

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/subjects-covered-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 esta- corresponde 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:**

*I. 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 resolutivo 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  
Ministro