



**CONFLICTO LABORAL: SENTENCIA A FAVOR DE LA
EMPLEADA EN FUNCIÓN AL DESPIDO DURANTE UNA
LICENCIA POR AFECTACIÓN AL EMBARAZO**

Legajo: BAVG72331

32020362

2022

C.O.K.E. C/ L. D. P. SA S/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL
SENTENCIA 1 DE JUNIO DE 2020. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. MENDOZA, MENDOZA
- SALA 02.

SUMARIO:

- I- INTRODUCCIÓN**
- II- PRESENTACIÓN DE RECURSO EXTRAORDINARIO POR PROCESO INDEBIDO: LA HISTORIA PROCESAL Y SUS PREMISAS FÁCTICAS**
- III- LA RATIO DECIDENDI: SENTENCIA IN DUBIO PRO OPERARIO**
- IV- LA DESCRIPCIÓN DEL ANÁLISIS CONCEPTUAL, ANTECEDENTES, DOCTRINAS Y JURISPRUDENCIA**
 - IV. I. LA DUDA SOBRE LA PRUEBA**
 - IV.II. DECISIÓN A FAVOR DE LA TRABAJADORA EN CONDICIÓN DE EMBARAZO**
 - IV. III. LA IMPORTANCIA DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO LABORARAL**
- V- UNIENDO ARGUMENTOS, ELEMENTOS TRANSVERSALES Y SENTENCIAS**
- VI- CONCLUSIÓN**
- VII- BIBLIOGRAFÍA**
- VIII- ANEXO**

I. INTRODUCCIÓN

El siguiente caso presenta un conflicto a partir del despido de una empleada, que hacía uso de su derecho a licencia por enfermedad. Se trata de una trabajadora, que se encontraba embarazada en aquel momento del despido. La licencia había sido otorgada por el riesgo de aborto espontáneo. La justificación que presentó el empleador para el despido fue que el certificado médico indicaba reposo, pero al ser visitada en dos ocasiones por la empresa, no la encontraron en el domicilio. La Suprema Corte de Justicia revocó la sentencia de grado señalando que, debido a la valoración de las pruebas, ocurrió una vulneración al principio del debido proceso, contemplado en el Art. 18 de la Constitución Nacional, y que, ante la duda, debe estarse a favor de la trabajadora. La trabajadora embarazada argumentó que el despido injustificado da lugar a la indemnización agravada del art. 177, 178 y 182 de la Ley del Contrato de Trabajo. La sentencia resuelta fue expuesta en Mendoza, el 01 de junio de 2020.

Valiéndonos de la lectura de este fallo, se identifica claramente, un problema jurídico que es el *axiológico*. En este sentido, se suscita respecto a una regla de derecho aplicable, pero hay contradicción con algún principio fundamental y superior del sistema, en este caso el principio *In Dubio Pro Operario*.

En cuanto al problema axiológico, el principio General del Derecho de *IN DUBIO PRO OPERARIO* protege a la empleada ante la prueba presentada. Su concepto remite a que, ante la duda sobre el sentido de una norma, se ve favorecido el trabajador. Se trata de un principio protegido por el nuevo y, a la par el originario art. 9 de la Ley de contrato de trabajo, y reza que, en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador.

Sobre el criterio de los principios, el autor Dworkin (2004) afirma que las normas establecen condiciones precisas de aplicación, por lo que se denominan reglas. Pero a su vez, existen otros estándares jurídicos que el juez al momento de justificar sus decisiones, puede utilizar. Estos son los llamados principios jurídicos (Dworkin, R.; 2004).

Del mismo modo, la norma respecto al principio se considera de un modo más abstracto. Parafraseando a Cianciardo (2003), los principios y las reglas presentan sus diferencias necesarias para trazar los límites sobre los papeles que cumplen los derechos fundamentales en el sistema jurídico, porque constituyen un soporte para la resolución de casos en los que entran en juego los derechos fundamentales.

Por otro lado, si tomamos en cuenta la cuestión referida a la maternidad y los derechos de la mujer trabajadora, en el fallo se menciona bajo el fundamento legal a los tratados internacionales incluidos en la Constitución Nacional (art 75 inc. 22 y 23). Finalmente, desde la legislación laboral se tiene en cuenta el art 177 de la Ley 20.744, referido a la maternidad y las licencias de las que puede gozar como derecho. Este recurso resulta trascendental, y transversal para la sentencia decidida.

El problema, en conjunto con el análisis de la sentencia, argumentos y lo que subyace, abren el camino de este estudio de caso.

II. PRESENTACIÓN DE RECURSO EXTRAORDINARIO POR PROCESO INDEBIDO: LA HISTORIA PROCESAL Y SUS PREMISAS FÁCTICAS

El caso se manifiesta en un proceso cuya primera sentencia es dictada por la Cámara Primera del Trabajo, de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, y es apelada con un Recurso Extraordinario Provincial. La demanda interpuesta por K.O.K.E contra la empresa L. d. P S.A. es en base al despido, en la cual se le otorga una suma de dinero, que acepta en parte, sin reconocer parte de la indemnización, ya que, según la actora, se trata de una situación irregular.

Realizando un recuento de los hechos, en la historia procesal, la empresa L.d P S.A. despidió a la empleada por incumplimiento de sus funciones. La trabajadora estaba con licencia por enfermedad por riesgo de pérdida del embarazo. En primera instancia, las partes admitieron la constante presentación de Certificados médicos debido a los riesgos durante el embarazo. Por un lado, el argumento del despido que menciona la parte empleadora fue que realizó dos visitas de control médico a la trabajadora, que fracasaron por no encontrarse en el domicilio. En contraposición, la actora indicó que debía guardar reposo relativo, pero ninguno de los certificados médicos acompañados refirió eso, y sólo se aconsejó reposo por peligro latente de pérdida de embarazo. Esto configura uno de los argumentos de la parte empleadora, quien alega que la conducta asumida por la actora, implica la pérdida de los salarios por enfermedad. De este modo, se constituye uno de los

argumentos de la sentencia del primer fallo. Se incumplen los deberes de diligencia y colaboración encuadrado en el art 242 de la Ley del Contrato de Trabajo.

Ante esto, la actora interpuso demanda por entender que el despido dispuesto por el empleador resultó no causado y dentro del período establecido por el art. 177 de la Ley de Contrato de Trabajo. Por esta razón, solicitó un Recurso extraordinario provincial, en el que reclamó la indemnización agravada prevista por los arts. 178 y 182 del mismo cuerpo legal. Por ende, admitió parcialmente la demanda interpuesta por K.E.C.O. contra la empresa L. d. P S.A. por la suma de pesos \$15.387,14 en concepto aguinaldo proporcional año 2013, vacaciones proporcionales 2013 y multa art. 80 de la ley de contrato de trabajo. Asimismo, rechazó las indemnizaciones por antigüedad, preaviso, integración del mes de despido, sueldo anual complementario (en adelante SAC) sobre preaviso, indemnización agravada art. 182 ley 20.744, SAC sobre vacaciones no gozadas y multa establecida por el art. 2 de la ley 25.323.

Se admite formalmente el recurso, se dispone la suspensión de los procedimientos en la causa principal y, se ordena correr traslado a la contraria quien contesta solicitando su rechazo con expresa imposición de costas. De este modo, se registra el dictamen del Sr. Procurador General del Tribunal, quien aconseja el rechazo del recurso. Por último, se llama al acuerdo para dictar sentencia y se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

III. LA RATIO DICIDENDI: SENTENCIA IN DUBIO PRO OPERARIO

Los argumentos para resolver la segunda instancia se presentaron ante la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, la cual presentó un fallo, en definitiva, donde resuelve hacer lugar al Recurso Extraordinario Provincial interpuesto. Por lo tanto, esto lleva a declarar, para este caso concreto, la inconstitucionalidad de la ley 7.198. En este sentido, condena a la demandada L.d.P. S.A. a pagar a la actora la suma de \$96.291,08, en concepto de saldo insoluto SAC prop/13, Vacaciones prop./13, multa art. 80 de la LCT, indemnización por antigüedad, preaviso, integración mes de despido, indemnización agravada art. 182 de la LCT, multa art. 2 de la ley 25.323. Esta determinación se estipula en el plazo de cinco días de quedar firme la sentencia y con más los intereses legales. Por ende, conforme lo resuelto se asigna costas a cargo de la demandada.

Esta sentencia y decisión estipulada por el fallo de la Corte Suprema de Justicia, da cuenta que antepone los derechos de la empleada dando lugar al recurso extraordinario, entendiendo que no existe prueba suficiente que justifique procesal y materialmente el despido efectuado a la trabajadora con licencia. Y deja entrever que respalda los derechos de la mujer maternal en concordancia con los derechos del trabajador, a favor de la trabajadora y con normativas de Tratados internacionales con jerarquía constitucional. Esto se comprende cuando se presentan argumentos en los que aparece de forma subyacente, la protección de la mujer embarazada. A pesar de esto, se puede afirmar que el argumento principal de la decisión es que la prueba es indeterminada.

En cuanto a las pruebas se desprende del principio regulado en los arts. 55 Código Procesal Laboral y 175 Código Procesal Civil, Comercial y Tributario (en razón de su aplicación supletoria, art. 108 CPL) al determinar que cada parte debe acreditar los hechos que invoca y que no fueran reconocidos por la litigante contraria.

Respecto a la resolución se advirtió que, tal comportamiento de la actora importaba un incumplimiento de los deberes de diligencia y colaboración contemplados en el art. 84 de la ley de contrato de trabajo lo que justificaba el despido del empleador en los términos del art. 242 de la ley de contrato de trabajo. Al respecto, este cuerpo tiene dicho que la proporcionalidad entre la injuria y el despido es una cuestión de hecho y de evaluación probatoria, actividad propia y discrecional de los jueces de mérito. Ellos, a través de las reglas de la sana crítica deciden per se si la causal tiene la gravedad suficiente para motivar un despido con justa causa, quedando fuera del control del tribunal de los recursos extraordinarios. Esta facultad reconoce como excepciones que se produzca una apreciación arbitraria de la prueba sometida a consideración.

Por los argumentos y consideraciones finales, los Dres. José V. Valerio y Omar Alejandro Palermo, se pronunciaron en el fallo a favor de la admisión del recurso extraordinario provincial deducido. Y, atento al resultado, según lo dispuesto por el art. 150 del C.P.C.CyT, corresponde la anulación parcial de la sentencia glosada de los autos N° caratulados “C.O.K.E. c/ L. d. P. SA p/ despido”, originarios de la Excma. Cámara Primera del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial. En ese sentido se falla el litigio en forma definitiva.

IV. I. LA DUDA SOBRE LA PRUEBA

El caso describe un problema jurídico sobre el que se argumenta la decisión de dar lugar al Recurso Extraordinario Provincial.

Desde los magistrados se argumenta que en el plano procesal el tratamiento de la prueba fue erróneo, ya que la actora negó las visitas del control médico, por lo que correspondía al demandado acreditar su concurrencia. La actora negó por carta documento la inexistencia de visitas y luego formuló rechazo (art. 47 Código Procesal Laboral). Además, aquella resolución invirtió la carga de la prueba ya que, frente al despido de una mujer embarazada era el empleador quien debía probar que el despido obedecía a otra causa (art.175 ley 20.744).

El autor Fernández Madrid (2007) argumenta que la prueba debe ser soportada por quien tiene los elementos para producirla. Esto no quita que quien invoque un derecho debe probarlo. A su vez el autor manifiesta que es necesario contemplar la desigualdad de acceso de las partes, siempre teniendo en cuenta que el trabajador se encuentra en un estado desfavorecido. A esta idea la complementa cuando menciona que la prueba de descargo le corresponde al empleador, ya que es él que se encuentra en mejores condiciones para acreditar los hechos.

Por otro lado, si estudiamos el caso contemplando la presentación de la prueba, existe un factor que avala el despido del empleador al empleado, pero con justificativos, lo suficientemente relevantes para sostenerlo. En este sentido Miguel Ackerman y Mario Maza (2017), mencionan que el empleador puede probar la legitimidad del despido acreditando una justa causa. Sin embargo, y siguiendo la línea de interpretación, manifiestan que la CSJN sostiene que el ejercicio de la prudencia, en el caso especial del embarazo, requiere una estricta evaluación de la causal invocada, para extinguir la relación laboral.

Cuando analizamos los argumentos de la sentencia, cabe preguntarnos respecto a la valoración de la prueba y su efecto en el propio caso. Es decir, si se considera la prueba suficiente e indicadora para la resolución y toma de decisión de los jueces. El autor Fernández Madrid (2007) cita la Jurisprudencia de CNTrab., Sala IV, 25/07/72, “Trejo, Sinoma Del Valle, c. Mobilen-Plasol, S.R.L”. En el cual se comenta que, existe una diferencia entre la interpretación de la norma, para valorar su alcance, y la valoración de la prueba para comprobar la Litis.

Continuando con el análisis de jurisprudencia, en el caso de: “Derecho laboral, despido por maternidad, indemnización, prueba. SUMARIO DE FALLO. 1 de febrero de 2021. Id SAIJ: SUE0024339”, se da un despido por maternidad previsto en el art. 178

LCT como consecuencia del efecto de la confesión ficta de la empleadora que se deriva de su incomparecencia a contestar su demanda y lo dispuesto en el art. 71 LO. Resultaría probado de esta manera, que el despido indirecto de la accionante se dio durante el periodo de sospecha y luego de haber comunicado de modo fehaciente su estado de embarazo y la fecha presunta del parto. Dichas circunstancias activan la protección legal de la maternidad al tornar operativa la presunción "iuris tantum" del art. 178 LCT que lleva a suponer que el despido respondió a la circunstancia de la maternidad, salvo que se demuestre de manera fehaciente que la extinción del contrato de trabajo respondió a una causa objetiva distinta. De acuerdo con la presunción del art. 178 LCT el empleador tenía la carga procesal de probar que el despido había respondido a una causa distinta del embarazo. Esta es una de las cuestiones que unen los argumentos para el análisis de la prueba ante el despido y la situación de maternidad.

En el caso jurisprudencial citado, se menciona que si la presunción legal no logra ser refutada mediante prueba válida que demuestre que el despido respondió a una causa no discriminatoria (art. 1 de la ley 23.592), se puede inferir que el despido obedeció al hecho comunicado de la maternidad. Para estos supuestos deben utilizarse las pautas de carga de la prueba de la discriminación laboral, en tanto esta norma es una regulación especial de la más genérica protección del derecho a la no discriminación de la mujer. Probado el despido discriminatorio en razón del estado de embarazo, procede la indemnización agravada del art. 182 LCT.

Si consideramos la jurisprudencia relativa a las resoluciones históricas de despido por maternidad, ha sido favorecida la trabajadora incluyendo otras cargas que evidencian la negatividad ante el despido por estas causas. De este modo, en el fallo: "Despido discriminatorio, despido por maternidad, daño moral, sentenciado el 22 de Febrero de 2022 (Id SAIJ: SUE0024382)", fue procedente el resarcimiento extra tarifario pretendido (daño moral), porque no fue demostrado que la ruptura dispuesta por la demandada obedeciera a razones objetivas, concretas y legítimas que fueran potencialmente suficientes para desplazar la sospecha de la ocurrencia del acto ilícito discriminatorio, expresado en el despido motivado por el embarazo.

Un caso jurisprudencial que reviste un despido durante la maternidad, caratulado: "RAMIREZ ADRIANA BEATRIZ C/ GERONIMO SRL S/ IND." Que data del 10 de diciembre de 2021, se sentencia, entre otros rubros la indemnización agravada. Siendo que a la fecha del despido (agosto de 2012) aquella se encontraba dentro del plazo contemplado en el art. 178 de la L.C.T., hizo lugar a la reparación regulada en el art. 182 del mismo Cuerpo Legal. A todo lo cual

agregó la Cámara, que de los recibos de haberes adjuntos advirtió que en los correspondientes a los haberes de febrero y marzo de 2012 se consignaron las inasistencias por maternidad. Corresponde condenar a la demandada a pagar las indemnizaciones por despido indirecto justificado con el agravamiento resultante de la situación de maternidad de una trabajadora, quien había comunicado el nacimiento de su hijo meses atrás, toda vez que la demanda fue clara no solamente en los aspectos señalados por el recurrente al describir los motivos del distracto (falta de pago de haberes, inscripción irregular), sino también cuando afirmó -y que por efectos de la no contestación de demanda se presumen como ciertos- que cuando quedó embarazada y después de notificar esa circunstancia, el trato con la demandada hacia ella comenzó a ser áspero y algunas veces chocante, creando situaciones incómodas que la trabajadora decidió sobrellevar en pos de conservar su trabajo.

IV. II. DECISIÓN A FAVOR DE LA TRABAJADORA EN CONDICIÓN DE EMBARAZO

Por otro lado, entendiendo que se trata de una prueba en la que existe una duda que no logra dar certeza al hecho, nos encontramos ante un principio que reza en que, ante la duda del sentido de una norma, se tiende a favorecer al trabajador. De este modo, se puede pensar que la prueba resulta no ser suficiente respecto al despido. Y como la duda surge, se tiende a pensar en un problema jurídico axiológico. Es decir, si corresponde que el principio prime sobre la ley. Los argumentos usados para la sentencia, favorecen a la trabajadora.

En palabras de Fernández Madrid (2007) el principio protectorio del trabajador (IN DUBIO PRO OPERARIO) debe orientar al intérprete en caso de duda. Debe buscarse la interpretación más adecuada a la finalidad protegida, y ante la duda insuperable, debe elegirse la más favorecedora al trabajador (art 9º LCT).

De este modo, comprendemos que el uso del principio se sostiene como una necesidad recurrente ante el caso del favorecimiento de alguna de las partes, siempre considerando que existe una desigualdad en el momento probatorio entre empleado empleador. Hugo Mansueti (2010) reflexiona en torno a la apreciación de la prueba, en la reforma al art. 9 de la LCT. Así contempla que existe una necesidad de conservar y reivindicar este principio (In dubio pro operario) ya que, de modo contrario, prevalecen las desigualdades a favor de una de las partes, y sólo así se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.

Además, Mansueti (2010) cuando analiza el proceso laboral en su conjunto, determina que el criterio igualitario en la producción de la prueba, no es compatible con la apreciación de su resultado en un sentido favorable al trabajador. La ley sustantiva declara que los derechos reconocidos (tanto por ella, como por los convenios colectivos, estatutos especiales y estipulación del contrato individual) son irrenunciables (art. 12 LCT). A su vez y de manera coincidente, la ley procesal impone al juez especial la carga de examinar previamente el contenido de la demanda para intimar a que se subsanen las faltas en la fundamentación que pudieran derivar en una caída de derechos irrenunciables. Concluida la prueba, la ley sustantiva vuelve a ocuparse de la protección que cabe asignar al trabajador, disponiendo que la apreciación de la prueba y la aplicación del derecho debe hacerse del modo más favorable a su reclamación.

Revisando la jurisprudencia, un caso trascendental para nuestro análisis a modo de ejemplo puede ser el mencionado: “Despido, falta de prueba, in dubio pro operario. SUMARIO DE FALLO. Del 15 de noviembre de 2017 (Id SAIJ: SUH0004498). Precisamente, en este caso, el empleador no ha logrado acreditar que el vínculo contractual fuera distinto a una relación laboral y tampoco ha comprobado fehacientemente, la existencia de una jornada laboral reducida, siendo de aplicación lo prescripto por el art. 9 de la LCT. A la vez, se ha sostenido que: "Limitar el principio in dubio pro operario a la interpretación o aplicación de la Ley, y no a la interpretación de las pruebas, es alejarse del contenido protectorio y social que encierra, ya que todos sabemos que es a la hora de probar, donde el trabajador se encuentra con mayores dificultades y vuelve a ponerse en evidencia las desigualdades que pesan entre las partes." (Sentencia n° 94649 de Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2, 1ª Circunscripción, 30 de diciembre de 2009, autos "Caminos del Oeste S.A. en J° 18489 "Arrigo c/ Rava S.A. y ots. P/ A.O.A." www.jusmendoza.gov.ar).

IV. III. LA IMPORTANCIA DE LA MATERNIDAD EN EL ÁMBITO LABORAL

Es necesario considerar que el principal argumento es que no hubo un tratamiento de prueba en forma correcta. Esto se visualiza en el contexto de que la actora no reconoce las visitas que realiza la parte empleadora. Esta prueba no tiene peso, porque al ser rechazada no existe otra fuente que verifique que dichas visitas fueron realizadas. Y en cuanto a la ley, se entiende que frente al despido de una mujer embarazada era el

empleador quien debía probar que el despido obedecía a otra causa (art.175 ley 20.744), cuestión implícita en el fallo.

Respecto de los profesionales que intervinieron en el control de ausentismo, declararon en forma testimonial sobre la ausencia, y es así como se determinaba el supuesto incumplimiento de la actora. En cuanto a los certificados médicos, no indicaron específicamente reposo “relativo” como fuera explicado por la actora quien manifestó que no implicaba necesariamente reposo en el domicilio. Ahora bien, surge de las constancias de la causa que tampoco dichos certificados médicos sugirieron cumplir el reposo en forma “absoluta”. En efecto, los distintos certificados médicos presentados por la actora, cuya existencia no fue desconocida por la demandada, prescribían la necesidad de licencia a fin de efectuar “reposo ante la amenaza de aborto”.

Algunos de los argumentos en el fallo trabajado, fueron la justificación de la prueba insuficiente. Por esta razón, fueron mencionados, través de las normas, Los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Const. Nacional), ya contienen especial protección y amparo a la mujer trabajadora en situación de maternidad, embarazo y estado de excedencia. Entre ellos se mencionaron el su art. 25.4 de La Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. VII de La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 11.2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y el art. 10 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por otro lado, el mismo fallo menciona otras normativas de Tratados internacionales con jerarquía constitucional que amparan a la mujer trabajadora como: el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- en su art. 6. En igual sentido, la OIT adoptó un Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000 (núm. 183 OIT) a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo, la salud y la seguridad de la madre y el niño. A nivel nacional, nuestra Constitución Nacional contiene “la protección integral de la familia” (art. 14 bis), así como también los arts. 177 a 186 de la ley de contrato de trabajo disponen la protección de la maternidad. Sin ser parte del argumento que da cuerpo a la sentencia.

Además, se consagra el derecho de la Ley Nacional Argentina de atención y cuidado integral de la salud durante el embarazo y la primera infancia Ley 27611; como también lo señalado en su art. 2 el marco normativo adyacente. Las disposiciones de la

presente ley se enmarcan en el artículo 75, incisos 19, 22 y 23 de la Constitución Nacional, en los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, en particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en virtud de la protección que les otorgan al derecho a la identidad, la salud integral, la alimentación saludable, a una vida digna y libre de violencias, a la seguridad social y al cuidado en los primeros años de la niñez.

El principio *In dubio pro operario* se ve reflejado en la argumentación que presenta la trabajadora en este caso, ya que dentro de sus reclamos sostiene que tampoco se tuvieron en cuenta los principios, ni tampoco la conservación del contrato de trabajo (art. 10 ley 20744) y la norma más favorable, todos aplicables en derecho del trabajo. La ley establece que se le garantiza a toda mujer durante el periodo de gestación, la estabilidad en el empleo adquirido. En caso de despido de la mujer trabajadora embarazada, en palabras de Mirolo (2003), se toma como sin causa y se indemniza un año de goce de haberes, al tratarse de una alteración del estado económico y psíquico de la empleada. Además, se toma como un acto de mala fe del empleador, salvo que presente prueba de que se produce por otra causa ajena al embarazo. En caso de que el despido no sea probado, cursará igual suerte de indemnización, por la causal que invoca.

Parafraseando a Mirolo (2003) Cuando se permanece en un periodo mayor al asignado por maternidad en licencia, estamos ante una situación de licencia por enfermedad. Que, bajo certificación médica y contemplando que la causal es el embarazo, la empleada es acreedora de iguales beneficios previstos en el art. 8 de la LCT, para los casos de enfermedad inculpable (art. 177 par. 4° LCT). Además, si hubiese despido en ese periodo se asignará la indemnización correspondiente a los salarios durante la causal comprobada bajo certificado (art. 213 LCT).

Según el autor Ángel Eduardo Gatti (2015), la Ley de contrato de trabajo extiende sus disposiciones sobre el régimen de accidentes y enfermedades inculpables, que afecten la salud de la trabajadora por patologías generadas durante el embarazo y/o en relación al parto. Por lo que el autor destaca como un factor de gran relevancia, que el estado garantice la protección de la mujer, quien además es protegida por varios tratados internacionales, con jerarquía constitucional. Además, destaca que el art 178 de la LCT, protege a la mujer gestante ante los despidos, ya que debido al sistema de garantía que promueve la Ley, se toma que el despido sin prueba suficiente por cualquier causa es por presunción un despido por embarazo.

Respecto al despido, Grisolí (2016) completa la idea de presunción Iuris Tantum, de las causas de despido durante el embarazo. En este sentido, parafraseando al autor, el Juez debe analizar detenidamente las pruebas que debe presentar el empleador, como justificativo del despido. Caso contrario debe abonar además de la indemnización por despido sin justa causa, una indemnización especial, equivalente a 13 salarios mensuales (adicionado el SAC).

V. UNIENDO ARGUMENTOS, ELEMENTOS TRANSVERSALES Y SENTENCIAS

El caso en cuestión, como se mencionaba en un principio presentó un problema jurídico que se analizó a lo largo del escrito. Para esto es prudente pensar, si una circunstancia de cumplimiento contemplada en la Ley de Contrato de Trabajo, prima frente al derecho de la trabajadora que cursa la maternidad. Al mismo tiempo, plantea la pregunta que da inicio al escrito, cuál es el límite que existe en el uso de las licencias de una trabajadora. Y si bien, la ley contempla la licencia obligatoria de 90 días, cuando se informa la fecha del parto, también se contempla como enfermedad inevitable, lo que afecta a la gestante fuera de ese lapso.

Durante el desarrollo del caso, varios argumentos respecto al certificado médico, fueron los portadores del argumento final que dio lugar a la aceptación y posterior sentencia favorable, del Recurso Extraordinario Provincial. Sin embargo, la validez se desestima, ya que el certificado no especificaba si se trataba de un reposo absoluto o relativo, debido a que la excusa de despido, fue porque en las dos visitas realizadas por el empleador, consecuencia de las licencias presentadas por la empleada, en ninguna de ellas fue encontrada en su hogar. Haciendo un paréntesis en esta cuestión, en ningún momento

del fallo se cuestiona si ese reposo podría, especulativamente hablando, realizarlo en casa de un familiar u otro hogar en el que cuiden a la paciente, por ejemplo. Tampoco se menciona o se consulta, si existe otro factor que genere la duda del incumplimiento manifestado por el empleador. En ningún momento se acude a testimonios o a cambios de funciones, o cualquier otra alternativa al despido.

De todos modos, la falta de certeza de la prueba presentada, se acompaña del argumento que es la parte empleadora que debe probar el incumplimiento de la trabajadora. Esto lleva indefectiblemente a plantear en la sentencia, al principio *In dubio pro operario*. Ante la duda de la aplicación de una norma, se decide lo más favorable para el trabajador. En este sentido, se habló en este escrito sobre el segundo problema jurídico que presentaba como relevante este caso, que es el problema axiológico. Este problema, se presenta cuando la aplicación de una norma entra en contraposición con un principio. El hecho de la primera sentencia de la Cámara de Primera instancia, favorece al empleador, se genera el problema axiológico mencionado frente al *In dubio pro operario*, respecto a la prueba y lo alegado por la trabajadora que solicita el Recurso Extraordinario.

VI. CONCLUSIÓN

Como conclusión al caso, considero que todos los argumentos son sentencias valiosas para considerar a este caso una jurisprudencia relevante. Queda una vez más sentado que la justicia actúa según las leyes y la interpretación de la norma del modo más equilibrado entre las partes. Además, la importancia de la aplicación de las normas internacionales, favorecen a la mujer, a la trabajadora y a el periodo de maternidad, protegiéndola. Y se enfoca al derecho laboral, desde la perspectiva social en la que está enmarcada la Ley suprema de la Nación que es la Constitución.

Asumo que resulta relevante en este caso que, durante la primera instancia del proceso, se hace hincapié en el incumplimiento de la empleada en base al contrato laboral. Por otro lado, en la sentencia del Recurso Extraordinario, la mirada se posa sobre el argumento de que existen dudas en las pruebas de despido, y que ante la duda se favorece a la trabajadora. Asumo que lo llamativo es que, si bien se enfoca en las pruebas y en su veracidad, se trabaja poco y como argumento externo, la particularidad de que tanto la licencia, como el despido, acarrean de trasfondo que se trata de una mujer trabajadora que incursionaba la maternidad en aquel momento. Esta situación pormenorizada da argumento y forma al contexto del análisis, tanto en el problema jurídico implicado, como

en el foco al que apuntan ambas sentencias. Por esta razón, lo destaco, para ser considerado como un planteo de grandes precedentes, de casos asociados al despido laboral de mujeres.

VII. BIBLIOGRAFÍA

1- DOCTRINA

ACKERMAN M. Y MAZA M. (2017) Manual de elementos de Derechos del Trabajo y la Seguridad Social. A. Sudera y D.J Tula coordinadores. 1° Edición revisada. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

ALCHOURRON, C. Y BULYGIN, E. (2012). *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*. AR: Astrea.

BABIO; A. O. (30 de noviembre de 1990). La prueba y su carga en el proceso laboral. Revista Derecho del Trabajo Nro. 11, pág. 2283. LA LEY S.A.E. e I.Id SAIJ: DACA910009.

CIANCIARDO, J. (2003) Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción por Boletín del Instituto de Investigaciones Jurídicas - México- UNAM Id SAIJ: DACF030009

DWORKIN, R. (2004). Los derechos en serio. Incluido en: Biblioteca Selecta Forum de Barcelona 2004. Ed. Ariel. Madrid, España.

FERNÁNDEZ MADRID, J. C. (2007). Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3ª.

Edición actualizada y ampliada. Avellaneda: Edit. La Ley. Avellaneda, Argentina.

GATTI, Á. (2015) Manual del Derecho del Trabajo. Florida: Euros Editores.

GRISOLIA, J. (2016) Laboral. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 15º

Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Editorial Estudio S.A.

MIROLO, R. R. Y OTROS (2003) *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad*

Social, Tomo I, 2ª edición. Córdoba: Ed. Advocatus.

MANSUETI H. R. (2010) Reflexiones en torno a la apreciación de la prueba, en la

reforma al art. 9 de la LCT. Recuperado de: www.eldial.com.ar - elDial DC1402.

Id SAIJ: DACF110022

JURISPRUDENCIA

- Fallo: C.O.K.E. C/ L. D. P. SA S/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL SENTENCIA 1 DE JUNIO DE 2020. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. MENDOZA, MENDOZA - SALA 02. MAGISTRADOS: MARIO DANIEL ADARO - JOSÉ V. VALERIO - OMAR ALEJANDRO PALERMO. ID SAIJ: FA20190007. Recuperado de: <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4711>
- Derecho laboral, despido, despido por maternidad, indemnización, prueba. SUMARIO DE FALLO. 1 de Febrero de 2021. Id SAIJ: SUE0024339. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/derecho-laboral-despido-despido-maternidad-indemnizacion-prueba-sue0024339/123456789-0abc-defg9334->
- Despido discriminatorio, despido por maternidad, daño moral SUMARIO DE FALLO. 22 de Febrero de 2022. Id SAIJ: SUE0024382. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/despido-discriminatorio-despido-maternidad-dano-moral-sue0024382/123456789-0abc-defg2834->
- CITA SAIJ - Ramirez Adriana Beatriz c/ Geronimo SRL s/ ind. SENTENCIA – FALLO: 10 de diciembre de 2021. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. CORRIENTES, CORRIENTES. SAIJ: FA21210017. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/superior-tribunal-justicia-local-corrientes-ramirez-adriana-beatriz-geronimo-srl-ind-fa21210017-2021-12-10/123456789-710-0121-2ots-eupmocsollaf?>
- Despido, falta de prueba, in dubio pro operario. SUMARIO DE FALLO. 15 de Noviembre de 2017. Id SAIJ: SUH0004498

Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/despido-falta-prueba-in-dubio-pro-operario-suh0004498/123456789-0abc-defg8944->

2- LEGISLACIÓN

- LEY DE CONTRATO DE TRABAJO. LEY 20.744 - BUENOS AIRES, 13 de Mayo de 1976. Boletín Oficial, 21 de mayo de 1976. Vigente, de alcance general Id SAIJ: LNS0000516. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/20744-nacional-ley-contrato-trabajo-Ins0000516-1976-05-13/123456789-0abc-defg-g61-50000scanyel?#I0242>
- DECRETO REGLAMENTARIO DE LA LEY 20.744 SOBRE CONTRATO DE TRABAJO. DECRETO NACIONAL 484/1987. BUENOS AIRES, 26 de Marzo de 1987. Boletín Oficial, 29 de Julio de 1987. Vigente, de alcance general. Id SAIJ: DN19870000484. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/484-nacional-decreto-reglamentario-ley-20744-sobre-contrato-trabajo-dn19870000484-1987-03-26/123456789-0abc-484-0000-7891soterced?>
- DECRETO REGLAMENTARIO DE LEY 20.744 DE CONTRATO DE TRABAJO - Decreto Nacional 328/88; BUENOS AIRES, 8 de Marzo de 1988 Boletín Oficial, 21 de Marzo de 1988. Vigente, de alcance general Id SAIJ: DN19880000328. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/328-nacional-decreto-reglamentario-ley-20744-contrato-trabajo-dn19880000328-1988-03-08/123456789-0abc-823-0000-8891soterced?>
- LEY NACIONAL DE ATENCIÓN Y CUIDADO INTEGRAL DE LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO Y LA PRIMERA INFANCIA. LEY. BUENOS AIRES, 30 DE DICIEMBRE DE 2020. Boletín Oficial. REGISTRADA BAJO EL N° 27611. Recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/239809/20210115>

10 ANEXO

Caso

Fallo: C.O.K.E. C/ L. D. P. SA S/ DESPIDO P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL SENTENCIA 1 DE JUNIO DE 2020. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. MENDOZA, MENDOZA - SALA 02. MAGISTRADOS: MARIO DANIEL ADARO - JOSÉ V. VALERIO - OMAR ALEJANDRO PALERMO. ID SAIJ: FA20190007. En: <https://om.csjn.gov.ar/JurisprudenciaOM/consultaOM/verSentenciaExterna.html?idJurisprudencia=4711>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: CUIJ: C.O.K.E. . c/ L. d. P. SA P/ DESPIDO () P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

En Mendoza, al 01 de junio de 2020, reunida la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N, caratulada: C. O. K. E. c/ L. d. P. SA P/ DESPIDO () P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL

De conformidad con lo decretado a fojas 48 quedó establecido el siguiente orden de estudio en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero: DR. MARIO DANIEL ADARO ; segundo: DR. JOSÉ V. VALERIO; tercero: DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO.

ANTECEDENTES:

A fojas 09/19, se presenta K.E.O , por intermedio de su representante legal e, interpone recurso extraordinario provincial contra la sentencia dictada por la Cámara Primera del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial, a fojas 119 y ss. de los autos N°, caratulados: “ C.O.K.E. c/ L. d. P. p/ despido – Recurso Extraordinario”

A fojas 34 se admite formalmente el recurso, se dispone la suspensión de los procedimientos en la causa principal y, se ordena correr traslado a la contraria quien contesta a fs. 36/37 y vta. solicitando su rechazo con expresa imposición de costas.

A fojas 41/42 y vta. se registra el dictamen del Sr. Procurador General del Tribunal, quien aconseja el rechazo del recurso.

A fojas 48 se llama al acuerdo para dictar sentencia y se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por parte de los Señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 160 de la Constitución de la Provincia, se plantean las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN EL DR. MARIO DANIEL ADARO, dijo: I. La sentencia recurrida admitió parcialmente la demanda interpuesta por K.E.C.O. contra la empresa L. d. P S.A. por la suma de pesos \$15.387,14 en concepto aguinaldo proporcional año 2013, vacaciones proporcionales 2013 y multa art. 80 de la ley de contrato de trabajo.

Asimismo, rechazó las indemnizaciones por antigüedad, preaviso, integración del mes de despido, sueldo anual complementario (en adelante SAC) sobre preaviso, indemnización agravada art. 182 ley 20.744, SAC sobre vacaciones no gozadas y multa establecida por el art. 2 de la ley 25.323

Para así decidir y en lo que es materia del recurso, sostuvo:

1. El estado de embarazo de la actora y las sucesivas licencias médicas por peligro de pérdida del embarazo a través de los certificados médicos acompañados no fueron desconocidos por la demandada.

2. La demandada realizó dos visitas de control médico a la trabajadora que fracasaron por no encontrarse en el domicilio.

3. Si bien la actora indicó que debía guardar reposo relativo, ninguno de los certificados médicos acompañados refirió eso, y sólo se aconsejó reposo por peligro latente de pérdida de embarazo.

4. La conducta asumida por la actora, a más de que implica la pérdida de los salarios por enfermedad, importó un incumplimiento a los deberes de diligencia y colaboración que encuadra en el art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo.

II. Contra dicho pronunciamiento la actora interpone recurso extraordinario provincial con fundamento en el art. 145 y conc. del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario.

1. Expresa que la sentencia no ha hecho efectiva la protección de la maternidad, cuya protección se encuentra establecida en la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22 y 23) y Tratados Internacionales de rango Constitucional. Que, la sentencia interpretó erróneamente la legislación laboral aplicable, en particular el art. 177 de la ley 20.744.

2. Sostiene que tampoco se tuvieron en cuenta los principios de “in dubio pro operario”, conservación del contrato de trabajo (art. 10 ley 20744) y la norma más favorable, todos aplicables en derecho del trabajo.

3. Argumenta que en el plano procesal el tratamiento de la prueba fue erróneo, ya que la actora negó las visitas del control médico, por lo que correspondía al demandado acreditar su concurrencia. La actora negó por carta documento (fs. 21) la inexistencia de visitas y luego formuló rechazo a fs. 69 (art. 47 Código Procesal Laboral).

4. Explica que la resolución invirtió la carga de la prueba ya que, frente al despido de una mujer embarazada era el empleador quien debía probar que el despido obedecía a otra causa (art.175 ley 20.744).

III. Adelanto que el recurso planteado prospera.

1. La actora interpuso demanda por entender que el despido dispuesto por el empleador resultó incausado y dentro del período establecido por el art. 177 de la Ley de Contrato de Trabajo por lo que, reclamó la indemnización agravada prevista por los arts. 178 y 182 del mismo cuerpo legal.

a. El empleador por su parte, justificó el despido con causa al expresar que se intentó realizar en dos oportunidades el control médico pero, no pudo concretarse porque la actora no se encontraba en su domicilio.

b. Así, en detalle del intercambio epistolar acreditado en autos surge que, luego de la presentación de reiteradas licencias por riesgo de pérdida del embarazo, el empleador envió el día 26 de noviembre de 2013 carta documento para notificar el despido justificado por el incumplimiento de la trabajadora a la prescripción médica, en tanto determinó que los días 24/10/2013 y 18/11/2013 se intentó efectuar control médico, pero no se encontraba en su domicilio (fs. 22 de los autos principales).

A su turno, la actora contestó en fecha 28 de noviembre de 2013 mediante telegrama colacionado negando la existencia de alguna visita médica. Agregó que, el reposo indicado no era absoluto (fs. 21).

c. La sentencia finalmente resolvió que, tal comportamiento de la actora importaba un incumplimiento de los deberes de diligencia y colaboración contemplados en el art. 84 de la ley de contrato de trabajo lo que justificaba el despido del empleador en los términos del art. 242 de la ley de contrato de trabajo.

2. Al respecto, este cuerpo tiene dicho que la proporcionalidad entre la injuria y el despido es una cuestión de hecho y de evaluación probatoria, actividad propia y discrecional de los jueces de mérito. Ellos, a través de las reglas de la sana crítica deciden per se si una causal tiene la gravedad suficiente para motivar un despido con justa causa, quedando fuera del control del tribunal de los recursos extraordinarios. Esta facultad reconoce como excepciones que se produzca una apreciación arbitraria de la prueba sometida a consideración. Estas excepciones son: omisión de prueba decisiva o valoración arbitraria de una prueba incorporada legítimamente al proceso (“López” 16/09/2010 LS 417-177. “Torrico”, 06/05/2015, LS 447-245. “Moreno”, 20/11/2013, LS 460-172, entre otros).

En el caso, advierto que se ha realizado una valoración arbitraria de la prueba incorporada al expediente lo que implica una vulneración del principio de debido proceso (art. 18 Constitución Nacional) –en particular, carga de la prueba-, así como también de los derechos establecidos para resguardar la situación de la mujer embarazada previstos en las normas que serán analizadas párrafos adelante.

a. Surge claro que la parte actora desconoció desde el primer momento la existencia de alguna visita médica enviada por el empleador a su domicilio (telegrama colacionado de fecha 23/11/2013), y luego ratificó su desconocimiento al momento de presentar su demanda como también al contestar traslado del art. 47 de Código Procesal Laboral; en consecuencia, correspondía al accionado la carga de la prueba de los hechos en que fundó la causa del despido.

b. Ello se desprende del principio regulado en los arts. 55 Código Procesal Laboral y 175 Código Procesal Civil, Comercial y Tributario (en razón de su aplicación supletoria, art. 108 CPL) al determinar que cada parte debe acreditar los hechos que invoca y que no fueran reconocidos por la litigante contraria. En tal contexto verifico que el demandado ofreció en la contestación de demanda el reconocimiento de los profesionales que suscribieron los controles de ausentismo para el caso de desconocimiento (fs. 64 acápite A.3); sin embargo, ello no fue instado adecuadamente. De manera que los hechos objetivos que sustentaron el despido -esto fue, el supuesto intento de realizar controles médicos en dos días distintos en el domicilio de la actora sin que ella se encontrara en su domicilio cumpliendo el reposo prescripto por su médico- no fueron debidamente acreditados, lo que implica la procedencia del despido injustificado (arts. 242, 243 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo). No obra en la causa ningún reconocimiento por parte de los profesionales que intervinieron en el control de ausentismo cuyas copias originales se adjuntaron a fs. 115 y 116 o, en su caso, declaración testimonial de los mismos sujetos que permitiera así determinar un supuesto incumplimiento de la actora, en consecuencia el despido careció de causa.

c. Por otra parte también argumentó el Tribunal que, los certificados médicos no indicaron específicamente reposo “relativo” como fuera explicado por la actora quien manifestó que no implicaba necesariamente reposo en el domicilio. Ahora bien, surge de las constancias de la causa que tampoco dichos certificados médicos sugirieron cumplir el reposo en forma “absoluta”. En efecto, los distintos certificados médicos presentados por la actora -cuya existencia no fue desconocida por la demandada- desde septiembre de 2013 hasta noviembre del

mismo año, todos ellos prescribían la necesidad de licencia a fin de efectuar “reposo ante la amenaza de aborto”, sin más especificación de los profesionales respecto a la forma en que debía cumplirse tal medida (fs. 11/18 del expediente principal). Es decir que, si los propios facultativos que atendieron a la Sra. C. no aclararon que el señalado descanso debía cumplirse en forma “absoluta” o “relativa” la solución debe encontrarse en el marco previsto por el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo que obliga a los intérpretes jurídicos a apreciar dicha prueba a favor del trabajador, tratándose de un principio rector el “in dubio pro operario”. Sobre ello, esta Sala ha resuelto que “El art. 9 LCT que establece el principio in dubio pro operario es aquel en el cual la duda favorece al trabajador, pero esta duda no surge por ausencia de pruebas, por el contrario debe haber pruebas que lleven a presumir que las cosas sucedieron en la forma en que el trabajador las relata. Es decir, no se trata de que el Tribunal supla deficiencias probatorias, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias y en aquellos casos de verdadera duda, volcar el resultado de la apreciación a favor del trabajador. Asimismo, tampoco implica modificar los hechos, sino que se inclina por apoyar la afirmación vinculada con una cuestión fáctica, generar un indicio razonable en el Juzgador de que los dichos del trabajador son ciertos, trasladándose en cabeza del empleador desvirtuar los dichos de aquel”. (LS534-086).

d. En otras palabras, no corresponde establecer una presunción contra la trabajadora en cuanto crea una situación que no estaba obligada a cumplir (reposo absoluto) cuando el médico tratante sólo prescribió “reposo” más aun, cuando ello obedecía a una situación riesgosa de embarazo que no debe ser minimizada y, por contrario, merece mayor atención. e. Tengo dicho que es al Poder Judicial a quien se le ha revestido de la facultad de intérprete y custodia de la Constitución, y ello conlleva a todo juez a realizar un estricto control de constitucionalidad. En tal sentido, y parafraseando a Sánchez Viamonte, citado por la Corte Federal: “... no existe ningún argumento válido para que un juez deje de aplicar en primer término la Constitución Nacional...” (CSJN, considerando 9, R. 401, XLIII, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, sentencia de fecha 27/11/2012) [...] luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha convalidado el deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos y el resto de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por Argentina que tienen jerarquía constitucional. (SCJM autos 13-02843396-6 “Minera del Oeste SRL y ots. C/Gob. De la Pcia. P/acción de inconstitucionalidad (16/12/2015)”. f. Aplicados estos conceptos al caso de autos, verifico que existe una gran cantidad de normas protectoras de la maternidad tanto en el marco nacional como internacional que persiguen el amparo de la mujer trabajadora en situación de maternidad, embarazo e incluso en estado de excedencia, a fin de impedir que ellas se encuentren desprotegidas en los momentos de mayor vulnerabilidad.

(i) Concuero en que “Las embarazadas y las madres en período de lactancia requieren una especial protección para evitar daños a su salud o a la de sus hijos, y necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia. Al mismo tiempo, requieren una protección que les garantice que no van a perder sus empleos por el sólo hecho del embarazo o de la baja por maternidad” (rescatado en sitio web oficial Organización Internacional del Trabajo. <https://www.ilo.org/global/standards/subjectscovered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--es/index.htm>).

(ii) Los Tratados Internacionales de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, Const. Nacional), contienen especial protección y amparo a la mujer trabajadora en situación de maternidad, embarazo y estado de excedencia. Entre ellos caben mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 25.4 afirma que "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales"; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. VII afirma que "Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia,

así como todo niño tiene derecho a protección y cuidados especiales"; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su art. 11.2 establece que, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes, tomarán medidas adecuadas para prohibir bajo pena de sanciones el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad; el art. 10 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social"; el Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna la plena efectividad de los derechos que allí se reconocen; y al desarrollo de programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo (art. 6).

(iii) En igual sentido, la OIT adoptó un Convenio sobre la protección de la maternidad del año 2000 (núm. 183 OIT) a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo, la salud y la seguridad de la madre y el niño. (iv) A nivel nacional, nuestra Constitución Nacional contiene "la protección integral de la familia" (art. 14 bis), así como también los arts. 177 a 186 de la ley de contrato de trabajo disponen la protección de la maternidad.

IV. Por las consideraciones expuestas, me pronuncio por la admisión del recurso extraordinario provincial deducido. ASI VOTO Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR ALEJANDRO PALERMO adhieren por los fundamentos al voto que antecede.

SOBRE LA SEGUNDA CUESTION EL DR. MARIO DANIEL ADARO, dijo:

V. Atento al resultado arribado en la Primera Cuestión, y lo dispuesto por el art. 150 del C.P.C.CyT, corresponde la anulación parcial de la sentencia glosada a fs. 119 y sgtes. de los autos N° caratulados "C.O.K.E. c/ L. d. P. SA p/ despido", originarios de la Excma. Cámara Primera del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial. Acto seguido, procederé a fallar el litigio en forma definitiva, de modo tal de evitar el reenvío, con todos los inconvenientes y dilaciones que el mismo conlleva (conf. nota del codificador al artículo 154 C.P.C. y "Vizcaya", LS 379-113).

1. Por tanto, conforme los argumentos expuestos en la primera cuestión y, además de los rubros admitidos en la sentencia -cuya liquidación llega firme a estacorresponde hacer lugar a los rubros indemnizatorios reclamados: -indemnización por antigüedad (art. 245 ley 20744): \$5.019,48 -preaviso: \$5.019,48 - integración del mes de despido: \$394,84 -indemnización agravada (arts. 178 y 182 ley 20.744): \$65.253,24 -art. 2 ley 25323: \$5.216,90 -saldo insoluto SAC prop. 2013, vacaciones proporcionales 2013 y multa art. 80 ley 20.744 (admitidos en sentencia de instancia) \$15.387,14

2. Por lo que la demanda prospera por la suma total de pesos noventa y seis mil doscientos noventa y uno con 08/100 centavos (\$96.291,08).

3. El resto de las cuestiones decididas por la instancia han llegado firmes a esta oportunidad procesal, por lo que no corresponde avocarse a su tratamiento.

ASÍ VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR ALEJANDRO PALERMO adhieren al voto que antecede. SOBRE LA TERCERA CUESTION EL DR. MARIO DANIEL ADARO, dijo:

VI. Atento el resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a la recurrida vencida. (art. 36 del C.P.C.Cy T).- ASI VOTO. Sobre la misma cuestión, los Dres. JOSÉ V. VALERIO y OMAR ALEJANDRO PALERMO adhieren al voto que antecede. Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA: Y VISTOS: Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva, RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 09/19 de los presentes autos por la Sra. K.E.C.O y .en consecuencia el resolutive deberá leerse del siguiente modo: "I. Declarar para este caso concreto la inconstitucionalidad de la ley 7.198. II. Hacer lugar parcialmente a la demanda instada por K.E.C.O. y, en consecuencia, condenar a la demandada L.d.P. S.A. a pagar a la actora la suma de pesos noventa y seis mil doscientos noventa y uno con 08/100 centavos (\$96.291,08) en concepto de saldo insoluto SAC prop/13, Vacaciones prop./13, multa art. 80 de la LCT, indemnización por antigüedad, preaviso, integración mes de despido, indemnización agravada art. 182 de la LCT, multa art. 2 de la ley 25.323 en el plazo de CINCO DIAS de quedar firme la presente y con más los intereses legales, conforme lo resuelto en la Segunda Cuestión, CON COSTAS A CARGO DE LA DEMANDADA. III. Rechazar el rubros de S.AC s/ Vacaciones no gozadas que al sólo efecto del cálculo de las costas se determinan en la suma de pesos \$173 con más sus intereses legales, con COSTAS A CARGO DE LA ACTORA. IV. Firme que sea la presente pase al Departamento Contable para practicar liquidación de deuda y se regulen los honorarios de los letrados y perito actuantes. V. Emplazar a la demandada para que en el plazo de CINCO DIAS abone Aportes Jubilatorios ley 5059, Derecho Fijo Colegio de Abogados y en el plazo de QUINCE DIAS la Tasa de Justicia, y a la actora al pago de Aportes Jubilatorios y Derecho Fijo Colegio de abogados en el plazo de CINCO DIAS en proporción al rubro que se rechaza, todo bajo apercibimiento de ley."

2. Imponer las costas del recurso extraordinario provincial a la recurrida vencida. (art. 36 del C.P.C.CyT). 3. Regular los honorarios profesionales de los Dres..... en forma conjunta, en el 13% ó 10,4%, ó 7,8% según corresponda (escala del art. 2, ley 9131) sobre la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen (arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma. 4. Regular los honorarios profesionales del Dr, según corresponda (escala del art. 2, ley 9131), sobre la base regulatoria actualizada que se establezca en la instancia de origen (arts. 2, 3, 15 y 31 de la ley 9131). Considérese el art. 16 de dicha norma. Las regulaciones precedentes no incluyen el IVA, monto que -en su caso deberá ser adicionado conforme a la subjetiva situación de los profesionales beneficiarios frente al citado tributo (CS expte. 4120/200002 "Carinadu SA c/. Banco de la Provincia de Buenos Aires", 02/03/2016).

NOTIFÍQUESE. DR. MARIO DANIEL ADARODR. JOSÉ V. VALERIO Ministro Ministro
DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO