales de los condenados a efectuar pagos o resarcir daños en supuestos no previstos legalmente, a quienes se les inventan o conjeturan deberes jurídicos, al correr de la sola voluntad del juez (cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en el derecho argentino y comparado”, en “Suplemento especial de Responsabilidad Civil”, año I, Nro. 2, La Ley Paraguaya S.A., Junio de 2008, p. 106).----------

---

--- Y que parece extraño pero nadie se ha puesto a pensar que una sentencia que impone a una persona una obligación no surgida de la ley no se sustenta constitucionalmente, no difiriendo en nada de un mero despojo. Ello ha llevado a un insigne jurista argentino, el maestro Héctor Alegría a decir que “los únicos que no tienen derechos constitucionales en Argentina son los demandados” y, al menos en algunas sentencias, esa frase se hace cierta. Parece que no se ha reflexionado detenidamente sobre que los jueces no pueden crear deberes jurídicos no surgidos de la ley. Pero la verdad se impone por sí sola, andando el tiempo; y así es innegable que: a) una sentencia que imponga obligaciones no surgidas de la ley es nula e inconstitucional; b) sólo el legislador puede crear deberes jurídicos; y c) el juez a lo sumo puede extraerlos al interpretar normas legales, pero no puede ni extender éstas por interpretación analógica ni conjeturar deberes que no surjan en forma clara de la normativa, porque ello implicaría avanzar sobre los derechos constitucionales del demandado (cfr. mi voto de la causa “B., M. P. c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Ordinario” (Expte. Nº 22.813 - año: 2008). ----------

--- Dije después que podría ser muy peligroso permitir que los jueces conjeturen o creen deberes jurídicos: el precio de tal ocurrencia puede ser una condena a resarcir sin norma que lo disponga, a través de una creación ex nihilo de una obligación conjeturada o supuesta. Este proceder resulta irregular pues, además del art. 19 de la Constitución Nacional existe una norma vigente en el Código Civil que también marca la incorrección de la sentencia de grado; ella es el art. 499 C.C., que establece que “No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícitos o ilícitos, de las relaciones de familia, o de las relaciones civiles” demandado (cfr. mi voto de la causa “B., M. P. c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Ordinario” (Expte. Nº 22.813 - año: 2008). ---------- ----------

--- Dejé sentado seguidamente que en mi “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, se leen dos fallos, perfectamente aplicables a este caso: 1) “La obligación que pretende hacerse recaer en un sujeto, requiere como elemento esencial la existencia de una causa o fuente, esto es, el hecho o relación jurídica que la ha originado pues, como enseña Llambías,

"no es posible pensar en una obligación que exista porque sí y sin dependencia de un hecho antecedente que la haya producido".Tampoco en el mundo deÍ derecho hay generación espontánea de modo que si algo existe, esto postula la necesidad de otro algo que dé razón a la existencia del primero (Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 3ª, 14/5/1995, "Cremaschi, Ida A. v. Garaventa, Silvia", LLBA 1995-720; en similar sentido, C. Nac. Com., sala A, 12/4/1985, "Jinkus, Juan S. v. Dalla Vía, Dante M.", JA 985-111-335).---------- ----------

----2) La ley es causa de todas las obligaciones, pues si los contratos, delitos y cuasidelitos producen obligaciones, es porque a priori la ley natural ordena que cada uno cumpla lo que promete y repare el daño que ha causado por su falta (C.Nac. Civ., sala B, 29/6/1984, "Orlando, Roberto C. v. Carneva1ed e Ramírez, Elia", ED 117-654 (599-SJ), ambos en LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Código Civil y leyes complementarias. Anotados con jurisprudencia”, Edit. Lexis Nexis SA, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 561, Nros. 3 y 4).---------- ----------

--- De tales precedentes, extraje como lógica consecuencia que no existen fuentes obligacionales contrarias a la ley, pues en el terreno de la contradicción a la ley no existen manantiales de los que emanen derechos puros y respetables. Y, por otra parte, es claro que los jueces no pueden crear obligaciones de la nada. Como dice el viejo principio filosófico, “ex nihilo, nihil” (“de la nada, nada adviene” o “la nada no puede engendrar efectos jurídicos”. (cfr. mi voto de la causa “B., M. P. c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW s/ Ordinario” (Expte. Nº 22.813 - año: 2008).----

---

--- Y redondeé mi razonamiento concluyendo que sentado que los jueces no pueden crear obligaciones que la ley, un contrato u otra fuente regular no establezcan, el problema que plantean los conceptos que venimos desarrollando y las normas citadas, es que en autos no existía causa fuente para reconocer la obligación que la sentencia de grado puso a cargo de la demandada. Y digo que no existía causa, porque no existe una sola norma que establezca esta obligación ni contratación alguna que la consigne (cfr. mi voto de la causa “B., M. P. c/ MUNICIPALIDAD DE TRELEW, s/ Ordinario” (Expte. Nº 22.813 - año: 2008).-------- ----------

--- Siendo esa la doctrina legal vigente en la materia, al tener menos de tres años de antigüedad el precedente (cfr. art. 288 inc. a) CPCyC), de ella surge linealmente la suerte adversa del recurso de apelación que analizo, pues en este caso tampoco existen normas que obligaran al demandado a hacer algo diferente de lo que hizo ni que lo responsabilicen como deudor por su actuar en los hechos que dieran nacimiento a este caso. ----------

--- La pretensión revisora de la apelante carece de toda fuente legislada, con lo que solamente conjeturas la sostienen, lo que no puede dar nacimiento a una obligación solutoria regular en este caso, contrariamente a sus alegaciones.----------

--- Es que, la repotenciación de una patología ya sufrida, luego de un tiempo de salud recuperada, -como bien lo señala el Dr. Velázquez- no constituye un estado jurídico que deba ser motivo de constitución por comunicación fehaciente, sino que es un estado patológico del sujeto que el derecho meramente regula en sus efectos. De tal suerte, si la patología resurge, dentro del plazo que el ordenamiento contempla, dicha dolencia no puede ser tenida legalmente como una

enfermedad nueva sino como una repotenciación o resurgimiento de una ya padecida y, entonces, no se genera el derecho del operario a percibir sus emolumentos, sin prestar su débito laboral. ---

--- El art. 208 LCT en su parte aplicable a este caso dispone que *"… La recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años…."* ----------

--- Dicha norma debe interpretarse en el sentido de que si bien el art. 208 de la L.C.T. no establece desde cuando se computan los dos años (si desde que finalizó el amparo económico o desde su primera manifestación) para que la recidiva de enfermedades crónicas sea considerada una nueva enfermedad, impone un límite que la diferencia de la ley 11729 en la que los períodos se sumaban indefinidamente, por lo que resulta lógico interpretar que dicho plazo se cuenta desde que finaliza el amparo económico, máxime teniendo en cuenta que su ubicación dentro del texto del artículo, a continuación de los períodos legales, corrobora esta interpretación (C. Nac. Trab., sala 4ª, 29/7/88, "VILLALBA, FRANCISCA v. SOC. ESPAÑOLA DE BENEFICENCIA", en AbeledoPerrot online).- ----------

--- Como en el caso que nos ocupa la dolencia repotenciada se manifestó dentro del plazo de dos años de finalizado el amparo económico de la enfermedad original y, conforme el perito médico, no puede considerarse una nueva patología sino una recidiva de la anterior, fuerza es concluir aqui que la actora no se encuentra amparada por el régimen de la LCT en cuanto a esta recidiva, al ser de aplicación al caso el segmento de la norma transcripto. ----------

--- Y, en cuanto al aspecto procesal, es dable destacar que el carácter de recidiva de la dolencia acusada por la operaria fue idónea y oportunamente ingresado a esta causa por la accionada, quien al responder el reclamo que en su contra se dirigía levantó esa defensa, con los alcances previstos en los arts. 356 C.P .C.y C. primera parte y 49, Ley 69). No existe norma alguna que le exigiera a la demandada levantar antes de contestar la demanda esa defensa, motivo por el cual yerra la apelante al afirmar lo contrario. La alegada inatendibilidad de tal defensa por no haber sido ella invocada en las comunicaciones fehacientes previas a la instancia judicial, no es más que un recurso dialéctico de la apelante, que pretende revertir sobre su contraria una situación desfavorable para ella, sobre la base de inventar o conjeturar un deber jurídico a su cargo, que el derecho vigente no establece. ----------

--- No existe en el ordenamiento argentino vigente una norma jurídica que imponga en el supuesto de autos la obligación de expresar tal defensa a la empleadora en sus comunicaciones postales, so pena de no poder luego invocarla. Es más, esta supuesta obligación o deber jurídico contraría todos los principios del ordenamiento; en especial, contraría el principio de que los supuestos de caducidad no pueden surgir de conjeturas ni interpretaciones antojadizas o "creativas" sino que ellos deben emanar de la ley misma o de la voluntad de las partes plasmada en un contrato.----------

--- Si se admitiera el particular criterio de la apelante sobre la "invariabilidad" con que pretende cargar a su contraria, esta exigencia creada al socaire del afán de la actora por obtener una acreencia que cree justa, pero que no se encuadra en los textos legales, estaría funcionando como un supuesto de caducidad implícito, conjeturado a partir de normas abiertas –excesivamente

abiertas- y sin textos valederos que la cobijen. Y no hallo en este caso norma ni fundamento que diera nacimiento a una presunta obligación de la demandada de hablar jurídicamente o “callar para siempre”. Ello resulta inadmisible aqui. ----------

--- He desarrollado supra mi criterio sobre la cuestión que aquí nos convoca, el que está claramente plasmado en mi voto del fallo “B. c/ Municipalidad de Trelew”, ya muy citado. Y no me caben dudas de que el principio de legalidad que consagra el art. 19 de la Constitución Nacional exige que una consecuencia indemnizatoria como la que pretende colocar la actora sobre los hombros de su contraria, exige una norma de la que expresamente –o implícitamente, pero de modo indudable y no conjetural- emane dicha solución. La pretensión de extender a este caso la manda del art. 243 L.C.T., implica más que una interpretación libre de ese texto, una creación ex nihilo de una obligación que no surge de ese texto más que conjeturalmente y en violación de toda regla hermenéutica admisible.- ----------

--- El propio texto del art. 243 LCT es claro de a qué supuestos se aplica: *“El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas”*. ----------

---- Lo que el legislador ha vedado en esta norma es el cambio de la causal invocada para justificar el despido, sea directo o indirecto. Es una carga u obligación que pesa sobre quien comunica el despido a su contraparte. Y, hasta donde surge de autos, la parte que comunicó el despido a su contrario es la actora, con lo que a ella sería aplicable esta exigencia y no a su contradictora. Además, de la interpretación correcta de la norma no surge ni remotamente que la demandada de autos debiera levantar ante la comunicación fehaciente de su contraria –en sede extrajudicial- una defensa determinada, bajo pena de no poder usarla luego en el proceso. Ningún texto normativo, ni ninguna interpretación correcta y razonable de la LCT puede convalidar en este caso un criterio tal. ----------

--- Y, además de que el art. 243 LCT es enteramente inaplicable al caso, no puede soslayarse que de la interpretación armónica, correcta, aceptable, del art. 208 LCT nunca puede hacer emanar el particular criterio de la apelante sobre que la demandada de autos cargaba con la exigencia de una notificación fehaciente al trabajador de que se le negaban los salarios de enfermedad por considerar su dolencia una recidiva, lo que implica una exigencia no surgida de fuente legal, que no justificaría ya no una demasía en la interpretación del art. 208 L.C.T., sino directamente la creación de una norma a medida y con olvido de los textos legales de base, que resultan aplicables al caso.----------

--- Creo que en este caso, merece recordarse un elenco de reglas de la correcta interpretación normativa que he sistematizado de la doctrina de prestigiosos autores nacionales y extranjeros y de multitud de sentencias de la Corte Suprema y Tribunales Superiores nacionales en materia de hermenéutica. Las principales de ellas son: ----------

--- Creo que en este caso, merece recordarse un elenco de reglas de la correcta interpretación normativa que he sistematizado de la doctrina de prestigiosos autores nacionales y extranjeros y de multitud de sentencias de la Corte Suprema y Tribunales Superiores nacionales en materia de hermenéutica. Las principales de ellas son:---------- 1. “El juez no puede tener ante la norma la actitud del orientalista que descifra un pergamino” (GALINDO GARFIAS, Ignacio, “Derecho Civil”, Primer Curso, Edit. Porrúa, México, 1973, pags. 76 y 77), contentándose con saber apenas qué pensaba el autor de la norma acerca de la cuestión resuelta, ni rindiendo un ciego acatamiento a sus dictados, cualesquiera sean éstos.----------

--- 2. El juez no es un historiador, por lo que no puede quedarse en el pasado, contemplando una norma como un objeto prehistórico. "Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, porque por naturaleza tienen una visión de futuro, y están predestinadas a recoger y regir hechos posteriores a su sanción; las leyes disponen para lo futuro, dice el art. 3° del Cód. Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación” (CSJN, Fallos 241: 291 -el célebre caso “Kot”-).----------

--- 3. Sin embargo, el juez tampoco es un futurólogo que pueda extraer de las normas meras conjeturas; son meras conjeturas las conclusiones que no surgen razonablemente de los textos interpretados (Cám. Apels. Trelew, Sala A, mi voto en sentencia del 2/10/08, in re “D. M. H. c/ T. S.R.L. s/ dif. de hab. e indem. de ley” (Expte. N° 22.899 - Año 2008).----------

--- 4. El ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces debe cumplirse sin arbitrariedad y no llega hasta la facultad de instituír la ley misma (CSJN, Fallos 234:82). En similar sentido, la SCBA ha dicho reiteradamente que “al intérprete de la ley no puede acordársele el poder de variar el contenido mismo del texto legal interpretado, al grado de prescindir de él (SCBA, 25/6/1957, “Alvarez de Tello, Josefa Elisa, Sucesión”, en "Acuerdos y Sentencias", 1957-III-291/295, voto del doctor Arturo Acuña Anzorena, p. 43); ídem, 4/7/89, “Martijena de Zubiani, Nora c/ Dirección de Energía de la Provincia de Bs.As. s/ Servidumbre de electroducto”, LL 1989-E, 130, ED 136-285 y AyS 1989-II-613, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín; ídem, 13/12/94, “Constructora Lihué S.A.C.C.I.F. c/ Vega, Elías Pedro, su sucesión y otros s/ Cobro ejecutivo”, JA 1995-IV- 417 y AyS 1994-IV-426, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín). ---------- 5. “Quien dice codificación, dice la adopción del principio fundamental de que hacer la ley corresponde exclusivamente al legislador” (Roguin, Ernest, “Observations sur la codification des lois civiles”, en “Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne”, 1896, pag. 75 y ss.).---------- 6. Sin perjuicio de lo anterior, el juez tiene la obligación de completar el mandato normativo, aclarar las oscuridades del mismo y llenar los vacíos de normatividad expresa a través del empleo de las normas abiertas, sin violencia y con razonabilidad, de modo de brindar una solución jurídica y aceptable a los casos no previstos.---------- 7. "Cuando los términos de la ley son claros no

corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos, so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación" (CSJN, Fallos 213:405). En la interpretación de la ley el intérprete no debe apegarse exclusivamente a los textos, pero tampoco puede prescindir abiertamente de ellos.---------- 8. "Cuando la ley hace una distinción, en términos que no dejan lugar a dudas, a ella hay que atenerse, se la considere o no bien motivada" (CSJN, 7/5/948, “Frigorífico Armour de La Plata SA c / Gobierno Nacional”, Fallos 210: 989 y L.L. t. 51, p. 676). Por el contrario, cuando la ley no distingue, el intérprete no debe introducir distinciones que la normativa no contempla (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 23/6/09, in re "FACA S.R.L. C/ OMAR EDGARDO ALE Y OTRO - EJECUTIVO - RECURSO DIRECTO (Expte. F-05-04)",. Voto del Dr. Domingo Juan Sesín, en http://www.justiciacordoba.gov.ar/site/Asp/TextoFallo.asp?ID=3087).---------- 9. Las restricciones a los derechos, así como los supuestos de caducidad de éstos no pueden surgir de simples conjeturas, sino que deben emanar de la ley o de los acuerdos lícitos celebrados por las partes (arts. 19 C.N. y 499 Cód. Civil).---------- 10. No cabe presumir la equivocación, el desacierto o la falta de presuposición del legislador, ni interpretar los textos legales poniendo en pugna sus disposiciones."La inconsecuencia o falta de previsión jamás se supone en el legislador y por ésto se reconoce como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (CSJN, 19/9/1864, in re "Calvete, Benjamín”, Fallos 1:300; idem, Fallos 278:62).---------- 11. En la interpretación de la ley, debe darse primacía no a la intención del legislador, sino a la intención de la ley. Como enseñó el Prof. Boffi Boggero, “Muchas veces las soluciones de un Código se extraen mediante planteamientos novedosos que surgen de doctrinas que les han sido ajenas. Los códigos tienen una vida propia que se desprende en alguna medida del "pensamiento" y "voluntad" de sus "autores" (Luis María Boffi Boggero, su discurso en "Homenaje a la memoria del Prof. Alfredo Colmo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962, pag. 16). ---------- 12. El maestro BURDESE pensaba que “la intención del legislador no es una valoración o complejo de voliciones históricamente determinadas ni captables a través de una actividad meramente cognitiva; se trata de una voluntad que se incorpora a la ley, asumiendo un significado autónomo” (BURDESE, Alberto. “Manuale di Diritto Privato Italiano”, Unione Tipográfica- Editrice Torinese, Torino, 1974, págs. 18/19). Con diferencia de matices pero alcance similar, se ha dicho que “es equivocado tratar de encontrar en la ley una voluntad, pues en la ley existe en realidad un criterio de valuación de intereses, y entender la norma significa aprehender ese criterio reviviendo el objeto de aquella, de tal manera que se puede comprobar si determinado hecho queda comprendido o no en su ámbito... Además ese criterio no debe apreciarse en sentido estático que indique el momento en que la valoración se llevó a cabo, sino considerando la que está inmanente en el ordenamiento jurídico, y que por lo tanto evoluciona con la modificación de algunas normas o de la propia estructura del Estado...” (CARREJO, Simón, “Derecho Civil”, Edit. Temis, Bogotá, 1972, T. I, pág. 81). --- 13. La

búsqueda de la intención objetiva de la ley en reemplazo de la intención subjetiva del legislador implica que esta pauta no es estática, sino mudable y que evoluciona conforme vayan evolucionando las necesidades, tendencias y valoraciones sociales de cada época. SALEILLES dijo una vez que la interpretación evolutiva implica ir más allá del Cód. Civil, pero por el Código Civil (cfr. mi voto en sentencia de esta Sala del 20/11/08 in re "C., M. A. c/ Congeladores Patagónicos S.A. s/ Cobro de Pesos - Laboral" (Expte. 125 - Año 2008). Y Radbruch apuntó agudamente que "La ley debe ser más inteligente que el legislador".---------- 14. “La ley es pensamiento y voluntad del presente y no del pasado y ha de adaptarse a las relaciones nuevas o transformadas, hasta que en su virtud intrínseca de expansión no halle obstáculo en una voluntad manifiesta y contraria del precepto legislativo. Si este obstáculo no existe, se facilita -por el contrario- el triunfo de una idea de justicia que constituye en la actualidad la "aspiración de la conciencia jurídica común" no hay porqué mantener un criterio que, lejos de propender a ese fin, disminuye sin causa alguna la función reguladora del derecho” (SCBA, Ac. 34196, 1/2/85, autos “Di Pietro, Vicente Juan c/ Monte Paco S.A. (quiebra) s/ Escrituración”, E.D. 114- 367, J.A. 1985-IV, 173 y L.L. 1985-D- 402; en identico sentido, excepto que cambia el vocablo obstáculo por la palabra “óbice”, SCBA, 13/11/85, causa “Martinez, Agustín c/ Manfredoti, Tomás s/ Accidente de trabajo”, A. y S. 1985-II, pág. 369).---------- 15. Claro que como, Renard dijo, en criterio que la SCBA receptó, “la materia de la ley no es un caucho tan elástico, y la técnica puramente interpretativa no es de una flexibilidad tal, que a fuerza de tirar sobre el texto, se llegue siempre a solucionar el caso. El rendimiento de la ley no es ilimitado” (SCBA, 25/6/1957, “Alvarez de Tello, Josefa Elisa, Sucesión”, en "Acuerdos y Sentencias", 1957-III-291/295, voto del doctor Arturo Acuña Anzorena; ídem, 4/7/89, “Martijena de Zubiani, Nora c/ Dirección de Energía de la Provincia de Bs.As. s/ Servidumbre de electroducto”, LL 1989-E, 130, ED 136-285 y AyS 1989-II-613, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín; ídem, 13/12/94, “Constructora Lihué S.A.C.C.I.F. c/ Vega, Elías Pedro, su sucesión y otros s/ Cobro ejecutivo”, JA 1995-IV- 417 y AyS 1994-IV-426, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín).---------- 16. En la interpretación de la ley no cabe atenerse a una consideración meramente teórica de las fórmulas e intenciones legislativas, sino que además debe analizarse los resultados que el criterio sustentado por el intérprete provocan en el caso concreto. “Los jueces tienen el deber de ponderar las consecuencias sociales de su decisión” (HOLMES, Oliver Wendell, “The path of the law”, en “Harvard Law Review”, vol. 10, pp. 457 y ss; CSJN, “Saguir y Dib”, Fallos 302: 1284, con cita de Fallos 234: 482).---------- 17. Por ello, una de las pautas más sensatas para comprobar el acierto del criterio extraído de la norma es si el mismo conduce a una solución razonable en el caso, puesto que la aplicación de una norma nunca puede hacerse de un modo no razonable que conduzca a resultados injustos. La verificación de los resultados a que conduce la exégesis de una norma y las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley, son presupuestos para llegar a su correcto entendimiento (CSJN, “Pagano, Héctor Daniel c/ Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 305: 1254).---------- --De la aplicación de tales pautas hermenéuticas a este caso, surge claro que la propuesta

interpretativa del art. 208 LCT que hace la apelante implica la prescindencia lisa y llana del texto legal o la conjetura a partir de su texto, de un alcance objetivamente inaceptable para éste. Además, las consecuencias a que conduciría tal hermenéutica serían hacer tabla rasa con la intención legislativa y contradecir abiertamente el sabio consejo de Renard de no tironear excesivamente sobre el texto legal interpretado, al punto de desnaturalizarlo. ----------

--- Creo que los fundamentos anteriormente expuestos muestran a las claras que la actora de autos, empleada que sufriera una recidiva de una dolencia anterior por la que recibiera salarios de enfermedad, carecía en este caso, a la luz del art. 208 LCT y dado el período en que se manifestó la recidiva, del derecho a percibir nuevamente dichos salarios, por lo que en modo alguno la falta de pago de ellos pudo configurar una injuria que justificara el despido indirecto que ella alegara, con lo que la pretensión suya de obtener un resarcimiento por la ruptura del vínculo en este caso deviene inacogible y así debe declararse (arts. 242, 246, Ley 20744).- ----------

--- Por estos fundamentos adhiero a la propuesta del votante precedente, de confirmar la sentencia apelada en cuanto fuera materia de recurso y agravios, imponiendo las costas de alzada a la apelante aquí vencida (art. 59, Ley 69), así como la de regular los honorarios de alzada correspondientes al Dr. J. J. C., en vista de alcance, mérito, calidad y resultado de ellas, en la suma de $ 4.500 (arts. 6, 7, 9, 14, 19 y cctes., Ley 2.200).- ----------

--- Lo anteriormente expuesto me lleva a pronunciarme en esta cuestión por la AFIRMATIVA. --

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----Visto el acuerdo al que arribáramos, corresponde confirmar la sentencia en todo lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia a la recurrente y regulando los honorarios del Dr. J. J. C., por sus tareas de alzada, en la suma de $ 4.500.- ----------

----ASÍ LO VOTO.- ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó:---------- ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Velázquez en su voto a esta cuestión.---------- Tal mi voto.--

---

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haberse logrado la mayoría (art. 9 de la ley 1130, Textos ley 4550).----------

---

---- -----Trelew, de septiembre de 2.009.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

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

--- CONFIRMAR la sentencia en todo lo que fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER las costas de segunda instancia a la recurrente. ----------

----RGULAR los honorarios del Dr. J. J. C., por sus tareas de alzada, en la suma de $ 4.500.- -----

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

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDL.- Conste.- ----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA