

EL DESPIDO DE LA TRABAJADORA GRÁVIDA EN LA JURISPRUDENCIA URUGUAYA

ALEJANDRO CASTELLO

Profesor de Derecho Laboral, Facultad de Derecho, Universidad de la República

I. INTRODUCCIÓN

La regulación jurídica de la protección de la estabilidad en el empleo de la trabajadora grávida, es uno de los ejemplos paradigmáticos de la trascendencia que han tenido la doctrina y la jurisprudencia laboral de nuestro país, en la elaboración de un Derecho del trabajo que se caracteriza por ser asistemático y fragmentario.

Alcanza con leer las normas que se refieren a dicho tema, para advertir que pese a lo escueto y parco que resultan las mismas la doctrina y la jurisprudencia se las han ingeniado para construir un sistema bastante general y amplio de protección, tanto de la estabilidad del empleo de la trabajadora grávida ante la ruptura unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, como frente a las modificaciones abusivas de las condiciones de trabajo que pudiera decidir este último.

En el presente trabajo no se hará un análisis de todas las cuestiones que se han planteado en torno a la protección del empleo de la trabajadora grávida. Solamente se abordarán algunos puntos concretos que hemos considerado de especial interés, debido a la controversia y diversidad de enfoques que han suscitado en el terreno práctico:

- a) causales de exoneración del pago de la indemnización;
- b) procedencia de la indemnización especial en caso de despido indirecto;
- c) extensión del período de protección luego de finalizada la licencia maternal;
- d) procedencia de la indemnización en casos de trabajadoras contratadas a prueba o a término;

Pero antes de ingresar al análisis de estos puntos, expondremos brevemente la normativa que regula la temática que pretendemos abordar y algunos aspectos generales sobre los que existe opinión consolidada.

II. NORMATIVA QUE REGULA LA SITUACIÓN DE LA TRABAJADORA GRÁVIDA

La normativa básica que regula la protección ante el despido y los cambios abusivos de las condiciones de trabajo de la trabajadora grávida, se encuentra contenida en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 de 14 de octubre de 1950, en los arts. 11 a 17 del decreto ley 15.084 de 28 de noviembre de 1980, la ley 17.215 de 24 de setiembre de 1999 y en el Convenio Internacional del Trabajo n° 103 sobre protección de la maternidad de 1952, ratificado por la ley 12.030 de 27 de noviembre de 1953¹.

El art. 16 de la Ley 11.577 dispone que "toda mujer en estado de gravidez tendrá derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable según prescripción médica. Si la ausencia del trabajo durare menos de cuatro meses, tendrá derecho al salario íntegro de la ausencia. Si excediere de ese plazo, ganará medio salario hasta el término de seis meses. El empleo deberá ser conservado si retornare en condiciones normales", en tanto que el art. 17 dispone que "en el caso previsto en el artículo anterior, la obrera no podrá ser despedida. Si lo fuere, el patrón deberá satisfacer un importe equivalente a seis meses de sueldo más la indemnización legal que corresponde".

El Decreto ley 15.084 modifica el régimen de licencia maternal y de pago de la misma dispuesta en el art. 16 de la ley 11.577, estableciendo el derecho de toda empleada de la actividad privada a percibir un subsidio por maternidad a cargo del Banco de Previsión Social, durante el período de licencia maternal. Dicho subsidio es

¹ Cabe destacar que en la Conferencia Internacional de la OIT celebrada en el año 2000 se sancionó el Convenio n° 183 sobre la protección de la maternidad, que revisa el Convenio n° 103. Sin embargo, Uruguay aún no ha ratificado este nuevo convenio internacional del trabajo por lo que continúa en vigencia el anterior. Un análisis del Convenio n° 183 puede verse en: GIUZIO, Graciela y MARQUEZ, Martha; "El nuevo convenio internacional del trabajo n° 183 sobre protección de la maternidad", en revista Derecho Laboral n° 202, abril-junio 2001, pág. 378 y sigs.

equivalente al promedio de retribuciones percibidas por la empleada en los últimos seis meses, al que se le adicionará la cuota parte correspondiente al sueldo anual complementario, la licencia y el salario vacacional devengados por el período de amparo al subsidio.

El art. 12 del decreto ley 15.084 fija la licencia maternal en 12 semanas, que, en principio, deben ser tomadas 6 semanas antes de la fecha presunta del parto y 6 semanas después del mismo, aunque el BPS puede autorizar a que se gocen de forma distinta, manteniendo el total de 12 semanas. Todo ello sin perjuicio de un eventual descanso prenatal suplementario, en caso de enfermedad que sea consecuencia del embarazo (art. 14) o de la prolongación del descanso puerperal por iguales motivos.

Los beneficios antes reseñados coinciden con los consagrados en el Convenio Internacional del Trabajo nº 103, que establece el derecho de toda mujer trabajadora a un descanso maternal no inferior a 12 semanas, así como también los eventuales descansos suplementarios pre o post nacimiento como consecuencia de enfermedad de la trabajadora vinculada al embarazo o parto.

El instrumento internacional también prevé el otorgamiento de prestaciones en dinero y médicas, que se corresponden con las estatuidas en el decreto ley 15.084, y consagra el derecho a interrumpir el trabajo para lactar al hijo durante uno o varios períodos que deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales, lo que será determinado por la legislación nacional.

Al respecto, cabe recordar que el Decreto de 1º de junio de 1954 dispone que si la empleada lacta a su hijo, está autorizada a interrumpir su trabajo para este fin, durante dos períodos de media hora dentro de su jornada diaria y que serán contados como trabajo efectivo.

No menos importante es la previsión contenida en el art. 6 del Convenio Internacional que se comenta, relativa a la garantía en el empleo de la trabajadora grávida: "Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del art. 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se le comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia".

Si bien el texto transcripto podría dar pie para sostener que la ruptura del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, durante el período de licencia maternal, sería nula y consecuentemente podría entablarse una acción de reinstalación, en la práctica se ha optado por la solución resarcitoria prevista en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577. Uno de los pocos fallos judiciales que se refieren a este punto, señala que el hecho de que el Convenio internacional indicado determine que el despido sea ilegal no significa que sea nulo, sino que lo tacha de ilegítimo, lo que significa que genera las consecuencias previstas por la ley 11.577².

Recientemente, la ley 17.215 dispuso que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez o en período de lactancia tiene derecho a obtener un cambio temporario de las actividades que desempeña, cuando las mismas, por su naturaleza o por las condiciones en que se llevan a cabo, pudieren afectar la salud de la trabajadora o de su hijo. Este cambio de tareas no puede implicar disminución o aumento de la remuneración que habitualmente percibe la trabajadora.³

El texto legal también dispone expresamente que las trabajadoras que hagan ejercicio de dicho derecho no podrán, por esa sola causa, ser suspendidas, despedidas, perjudicadas o postergadas en sus derechos laborales o en su carrera funcional.

III. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES

A) Alcance subjetivo de la protección y ámbito de aplicación

Uno de los aspectos en los que se ha superado la discusión, es en relación al alcance subjetivo de las normas que tutelan la estabilidad en el empleo de la trabajadora grávida. Si bien el art. 17 de la ley 11.577 dispone que "la obrera" que se encuentre en uso de licencia maternal no podrá ser despedida, la doctrina y la jurisprudencia han entendido pacíficamente que la protección alcanza también a las "empleadas" o más propiamente, a toda trabajadora dependiente sin distinción de clase alguna de categoría, jerarquía o actividad.

Asimismo, actualmente resultan superadas la diversidad de enfoques que existía en el pasado sobre el ámbito objetivo de aplicación de los arts. 16 y 17 de la ley 11.577. Aún cuando los mismos estén insertos en una ley sobre actividades insalubres, estas previsiones tienen indudable alcance general, siendo aplicable a todas las actividades privadas⁴.

² Anuario de Jurisprudencia Laboral 2000 c. 512.

³ Un estudio profundo y prolijo sobre la ley 17.215 puede consultarse en: MARQUEZ GARMENDIA, Martha; "Cambio temporario de actividades durante el período de gravidez o lactancia (ley nº 17.215)" en revista Derecho Laboral, nº 197, enero-marzo 2000, pág. 128 y sigs.

B) Alcance temporal de la protección

Otro punto interesante es la determinación del alcance temporal de la prohibición de despedir a la trabajadora gravida. En un inicio, una parte de la jurisprudencia sostenía que dicha prohibición se refería únicamente al período de licencia maternal⁵. Dicha opinión se fundaba en que la remisión establecida en el art. 17 de la ley 11.577, que dispone que "en el caso previsto en el artículo anterior, la obrera no podrá ser despedida", se referiría únicamente al período en que "tendrá derecho a ausentarse del trabajo por el tiempo indispensable según prescripción médica", es decir, el período de licencia maternal.

Sin embargo, la opinión doctrinaria y jurisprudencial que se impuso fue aquella que sostuvo que dicha remisión debía entenderse como hecha no solamente al período de licencia maternal, sino también al período en que la trabajadora se encuentra en estado de gravidez e, inclusive, a una etapa posterior a su reintegro al trabajo luego de dar a luz y gozar de la licencia especial.

En concreto, la indemnización especial se torna exigible cuando el despido se verifica:

- a) durante el período de gravidez;
- b) durante el período de licencia maternal, tanto la regular o común que la legislación fija en 12 semanas, como la de carácter suplementario o extraordinario derivada de complicaciones del embarazo o parto;
- c) por un período de tiempo razonable posterior al reintegro al trabajo, luego de la licencia maternal.

C) Conocimiento del embarazo por el empleador

En cuanto a la protección durante el período de embarazo, la doctrina y jurisprudencia predominantes han requerido como condición indispensable para que se torne exigible la indemnización especial, el **conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador**.

Al respecto, De Ferrari sostiene que el empleador solamente debe la indemnización especial cuando tiene noticia del embarazo, caso en el cual se presume que el despido persigue como finalidad eludir las obligaciones legales⁶.

En igual dirección, Plá Rodríguez se pregunta si basta con que la trabajadora esté embarazada para tener derecho a la indemnización especial en caso de despido, a lo que responde que teniendo en cuenta la finalidad del instituto parece lógico que la misma solamente deba abonarse si el patrono está enterado del estado de gravidez, ya que sólo en ese caso puede considerarse especialmente sancionable su actitud por estar presumiblemente inspirada en el deseo de eludir el cumplimiento de las restantes obligaciones legales⁷.

A la misma conclusión arriba Héctor-Hugo Barbagelata, quien expresa que es necesario que la trabajadora haya comunicado el embarazo al empleador o que su estado sea notorio. Dicho autor señala que la tesis de la necesidad del conocimiento del embarazo, parte de la idea de que la sanción legal solo puede funcionar cuando el patrón transgrede el precepto, lo que está condicionado al conocimiento de la situación pues la ley no dice que las trabajadoras despedidas en estado de gravidez se benefician de una indemnización suplementaria, sino que no puede ser despedidas en ese estado⁸.

La postura antes mencionada ha sido seguida de manera casi unánime por la jurisprudencia laboral⁹, la que ha expresado que no puede recibir una sanción especial quien desconoce que transgrede una prohibición legal por desconocer que la trabajadora cursaba un embarazo al momento de despedirla.

También ha dicho que una interpretación contraria a la anteriormente señalada, en lugar de ser favorable a la situación laboral de la mujer es perjudicial a ella puesto que coadyuvaría a optar por un trabajador, teniendo en cuenta de que si contrata a una trabajadora asume una responsabilidad objetiva de no despedir, so pena de que por su condición de mujer, pueda estar embarazada en algún momento¹⁰.

En general, se ha señalado que corresponde a la trabajadora acreditar que el empleador está en conocimiento del estado de gravidez al momento de decidir su despido, debido a que no puede pretenderse que sea el patrono el que aporte la prueba imposible de un hecho negativo (ignorancia de la gravidez)¹¹. En ese orden, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno ha dicho que "es de cargo de la trabajadora gravida el

⁴ PLA RODRIGUEZ, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, ed. Idea, Montevideo, 1988, pág. 183.

⁵ MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo; "La prohibición de despedir a la trabajadora gravida" en revista Derecho Laboral, n° 98, abril-junio 1975, pág. 270 y sigs.

⁶ DE FERRARI, FRANCISCO, Derecho del trabajo, Vol. II, ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, pág. 535.

⁷ Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 208.

⁸ BARBAGELATA, Héctor-Hugo; Derecho del trabajo, tomo I vol 2, ed. FCU, Montevideo, 1999, pág. 230.

⁹ AJL 1998 c. 386, 387, 388, 392. AJL 1999 c. 467, 471, 472. AJL 2000 c. 498, 499, 500, 502, 503. AJL 2001 c. 360, 361, 362, 365.

¹⁰ AJL 1998 c. 390.

¹¹ PLA RODRIGUEZ, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 208 y sig.

probar el conocimiento directo del empleador acerca del embarazo y ello no se asume por inferencias ni en aplicación de la regla "in dubio pro operario"¹².

En la práctica la trabajadora suele comunicar al empleador dicha condición a través de algún medio fehaciente (telegrama colacionado, carta certificada, etc.), facilitando de esa forma el cumplimiento de la carga probatoria que fuera mencionada.

En otro orden, es preciso señalar que la jurisprudencia ha sido flexible en la apreciación de la prueba del conocimiento del empleador, constituyendo un criterio frecuentemente utilizado el de la "notoriedad del embarazo" para dar por suficientemente acreditado tal extremo¹³, lo que generalmente acontece al quinto mes de embarazo¹⁴.

Además, corresponde anotar que se entiende cumplido el requisito del conocimiento de la gravidez no solamente cuando el mismo se deposita en la figura del empleador "strictu sensu", sino también en su personal de confianza (gerentes, capataces, supervisores, etc.)¹⁵.

La posición contraria ha sido sostenida en jurisprudencia en un fallo del Juzgado Letrado del Trabajo de 2º turno, dictado hace más de dos décadas por la Dra. María Eloisa Galarregui¹⁶ y más recientemente, en sentencia dictada por el Juzgado Letrado del Trabajo de 8º turno, a cargo de la Dra. María Rosina Rossi¹⁷ y, en doctrina, por Osvaldo Mantero de San Vicente¹⁸.

Los argumentos que invoca esta postura podrían resumirse de la siguiente forma:

- a) los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 no establecen el requisito del conocimiento del embarazo para que funcione la indemnización especial;
- b) el tenor literal de dichas disposiciones, el contexto de la ley, la finalidad del instituto de la indemnización por despido y la historia de la sanción de la norma legal conducen a sostener que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva;
- c) lo que se sanciona no es el despido a causa del embarazo sino en ocasión del embarazo;
- d) por tratarse de una responsabilidad objetiva no interesa si el empleador quiso dañar o no, sino simplemente compensar el daño causado por el hecho del despido en una ocasión tan especial;
- e) lo que se protege es la maternidad y el hijo;
- f) la norma no es sancionadora sino protectora de la maternidad;
- g) si aún quedaran dudas, debe aplicarse la regla in dubio pro operario.

Partiendo de la premisa de que el "conocimiento" del estado de gravidez es un requisito indispensable para que funcione la protección de la estabilidad en el empleo, debe precisarse cuál es la relación temporal entre el conocimiento y la comunicación del despido a la trabajadora.

A ese respecto, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno entendió que no correspondía el pago de la indemnización especial si la notificación del estado de gravidez se hizo recién al momento de comunicarse el despido¹⁹. El tribunal señala, a nuestro juicio con acierto, que el despido se perfecciona cuando la comunicación del mismo llega al trabajador y éste toma conocimiento del acto, por lo que se torna irrevocable, salvo que el empleador libremente decida lo contrario.

A igual conclusión había arribado el Tribunal de Apelaciones del Trabajo (único) en el año 1977, el que señalaba que si el empleador no conoce el estado de gravidez al momento de decidir y comunicar el despido, entonces no infringe lo dispuesto en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 ya que no tiene forma de garantizar la estabilidad en el empleo²⁰. Esta postura ha sido criticada por Martha Abella de Artecona, quien entiende que si bien el acto de despido surte efectos desde el momento en que es comunicado, el mismo es perfectamente revocable y la exigencia de la revocación en tal supuesto, se inscribiría dentro de la mecánica de protección instituida por la ley y aseguraría su eficacia²¹.

¹² Sentencia n° 35 de 19 de febrero de 2003.

¹³ AJL 1999 c.470; AJL 1994/95 c. 520; AJL 1993 c. 362; AJL 1996/97 c. 789 ; AJL 1998 c. 387.

¹⁴ AJL 2001 c. 363 y TAT 3º sent. N° 50 de 19.2.2003. En otros casos se consideró que el embarazo era "notorio" a los cuatro meses y medio: AJL 2000 c. 516.

¹⁵ AJL 1988-1991 c. 511. En este caso se consideró que el conocimiento del embarazo por el Encargado de Sección, era suficiente para dar por acreditado que el empleador también lo conocía.

¹⁶ Sentencia de 25 de marzo de 1975, publicada en revista Derecho Laboral n° 98, abril-junio 1975, pág. 264 y sigs.

¹⁷ Publicado en AJL 1994/1995 c. 522.

¹⁸ "La prohibición de despedir a la trabajadora grávida", op. cit., pág. 264 y sigs.

¹⁹ Sentencia n° 458 de 10 de diciembre de 2001.

²⁰ Publicada en La Justicia Uruguaya c. 8.622).

²¹ ARTECONA, Martha Abella; "despidos especiales" en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, tomo XI, diciembre 1988, pág. 35

D) Características de la indemnización especial

El art. 17 de la ley 11.577 dispone que la violación de la estabilidad laboral de la trabajadora grávida trae aparejado que el patrón deba satisfacer un importe equivalente a seis meses de sueldo, **más la indemnización legal que corresponde**.

Esta indemnización especial tiene carácter sancionatorio, ya que se exige el conocimiento del embarazo por el empleador para que la indemnización se devengue, pero además, es **independiente** de la indemnización común por despido y eventualmente **acumulativa** con la misma²².

En efecto, existe coincidencia en cuanto a que aún cuando la trabajadora no tenga derecho a cobrar la indemnización común prevista en las leyes del año 1944, igualmente el empleador tiene la obligación de servir la indemnización especial. Los ejemplos más claros de esta situación son los de la jornalera que no cumplió la cantidad de 100 jornadas que es el mínimo requerido para acceder a la indemnización común o la trabajadora doméstica, que para tener derecho a cobrar dicha indemnización debe haber cumplido un año en el empleo. En ambos casos se ha sostenido que igualmente tienen derecho a percibir la indemnización especial²³, si se cumplen las condiciones previstas en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577, ya que se trata de indemnizaciones autónomas²⁴.

En cuanto al **carácter acumulativo**, la redacción de la norma legal resulta clara por lo que no deja dudas al respecto (la ley consigna: "más la indemnización legal que corresponde"). Solo cabe agregar que la remisión a la "indemnización legal" debe entenderse hecha no solamente en relación al régimen indemnizatorio común previsto en las leyes de 1944, sino a cualquier otro tipo de indemnización que tenga origen "legal" (a vía de ejemplo, indemnización especial por accidente laboral o enfermedad común).

E) Monto y forma de cálculo de la indemnización

La ley 11.577 de 14 de octubre de 1950 establece que en caso de transgresión a la prohibición de despedir a la trabajadora grávida, el patrón deberá satisfacer un importe equivalente a seis meses de sueldo.

En el caso de las trabajadoras que perciben una retribución fija mensual (sueldo), la aplicación de la norma antes mencionada no ofrece dificultades: la indemnización se calcula multiplicando la retribución fija nominal por seis. Distinta es la situación en el caso de las trabajadoras jornaleras, destajistas o con retribución variable (por ejemplo comisionistas), ya que las mismas no perciben un "sueldo".

Interpretar el término "sueldo" en forma restringida, supondría excluir –arbitrariamente– de la protección a un numeroso grupo de trabajadoras, por el solo hecho de tener pactada con el empleador una forma de retribución que no es fija mensual. Por ese motivo, ha existido opinión coincidente en cuanto a que en dichos casos debe hallarse el ingreso mensual de la trabajadora, para luego calcular la indemnización especial. En el caso de la trabajadora jornalera, la indemnización se calculará determinando la cantidad de jornales que realiza habitualmente en el mes (por lo general 25). Tratándose de destajistas o de trabajadoras con retribución variable, se deberá establecer el ingreso promedio mensual de los últimos doce meses previos al egreso. El monto de la indemnización será el resultado de multiplicar el ingreso mensual ("sueldo") de la trabajadora por seis.

A diferencia de lo que sucede con el cálculo de la indemnización común por despido, la indemnización especial por maternidad no incluye las llamadas "alícuotas" o "incidencias". En efecto, mientras el régimen común consagrado por las leyes n° 10.489, 10.542 y 10.570 ordena liquidar y pagar las indemnizaciones en función de la «remuneración total mensual», que según doctrina y jurisprudencia ampliamente mayoritarias implica tomar como base todas las retribuciones en dinero y especie que fueron abonadas al trabajador en forma habitual, la ley 11.577 solamente hace referencia al "sueldo". La redacción sobria y acotada utilizada por esta última norma no admite una interpretación y aplicación amplias, por lo que se ha rechazado la inclusión de partidas marginales (horas extras, primas y compensaciones, aguinaldo, etc.) para el cálculo de la indemnización²⁵.

²² Barbaglata señala que la indemnización especial es una "especie de multa" en provecho de la trabajadora afectada, la que se acumula a la que podría corresponder con arreglo al régimen común por despido: Derecho del trabajo, tomo I vol. 2, op. cit., pág. 229.

²³ PLA RODRÍGUEZ, Américo; Curso de derecho laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 210.

²⁴ AJL 2001 c. 378. AJL 2000 c. 515. AJL 1998 c. 388. Juzgado Letrado del Trabajo de 14° turno, sent. 85 de 12.8.1999.

²⁵ Ver: TAT 2° sent. 125/98 de 9.6.1998, en la que se sostiene que corresponde el pago de seis sueldos y no de seis unidades de retribución total. Idem : AJL 1998 c. 791.

F) Procedencia de la indemnización en caso de legitimación adoptiva

Otra situación interesante que se ha planteado ante los tribunales laborales, se refiere a si las normas que tutelan la estabilidad en el empleo de la trabajadora grávida son aplicables al caso de la trabajadora que ha adoptado un hijo. En concreto, se ha debatido respecto a si la indemnización especial prevista en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 es procedente en caso de que el empleador despida a una trabajadora que poco tiempo antes ha legitimado en adopción a un menor.

Sobre el punto, el Juzgado Letrado del Trabajo de 5º turno en fallo dictado por la Dra. Mary Cuello de Wilson entendió que aún cuando la ley 11.577 y el Convenio Internacional del Trabajo nº 103 se refieran al embarazo, puerperio y parto, no se debe descartar su aplicación a la madre que adopta un hijo. Indica que ante el vacío legal en la materia debe asimilarse la situación de la trabajadora madre biológica a la adoptiva, ya que la *ratio legis* demuestra que lo que se persigue es proteger a la madre y el menor tanto durante la etapa de embarazo como en período inmediato posterior.

La sentenciante anota que el menor necesita de su madre, tanto biológica como adoptiva (quien se presta y hace responsable y vela por él brindándose en forma entera a cumplir un rol que la naturaleza le negó²⁶). La Decisora hace caudal además, de que el BPS por resolución nº 440 de 18.2.1987 resolvió otorgar el beneficio del subsidio por maternidad post natal a las trabajadoras que adopten menores.

Distinto fue el temperamento asumido por el tribunal de alzada. El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno, en sentencia nº 398 de 9.10.2000 señaló que «La sola lectura de las disposiciones despeja toda duda, porque no se tiene en cuenta para nada una situación de adopción o de legitimación adoptiva. Se refiere pura y exclusivamente a la maternidad natural o biológica. Por lo pronto, una razón textual: alude a la «mujer en estado de gravidez».

En su apoyo, el Tribunal cita a Barbagelata quien señala que la ley 11.577 conocida como de actividades insalubres, en sus arts. 16 y 17 acordó a todas las trabajadoras, durante su *gravidez* y en el *puerperio* derechos considerablemente más amplios que los que les reconocía el Código del Niño. De igual forma, el Tribunal expresa que el Convenio Internacional del Trabajo nº 103 no refuerza la tesis de la reclamante ya que se refiere a la mujer "casada o no" que tenga un hijo "nacido de matrimonio o fuera de matrimonio", esto es, legítimo o natural, pero no, el legitimado adoptivo.

IV. CAUSALES DE EXONERACIÓN

Los arts. 16 y 17 de la ley 11.577 no establecen de forma expresa ninguna forma de excepcionamiento en caso de despido de la trabajadora grávida o que ha dado a luz, lo que ha llevado a que una corriente de opinión doctrinaria y jurisprudencial que ya fuera comentada²⁷, sostenga que la ley ha consagrado un régimen de responsabilidad objetiva del que deriva la presunción absoluta de que todo despido es motivado en la maternidad.

Sin embargo, la postura que puede considerarse prevalente ha admitido ciertas causales de exoneración de responsabilidad patronal. La **primera causal** de exoneración, a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo, se relaciona con la ausencia de conocimiento del estado de gravidez por parte del empleador.

La **segunda causal** de excepcionamiento, que ha tenido recepción en la doctrina y jurisprudencia predominantes, se vincula con la existencia de notoria mala conducta. Plá Rodríguez señala que si no se admitiese esta causal de exoneración la trabajadora embarazada tendría una especie de patente de corso para tomar cualquier actitud, segura de que no podría ser sancionada y se dejaría la posibilidad de cobro de una indemnización extraordinaria en manos de la propia beneficiaria, que con su comportamiento podría provocar la crisis del contrato²⁸.

En la misma dirección, la jurisprudencia nacional ha dicho que el único requisito para que la indemnización especial se aplique es el conocimiento por parte del empleador del estado de gravidez, no importando las causas que pudieron incidir en la determinación del despido, excepto que se pruebe que la ruptura del contrato obedeció a la trabajadora incurrió en notoria mala conducta²⁹.

También se ha dicho que si la ley exonera al empleador del pago del despido cuando se configura una causal rescisoria justificada imputable al trabajador, dicha exoneración se extiende al pago de la indemniza-

²⁶ La sentencia puede consultarse en AJL 1998 c. 394.

²⁷ Ver supra nº 3.3.

²⁸ Plá Rodríguez, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. I, op. cit., pág. 209.

²⁹ TAT 3º sents. nº 102 de 26.3.2003 y nº 154 de 10.4.2003.

ción especial porque la responsabilidad de la rescisión del contrato recae exclusivamente en la persona del trabajador, acotándose que la circunstancia de que se trate de una trabajadora madre no implica que ésta deje de ser responsable por su conducta laboral³⁰

La **tercera causal** exoneratoria de responsabilidad patronal que se desprendería de la propia mecánica del régimen legal bajo examen, se verificaría cuando existe imposibilidad física o síquica de la trabajadora para continuar cumpliendo sus tareas habituales. En tal sentido, la ley 11.577 establece que una vez finalizada la licencia maternal el empleador debe reintegrar a la trabajadora a su cargo y conservar su trabajo, si la misma "retornare en condiciones normales".

De verificarse la imposibilidad mencionada, el contrato de trabajo se extinguiría por causa no imputable al empleador por lo que no correspondería el pago de ninguna indemnización. En puridad, en tal caso no existiría una situación de despido sino de rescisión del contrato por causas no atribuibles al empleador.

La única duda que se presenta es de si el empleador tiene igualmente la obligación de ofrecer un empleo acorde a la nueva capacidad de la trabajadora, previo a considerar rescindida la relación laboral.

En los casos del trabajador accidentado o enfermo, la opinión predominante ha sido que las leyes que regulan su situación (leyes 16.074 y 14.407) se desprendería la obligación del empleador de otorgar un cargo (categoría) que posea las características adecuadas a la nueva capacidad (disminuida) del trabajador. Solo en caso de no existir tal empleo dentro de la empresa, el empleador podría dar por finalizado el contrato de trabajo sin solución indemnizatoria de ninguna clase.

Martha Abella de Artecona ha señalado que cuando la trabajadora que ha dado a luz presenta un déficit funcional que le impide desempeñar sus tareas habituales, el empleador deberá agotar las posibilidades de conservar el empleo en tareas acordes al grado de discapacitación, antes de quedar eximido de la obligación de reincorporar y solo en tal supuesto no sería deudor de la indemnización especial prevista en la ley 11.577³¹.

Sin embargo, sostener la existencia de dicha obligación encuentra el obstáculo de que la exigencia de conservar el empleo se impone a texto expreso solo para el caso de "retornar en condiciones normales", por lo que podría argumentarse que no hay en este caso obligación patronal de ofrecer un empleo distinto, acorde a la nueva capacidad de la trabajadora.

La **última causal**, sobre la que existe discrepancia tanto en doctrina como en jurisprudencia se refiere a si cuando el despido **no tiene causa, motivo o vinculación con el embarazo**, el empleador se exonera de pagar la indemnización especial. Ejemplo típico de este tipo de situación es cuando existe un cierre de empresa, establecimiento, sección o despido colectivo.

Barbagelata ha señalado que se ha admitido por la doctrina, que el patrón pueda excepcionarse probando una motivación distinta, aunque reclamando que se trate de hechos posteriores a la comunicación del embarazo y de especial gravedad, citando a favor de esta postura a De Ferrari³².

En cambio, Anabel Garat y Osvaldo Mantero han sostenido que todo despido dispuesto en contravención a lo establecido en el art. 17 de la ley 11.577 genera la indemnización especial, sin importar los motivos del empleador por tratarse de un régimen de responsabilidad objetiva, que prescinde de todo elemento subjetivo³³.

Anabel Garat analiza el caso del despido motivado en el cierre del establecimiento, señalando que en función del principio de no asunción de riesgos del trabajador es inaceptable que sin un texto legal que así lo establezca, pueda el patrono descargarse de su responsabilidad con motivo de una vicisitud propia de la explotación empresarial, por lo que la obligación legal de pagar la indemnización especial nace con la simple inobservancia del deber de no despedir.

En jurisprudencia, la postura mayoritaria parece ser aquella que se afilia a la opinión de que no interesan los motivos por los cuales el empleador despidió a la trabajadora³⁴. Así, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno ha dicho que "debido al carácter tuitivo la norma se aplica independientemente de cuáles sean las características del despido o las razones que lo provocan" (sentencia n° 125/98).

También se ha indicado que lo que se busca proteger es a la mujer embarazada, sancionándose el despido en ocasión del embarazo y no a causa del embarazo³⁵, razón por la que no interesan los motivos³⁶ ni se debe probar el nexo causal³⁷, siendo procedente la indemnización aún en caso de cierre del establecimiento³⁸.

³⁰ AJL 2000 c. 497.

³¹ "Despidos especiales" en Revista del Colegio de Abogados del Uruguay, op. cit., pág. 37.

³² Héctor-Hugo Barbagelata; Derecho del trabajo, tomo I vol 2, op. cit., pág. 230.

³³ Mantero, Osvaldo; "La prohibición de despedir a la trabajadora gravida", op. cit., pág. 274 y Anabel Garat, "El artículo 17 de la ley 11.577 ante el despido por cierre del establecimiento" en revista Derecho Laboral, n° 112, octubre diciembre 1978, pág. 627 y sigs

³⁴ AJL 1988-1991 c. 517. AJL 1994-1995 c. 522

³⁵ AJL 1998 c. 388.

³⁶ AJL 1992 c. 640.

³⁷ AJL 1993 c. 363 y 364.

Teniendo en cuenta el fundamento y los objetivos especialmente tuitivos que tienen los arts. 16 y 17 de la ley 11.577, así como la ausencia de causales de exoneración de responsabilidad patronal consagradas de modo expreso, en nuestra opinión la solución que resultaría más adecuada es la anteriormente citada, sobre todo si se admite que estamos en presencia de un régimen de responsabilidad objetiva en el cual no interesan los motivos o razones por los que se prescindió de la trabajadora. Naturalmente, distinta sería la solución si los motivos invocados por el empleador para efectuar el despido constituyesen una auténtica situación de fuerza mayor, la cual debería ser claramente acreditada por el mismo³⁹.

Para otra corriente jurisprudencial minoritaria, la indemnización especial solo se debe si la ruptura del contrato obedece al embarazo, admitiéndose la exoneración en caso de cese de un sector de una planta⁴⁰.

V. DESPIDO ESPECIAL Y DESPIDO INDIRECTO: SU COMPATIBILIDAD

Otro punto sobre el que ha existido una evolución jurisprudencial ha sido respecto a la procedencia de la indemnización especial en situaciones de despido indirecto.

Durante muchos años la jurisprudencia miró con especial recelo las pretensiones de cobro de la indemnización prevista en los arts. 16 y 17 de la ley 11.577, cuando la misma se fundaba en casos de despido indirecto, esto es, en situaciones en las que no era el empleador el que disponía de forma expresa y directa el cese de la trabajadora grávida, sino que era ésta la que tomó la decisión de rescindir el contrato de trabajo debido a un incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empleador.

De esa forma, la jurisprudencia buscaba evitar que la indemnización quedase en manos de la reclamante, ya que ésta podría –al menos hipotéticamente– aprovechar su estado de gravidez para apartarse del empleo ante cualquier situación de incumplimiento del empleador, invocando la configuración de un despido indirecto.

Durante varios años los juzgados letrados de primera instancia del trabajo y los tribunales de apelaciones del trabajo tuvieron posiciones disímiles. Como se verá más adelante, en el año 1997 la Suprema Corte de Justicia fijó posición sobre el tema, aceptando la compatibilidad entre el despido indirecto y la indemnización especial por maternidad. A partir de ese momento, los tribunales del trabajo se han ido afilando paulatinamente a la postura de la Corporación, de forma tal que en la actualidad su posición se revela como la más aceptada.

El rechazo a la procedencia de la indemnización especial en situaciones de despido indirecto se ha fundado, sintéticamente, en los siguientes argumentos⁴¹:

- a) el texto de la ley 11.577 se vincula o refiere al despido expreso: *"la obrera no podrá ser despedida"*;
- b) En el despido indirecto el trabajador se "autodespide", se aparta del trabajo por su decisión unilateral, mientras que en el despido directo existe manifestación de voluntad del empleador. La norma manda conservar el empleo y prohíbe despedir;
- c) La referencia prohibitiva aparece claramente vinculada con el despido expreso, con la decisión unilateral de la empleadora de poner fin a la relación laboral y de esta manera proteger a la maternidad;
- d) se trata de una norma sancionatoria por lo que su interpretación debe ser estricta. Si la norma se refiere al despido directo o expreso no puede recepcionarse la situación de despido indirecto;
- e) la trabajadora podría elegir a su conveniencia la fecha de despido, haciendo coincidir el incumplimiento patronal que normalmente daría lugar a una indemnización común, con su estado de gravidez y en consecuencia reclamar la indemnización especial.

La posición contraria siempre encontró adhesiones en la jurisprudencia. Pero como se dijo anteriormente, se hizo más fuerte a partir de la sentencia n° 364 de 12 de noviembre de 1997 dictada por la Suprema Corte de Justicia⁴².

En dicho fallo la Corporación anula una sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno, que había rechazado el despido especial por basarse en una hipótesis de despido indirecto haciendo caudal de los argumentos que fueron resumidos precedentemente.

En lo sustancial la Suprema Corte de Justicia señala que el despido indirecto no es un "autodespido" y que "...sería muy fácil para el empleador eludir el pago de la indemnización prevista legalmente tornando insoste-

³⁸ AJL 1999 c. 468. AJL 2000 c. 501 y 511.

³⁹ No ingresan en tal calificación situaciones como el cierre de empresa, local o establecimiento por motivos económicos, tecnológicos o administrativos.

⁴⁰ AJL 1994-1995 c. 517. En este caso se exoneró el pago de la indemnización porque el cese se debió a que finalizaron las actividades de faena del frigorífico.

⁴¹ Entre otros fallos pueden consultarse: AJL 1994-1995 c.518, 519, 526; AJL 1996-1997 c. 801; AJL 1998 c. 393.

⁴² AJL 1996-1997 c. 802.

nible la continuación de la trabajadora embarazada en su desempeño laboral para obligarla a ella misma a renunciar. Logrando así, en forma indirecta, evadir la finalidad del instituto, cual es la conservación del empleo en tal especial circunstancia. Por lo tanto, corresponde la aplicación de la norma legal invocada en todos los casos, sin que sea necesario distinguir si el despido fue expreso o indirecto. La objeción principal planteada por la Sala de mérito de que la trabajadora pueda, en cierta forma, elegir la fecha del despido al no configurarse el mismo hasta que no sea invocado, carece de sustento.»

Similares argumentos maneja el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º en la sentencia nº 437/96, señalando que ambos despidos son compatibles pero se debe ser cuidadosos de analizar que el motivo del incumplimiento sea extraño al embarazo. Expresa el Tribunal que «decir que la ley se refiere al despido expreso es una interpretación piedelestrista. Lo que la norma tiende a evitar es la pérdida del empleo de la mujer embarazada y en el despido indirecto la conducta que origina la rescisión contractual es la del empleador.»

Dicho Tribunal también expresa que se debe ser metódico en el análisis de cada situación para evitar que la trabajadora se beneficie indebidamente de la indemnización especial, pero tampoco es equitativo, inicialmente y con carácter general, negar la posibilidad de la indemnización especial cuando se trata de un despido indirecto, por cuanto también puede darse la situación inversa, que el empleador provoque el despido indirecto precisamente por el hecho del embarazo.

Por ese motivo el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno en la sentencia nº 474 de 6 de noviembre de 1996 señaló que no correspondía el despido especial porque el motivo del despido indirecto había acompañado toda la relación laboral (no pago de horas extras), lo que evidenciaba que la decisión de considerarse despedida no tenía vinculación alguna con el embarazo. El incumplimiento patronal había comenzado mucho antes del embarazo y era independiente de éste.

El propio Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno⁴³, que en un inicio había acompañado la posición contraria porque entendía que la ley 11.577 contempla el despido directo en tanto señala una prohibición dirigida al empleador y además la aplicación de la norma no puede quedar librada a la interpretación de la trabajadora de entenderse indirectamente despedida, en el año 2000 exteriorizó un renovado enfoque sobre el punto.

El Tribunal señala que si el empleador agrede sustancialmente las condiciones del contrato determinando el indirecto despido del trabajador en el período de estabilidad, la indemnización especial es procedente, ya que de lo contrario sería muy fácil para el empleador eludir el pago de la indemnización tornando insostenible la continuación de la trabajadora embarazada para obligarla a renunciar.

En los últimos años, los argumentos desarrollados precedentemente han sido seguidos por la mayoría de los juzgados laborales (tanto de Montevideo como del Interior) y los tribunales de apelaciones del trabajo, de suerte que en la actualidad puede afirmarse que la jurisprudencia predominante admite la procedencia de la indemnización especial en situaciones de despido indirecto, siempre que el incumplimiento del empleador haga insostenible la relación laboral para la trabajadora grávida y no se trate de una situación que se ha originado en tiempo anterior al embarazo⁴⁴.

En nuestra opinión, las consideraciones desarrolladas por la Suprema Corte de Justicia y los tribunales laborales antes mencionados tienen la suficiente consistencia y peso como para ser de recibo, sobre todo a la luz de la normativa y los principios del Derecho Laboral. En efecto, en la actualidad existe coincidencia en cuanto a que el despido indirecto es una forma de ruptura de la relación laboral cuya consecuencia es idéntica a la deriva del despido expreso, por lo que resultaría arbitrario rechazar el despido especial originado en un incumplimiento grave del empleador, por la sola circunstancia de que el trabajador es quien adopta la decisión de poner fin a la relación laboral —motivada en la conducta del empleador—.

VI. PERÍODO DE PROTECCIÓN POST LICENCIA MATERNAL

Otro aspecto controvertido que ha despertado especial interés se refiere a las características que debe tener el reintegro de la trabajadora grávida, después de cumplido el período de licencia maternal. La parquedad de la norma legal, que solo establece que «el empleo deberá ser conservado si retornare en condiciones normales», ha generado que las "condiciones" en que el empleador debe cumplir el reintegro hayan tenido que ser elaboradas y establecidas por la jurisprudencia.

⁴³ AJL 2000 c. 506.

⁴⁴ AJL 1999 c. 474 y 478; AJL 2000 c. 504, 505; AJL 2001 c. 366, 367 y 368.

La primera característica que se ha señalado al respecto es que **el reintegro debe ser real y efectivo**. En general se entiende que el envío al seguro de paro o el otorgamiento inmediato de la licencia reglamentaria no se toman en cuenta como reintegro efectivo⁴⁵, por lo que no se computan para el período de estabilidad. Se señala que la norma legal no consagra el derecho a la inamovilidad pero sí la conservación del empleo si la trabajadora retornare en condiciones normales, lo que no se cumple si la reincorporación es meramente formal y no sustancial. Por ello, solo se toman en cuenta a los efectos del cómputo del período de estabilidad aquellas etapas en las que existe trabajo efectivo.

Naturalmente, lo anterior no implica que el empleador no tenga el derecho de enviar a la trabajadora que ha dado a luz al seguro de desempleo o el derecho de otorgarle su licencia reglamentaria anual, que aún no ha gozado. En tales casos no existe incumplimiento del empleador de la garantía de estabilidad prevista en la ley 11.577, pero los lapsos en que la trabajadora permanezca amparada al seguro de desempleo o en goce de licencia reglamentaria suspenderán el curso del período de estabilidad, el que recién se iniciará una vez que se verifique trabajo efectivo.

La obligación de conservar el empleo también supone que el empleador debe **mantener las condiciones laborales** que tenía la trabajadora previo a que se suspendiera el contrato de trabajo por motivo de la licencia maternal.

En términos generales, la jurisprudencia ha entendido que el empleador debe mantener las condiciones habituales de la trabajadora, lo que comprendería el salario, la categoría, el horario, el lugar y las demás prestaciones laborales⁴⁶. En cuanto al alcance de esta obligación, Plá Rodríguez aclara que la expresión "conservar el empleo" no debe entenderse literalmente en el sentido de que deba mantenerse siempre el mismo puesto. Lo que debe respetarse es el salario y la categoría que poseía con anterioridad, pero no es razonable que la trabajadora reivindique el derecho a ocupar exactamente el mismo puesto que antes, porque puede ocurrir que el empleador haya tenido que confiar las tareas a un sustituto y no convenga ni la eliminación ni la sustitución inmediata del mismo⁴⁷.

Pero el aspecto más importante de la obligación de reincorporación y conservación del empleo que recae sobre el empleador se refiere a la determinación de **cuál es el plazo por el que se extiende la estabilidad**.

La ley 11.577 no establece el plazo durante el cual el empleador no puede despedir a la trabajadora madre una vez operada la reincorporación a su puesto de trabajo. La norma legal se limita a señalar que el empleo deberá ser conservado si la trabajadora retornare en condiciones normales, lo que ha llevado a que la jurisprudencia haya tenido que llenar el vacío que dejó el legislador.

El criterio usual que maneja la jurisprudencia es que debe tratarse de un "período razonable". Sin embargo, como veremos seguidamente la determinación precisa de ese estándar no exhibe un criterio uniforme. Si bien el criterio que se ha ido asentando fija el período de prohibición de despedir en 180 días posteriores al reintegro, una revisión de los fallos de los últimos años demuestra que los criterios han sido variados, encontrándose fallos que ubican el plazo en términos sensiblemente inferiores. A continuación se expone un resumen de los criterios utilizados:

a) **30 días**: Martha Abella de Artecona sostuvo que ante el vacío legal debía recurrirse al procedimiento de integración previsto en el art. 16 del Código Civil, es decir a los fundamentos de leyes análogas, acudiendo entonces al plazo de estabilidad previsto en el art. 23 del decreto ley 14.407. La autora reconoce que el tema es opinable y que por esa vía se llega a una protección bastante módica, pero señala que de lo contrario se puede crear una sobreprotección que llevaría a que los empleadores no quieran tomar trabajadoras, convirtiéndose la estabilidad en un factor de discriminación⁴⁸.

b) **un mes y medio (6 semanas)**: en algún fallo aislado se ha sostenido que un plazo razonable es aquel equivalente al que la ley fija para la licencia post parto (un mes y medio)⁴⁹.

c) **34 días desde el reintegro**: en posición no mantenida posteriormente, en su momento el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno consideró que un despido producido a los 34 días del reintegro no era contrario a los arts. 16 y 17 de la ley 11.577⁵⁰.

⁴⁵ AJL 2000 c. 495 y 496. AJL 1999 c. 466. TAT 2º sent. 79/98 y 121/97. En algún caso aislado se ha considerado que el goce de la licencia reglamentaria se debe tomar como tiempo trabajado a los efectos del cómputo del plazo de estabilidad: AJL 1996-1997 c. 788.

⁴⁶ AJL 2000 c. 495 y 496. AJL 1993 c. 363. TAT 1º sent. 408/99.

⁴⁷ Curso de Derecho Laboral, tomo III vol. 1, op. cit., pág. 210.

⁴⁸ "Despido de la trabajadora grávida" op. cit., pág. 37.

⁴⁹ AJL 1992 c. 638.

⁵⁰ AJL 1992 c. 644.

d) **5 meses desde reintegro:** en algunos casos teniendo en cuenta que la ley deja en manos del juez la fijación del plazo de estabilidad, ha dado por cumplida la obligación de conservación del empleo cuando el despido se produjo a los cinco meses contados desde el reintegro⁵¹.

e) **180 días contados desde el parto:** también se ha fijado el plazo de estabilidad en 6 meses pero fijando el comienzo del cómputo no en el momento del reintegro sino del parto⁵², lo cual supone ubicar la estabilidad real entre 3 meses (si la licencia maternal post parto fue de 12 semanas) y 4 meses y medio (si la licencia post parto duró 6 semanas).

f) **entre 120 y 180 días:** En un caso en que la trabajadora se había reintegrado en marzo y el despido se produjo en julio, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno consideró que se había infringido la obligación de conservación del empleo ya que el plazo de estabilidad debía situarse entre 120 y 180 días⁵³.

g) **180 días desde el reintegro:** por último, el criterio que parece ser mayoritario fija la extensión de la obligación de conservación del empleo en 180 días contados desde la reincorporación efectiva y real al empleo. Esta postura, que ha tenido adhesión en la jurisprudencia desde hace varios años⁵⁴, es seguida actualmente por varios juzgados letrados y tribunales de apelaciones del trabajo⁵⁵.

A favor de fijar el plazo en dicho quantum se ha señalado, fundamentalmente, que la integración analógica debe realizarse no con la *ratio* del art. 23 de la ley 14.407 sino con la del art. 69 de la ley 16.074, que establece un plazo de estabilidad en el empleo del trabajador accidentado de 180 días desde su reincorporación, ya que los valores en juego exigen una tutela de mayor extensión temporal.

Como quiera que sea, parecería que no existiendo un plazo fijado legalmente la tarea de establecer el mismo corresponde en cada caso al Juez. A tales efectos éste deberá recurrir a los mecanismos y principios de interpretación e integración previstos en el Derecho laboral y en los arts. 16 y 17 del Código Civil.

En aplicación de estos últimos y del principio de razonabilidad parecería que mientras no exista una solución legal expresa la más adecuada sería establecer el plazo de estabilidad en 180 días, contados desde la reincorporación efectiva de la trabajadora, ya que los bienes tutelados (protección de la madre y su hijo) hacen necesaria una extensión temporal amplia de la obligación de conservación del empleo. Por ello, no parece acertada la postura que establece el momento de arranque de la protección en la fecha del parto, ya que la estabilidad tiene sentido recién cuando la trabajadora reingresa a sus tareas habituales.

Por su parte, la aplicación del principio de razonabilidad permitiría que el tribunal pueda adaptar el criterio antedicho a cada caso concreto, valorando puntualmente las circunstancias que rodean cada decisión del empleador. Así, no parecería razonable que se considerase como violatorio de la obligación mantener la estabilidad en el empleo, si el despido se produce pocos días antes de completarse los 180 días, siempre que las circunstancias y razones que condujeron al mismo no guarden vinculación con la maternidad, obedezcan a una causa justificada y el empleador demuestre haber cumplido cabalmente con sus obligaciones laborales durante todo el período de protección maternal.

Para finalizar este capítulo, interesa señalar que la justicia ha entendido que el plazo de estabilidad que se ha estudiado precedentemente, también alcanza a la trabajadora madre cuyo hijo ha fallecido. En tal sentido, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º turno ha indicado que "el fallecimiento del bebé no afecta el derecho de la actora a percibir la indemnización especial si es despedida en el período de estabilidad. Lo opuesto no solo repugna al espíritu humanitario y profundamente social que informa la ley; sino que -además- implica establecer una limitación que la norma legal no impuso"⁵⁶.

VII. DESPIDO ESPECIAL, CONTRATO A TÉRMINO Y CONTRATO A PRUEBA

A) La contratación temporal en el Derecho laboral uruguayo

El último punto que abordaremos refiere a la procedencia de la indemnización especial en casos de trabajadoras contratadas a término o a prueba.

Como lo señala Barbagelata con gran acierto, en el Uruguay nunca hubo restricción alguna a la posibilidad de formalizar contratos por tiempo determinado⁵⁷. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han acepta-

⁵¹ AJL 1999 c. 479 y AJL 1996-1997 c. 784 y 786.

⁵² AJL 375. AJL 1996-1997 c. 785 y TAT 1º sent. 408/99.

⁵³ AJL 2000 c. 495.

⁵⁴ A vía de ejemplo puede consultarse: AJL 1988-1991 c. 509 y 522.

⁵⁵ TAT 3º sent. 104/2000, 530/2000 y 154/2003; TAT 1º sent. 349/2001. AJL 1993 c. 364.

⁵⁶ AJL 1994-1995 c. 524.

⁵⁷ BARBAGELATA, Héctor-Hugo; "Hablemos de flexibilidad y globalización" en revista Derecho Laboral, n° 194, abril-junio 1999, pág. 221 y sigs.

do la validez de la contratación temporal, con excepción de aquellos contratos visiblemente concertados en fraude de las leyes de despido.

Así, a vía de ejemplo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º turno ha expresado que los contratos con plazo no son violatorios del Derecho Laboral, y que no puede decirse, a priori, que tengan como fin ocultar una verdadera relación continuada⁵⁸.

Es amplio el elenco de contratos a término que se admiten en nuestro ordenamiento laboral. Los **contratos de trabajo para obra determinada** han sido la forma más frecuente de ocupación de mano de obra en sectores como la industria de la construcción, existiendo una jurisprudencia consolidada respecto a que si el trabajador cesa debido al avance y finalización de la etapa para la cual fue contratado, existe agotamiento natural del contrato y no acto de rescisión unilateral del empleador, por lo que no corresponde el pago de indemnización común.

Otras modalidades de contratación temporal sumamente habituales son el **contrato por zafra y por temporada**, los cuales responden a factores objetivos como son el incremento o declinación total o parcial de las actividades económicas en función de los ciclos de la naturaleza o la época del año.

En nuestro país, a diferencia de otras legislaciones comparadas, no se prevé el pago de indemnizaciones a la finalización de la zafra o temporada. El art. 1º de la ley 10.570 dispone expresamente que resultan excluidos del régimen de indemnización por despido los trabajadores zafrales. La Suprema Corte de Justicia ha entendido que la exclusión indemnizatoria mencionada no se ve alterada por la circunstancia de que el trabajador haya sido contratado por varias zafras sucesivas⁵⁹, aunque es de consignar que algunos tribunales han postulado la posición contraria.

Otra forma de contratación temporal plenamente admitida es la **suplencia**. La legislación dispone que los trabajadores suplentes no tienen derecho a percibir indemnización por despido al cesar en sus relaciones laborales como consecuencia del reintegro a sus tareas del titular⁶⁰. También son conocidas y admitidas modalidades como el **trabajo eventual**, que es aquel destinado a cubrir necesidades de trabajo extraordinarias o excepcionales que surgen en el giro o actividad normal de la empresa y tienen una duración limitada, y el **trabajo ocasional** que está destinado a satisfacer una demanda extraordinaria de empleo pero fuera del giro normal del negocio⁶¹.

Por efecto de lo dispuesto en el art. 1º de la ley 10.570, que dispone que están excluidos del derecho al cobro de la indemnización común por despido los trabajadores que realicen "tareas de carácter transitorio", los trabajadores eventuales y ocasionales cesan en sus vinculaciones sin solución indemnizatoria. En esta categoría ingresan los trabajadores contratados por las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) para cumplir una misión de carácter temporal en una empresa cliente. Su vinculación no se considera de naturaleza permanente o estable sino a término, por lo que al finalizar su misión el contrato de trabajo se agota naturalmente no generándose el derecho a cobrar indemnización por despido común⁶².

La conclusión anterior sería distinta si la empresa cliente recurre al empleo temporal de forma fraudulenta, es decir, cuando recurre a la ETT para satisfacer necesidades de empleo permanentes, en cuyo caso no solamente es procedente el pago de indemnización por despido sino que la empresa receptora se convierte en solidariamente responsable por toda clase de crédito laboral, sea de naturaleza salarial o indemnizatoria.

En cuanto al contrato a prueba, si bien la legislación nacional no lo recepciona con carácter general⁶³, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de que el empleador recurra a esta forma de contratación precaria con la sola exigencia de que la prueba sea acreditada fehacientemente, normalmente por escrito, y que el plazo acordado sea razonable⁶⁴.

Según la opinión que puede considerarse como prevalente, durante el plazo de prueba estipulado cualquiera de las partes podría rescindir la vinculación sin consecuencia indemnizatoria de especie alguna.

⁵⁸ Sentencia n° 356 de 8.12.1999, publicada en revista Derecho Laboral, n° 98, abril-junio 2000.

⁵⁹ Sentencia n° 809 de 16.8.1996, publicada en AJL 1996-1997 c. 1875.

⁶⁰ Decreto ley 14.407 art. 23.

⁶¹ PLA RODRIGUEZ, Américo; Curso de Derecho Laboral, tomo II vol. I, Ed. Idea, Montevideo, 1987, pág. 204 y sigs.

⁶² Sobre el punto pueden consultarse, entre otros: AJL 1982-1983 c. 561; AJL 1994-1995 c. 627; AJL 1996-1997 c. 930, 931, 932 y 933; AJL 1998 c. 451 y 452; JLT 3º, sent. n° 72 de 17.8.1999.

⁶³ La ley n° 16.873 de 3 de octubre de 1997 y su decreto reglamentario n° 318/998 de 4 de noviembre de 1998, instituyen cuatro modalidades especiales de contratación laboral a término dirigidas a jóvenes, que tienen el propósito de facilitar su acceso al mercado laboral. En dichas normas se estipula expresamente la posibilidad de concertar un período de prueba y se establece que si los contratos se rescindieren por el mero vencimiento del plazo acordado, los empleadores no estarán obligados al pago de la indemnización por despido establecida en las normas laborales vigentes.

⁶⁴ De acuerdo a los usos y costumbres profesionales el plazo que se suele indicar como máximo es el de 90 días, aunque por motivos justificables se han aceptado plazos algo mayores.

En suma, puede afirmarse que en nuestro país mayoritariamente se ha entendido que la única limitación a la contratación temporal o a prueba es que las mismas hubiesen sido concertadas en fraude a las leyes sobre despido. Cierta corriente de opinión también ha dicho que las causas que dieron lugar a la estipulación del plazo, término o prueba deberían ser reales, objetivas y justificadas para que se admitan. Sin embargo, a falta de norma expresa que consagre este requisito parecería que la única exigencia para la validez y eficacia de la concertación de una relación laboral por tiempo indeterminado sería la mencionada en primer lugar. Cuando el contrato a término se agota naturalmente, es decir, por cumplimiento del plazo o condición, entonces no se genera indemnización común por despido. La misma solución se atribuye al caso de contratación a prueba cuando la misma finaliza dentro del plazo concertado.

B) Despido especial y contrato a término

Veamos ahora cómo se aplican las normas, principios y criterios que vienen de analizarse, a la luz de las previsiones contenidas en los arts. 16 y 17 de la ley n.º 11.577. En el caso de trabajadoras contratadas a término, la posición ampliamente mayoritaria ha descartado la procedencia del despido especial siempre que el contrato se cumpla cabalmente y se extinga por haber llegado a su fin de forma natural.

Barbagelata ha señalado que en principio parece razonable no aplicar la indemnización especial a los contratos con término, si se acepta que no se está en presencia de un caso de despido, aunque acota que la cuestión merece ser reexaminada en el contexto de esta forma de contratación.⁶⁵

En los últimos años la jurisprudencia laboral ha acompañado el criterio antes expuesto. En esa dirección, en un caso en el cual la trabajadora había sido contratada a plazo desde el 23.12.1994 al 31.3.1995 y comunicó su embarazo a la empresa el 15.3.1995, el Juzgado Letrado del Trabajo de 8º turno en la sentencia n.º 36 de 14.5.1996 entendió que no le correspondía acceder a la indemnización especial porque no se verificaba el supuesto previsto en la norma legal: el despido.

En efecto, la sentenciante consideró que la ley 11.577 al establecer que la "obrero no podrá ser despedida" alude directamente a la protección ante la ruptura unilateral por iniciativa del empleador en el marco de un contrato de trabajo de duración indefinida, por lo que la indemnización especial no puede ser aplicable a los casos de agotamiento del contrato por cumplimiento del plazo o término. Agrega que la situación de gravidez de la trabajadora no puede alterar la naturaleza del contrato por lo que la comunicación al empleador de dicha circunstancia resulta intrascendente.

La sentencia que se comenta fue confirmada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno⁶⁶, el que señala que la indemnización especial requiere necesariamente el despido por parte del empleador y la ley 11.577 regula inequívocamente una prohibición de despedir a la mujer embarazada y no regula el caso en que la relación laboral termine por finalización del contrato. El tribunal acota que la actitud que el legislador busca sancionar es la del empleador que despide o no reintegra a la trabajadora, no la de aquel que ha previsto desde un comienzo la finalización del contrato en un momento determinado.

A la misma conclusión arribó el Juzgado Letrado de Trabajo de 9º turno en caso de una trabajadora que fue contratada por zafra⁶⁷ y en situaciones de contratación para la realización de "trabajos ocasionales y transitorios para cubrir las necesidades de aumento excepcional y precario de trabajos en la actividad de la empresa"⁶⁸.

C) Despido especial y contrato a prueba

La situación es distinta tratándose de trabajadoras grávidas que han concertado un contrato de trabajo a prueba. En este caso, la corriente de opinión prevalente sostiene que la indemnización especial es procedente aún cuando el cese de la trabajadora se produzca en el marco temporal de un contrato a prueba.

Antes de analizar los argumentos de cada postura, conviene recordar que para Plá Rodríguez la nota más característica de esta figura es la facultad de las partes de desistir unilateralmente de la relación, sin obligación de resarcimientos ni indemnización. El autor expresa que esa facultad puede ejercerse en cualquier momento y no es susceptible de apreciación judicial. El contratante puede aceptar o rehusar el contrato sin expresión de causa ni justificación de la misma⁶⁹. Sin embargo Plá Rodríguez no estudia el caso concreto de la finalización del contrato a prueba y la situación del embarazo de la trabajadora.

⁶⁵ Derecho del trabajo, tomo I vol. 2, op. cit., pág. 231.

⁶⁶ AJL 1996-1997 c. 799. Igual solución se encuentra en AJL 1999 c. 464 y 465.

⁶⁷ AJL 1998 c. 395.

⁶⁸ AJL 2001 c. 372. Idem: Juzgado Letrado de Tacuarembó de 3º turno, sent. 18 de 22.4.1996.

⁶⁹ Curso de derecho laboral, tomo II vol. 2, ed. Acalia, Montevideo, 1980, pág. 44 y ss.

Para la posición mayoritaria⁷⁰, que admite la procedencia de la indemnización especial por maternidad aún cuando el cese se verifique en el marco del contrato a prueba, los argumentos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

a) el texto de la ley 11.577 no excluye a los trabajadores a prueba, por lo que el intérprete no está autorizado a realizar distinciones que no ha hecho el legislador, y que perjudican la posición del trabajador;

b) el art. 16 de la ley se refiere a "toda mujer en estado de gravidez" lo que supone una protección general, sin limitaciones ni exclusiones, para cualquier categoría y aún con prescindencia de su antigüedad o del carácter definitivo o provisorio con que se le haya tomado;

c) la norma es de orden público, involucra principios constitucionales en orden a la salud y a la mujer y está dirigida a establecer una protección especial por razones biológicas y sociales;

d) la sistemática legal busca desalentar el despido de trabajadoras en estado de gravidez y conservarles el empleo cuando retornan al trabajo en condiciones normales;

e) debe darse prioridad al estatuto tuitivo por encima de la estipulación contractual. Nada justifica que prevalezca el plazo del contrato a prueba por sobre las normas prohibitivas de carácter general;

f) la doctrina y jurisprudencia son abrumados en pronunciarse sobre la procedencia general de la indemnización especial en análisis, aún cuando no corresponda indemnización común y también en casos de cierre o clausura de empresas, por lo que también debe aplicarse en el contrato a prueba;

g) en aplicación del principio de buena fe no puede aceptarse que el patrono rescinda el contrato sin solución indemnizatoria, máxime éste tiene conocimiento expreso del embarazo. De lo contrario se abriría la puerta para la discriminación de la trabajadora grávida por la vía de la admisión de la rescisión basada en la naturaleza a prueba del contrato.

En cambio, para la postura que puede considerarse minoritaria el cese de la relación laboral durante el período de prueba no genera derecho a cobrar indemnización especial. Los argumentos que se han expuesto son⁷¹:

a) el supuesto legal previsto en el art. 17 de la ley 11.577 es que haya un despido y el desistimiento de la prueba no es tal;

b) no se puede modificar la voluntad de las partes y extender una relación laboral que es inicialmente temporal;

c) el contrato a prueba tiene naturaleza de contrato a término, por lo que deben aplicársele las mismas consideraciones.

En una postura intermedia, Danubio Moreira señala que si el empleador no demuestra que el cese de la trabajadora grávida es debido a su falta de idoneidad o capacidad para desempeñar el cargo para el cual fue contratada y además está en conocimiento del embarazo, la trabajadora sería acreedora de la indemnización especial⁷².

En nuestra opinión, si se parte del supuesto de que el contrato a prueba es admisible en nuestro ordenamiento jurídico y que el mismo se celebra para establecer un período dentro del cual el trabajador ha de demostrar su aptitud profesional y su adaptación a la empresa, las tareas encomendadas y la disciplina interna, facultándose a cualquiera de las partes a hacer cesar la relación laboral durante ese período sin obligación resarcitoria alguna, la circunstancia de que la trabajadora quede embarazada o comunique su gravidez durante el período de prueba, no sería razón suficiente para alterar la naturaleza precaria de su contratación ni convertir a la relación laboral en permanente, estable o indefinida.

En efecto, la solución que pregona la corriente de opinión mayoritaria implica transformar un contrato que ha sido pactado por tiempo determinado (por lo general hasta por 90 días) en uno indeterminado, dejando de lado la voluntad de las partes sin norma expresa que lo admita. El carácter de orden público de la ley 11.577 implica que la previsión legal no pueda ser modificada o dejada de lado por la voluntad de las partes. A vía de ejemplo, ningún valor tendría una cláusula contractual que estableciese que si a trabajadora quedase embarazada durante el curso de la relación laboral, la misma no tendría derecho a cobrar la indemnización especial si fuese despedida. Pero cosa muy distinta es que fundándose en el carácter de orden público de la ley, por fallo judicial se cambie la naturaleza temporal de un contrato y la finalidad que persigue el mismo, para imponerse a las partes una estabilidad no querida sancionando al empleador con el pago de la indemnización especial por haber rescindido el contrato dentro del período de prueba.

⁷⁰ A vía de ejemplo puede consultarse: AJL 2000 c. 507, 508. AJL 2001 c. 370, 371, 373, 374. TAT 3º sent. 30/97 y 52/98; TAT 2º sent. 125/98.

⁷¹ AJL 1993 c. 164. AJL 1998 c. 396. AJL 1999 c. 473.

⁷² "Problemática del contrato de trabajo a prueba" en revista Derecho Laboral, n° 199, julio-setiembre 2000, pág. 747.

Adviértase que por esa vía, se le podría estar imponiendo al empleador el mantenimiento de una relación laboral a prueba o ensayo, aún cuando la trabajadora no haya demostrado aptitud y conocimiento profesionales y adaptación a la tarea.

Por otra parte, es de hacer notar que los argumentos que se manejan para admitir la procedencia de la indemnización especial en casos de contratación a prueba resultarían directamente trasladables al caso de los contratos a término, ya que en sustancia el contrato a prueba tiene ínsita la característica de contrato precario, temporal, por tiempo definido. La diferencia con el contrato a término es que en el contrato a prueba puede ejercerse el derecho de desistimiento aún antes de agotarse el plazo. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria ha asumido una postura distinta en los casos de contratación a término, haciendo prevalecer la voluntad de las partes y señalando que no hay hipótesis de "despido" sino de cumplimiento de plazo o condición.

VIII. CONCLUSIONES

De cuanto se viene de exponer en este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

(i) las causales de exoneración de responsabilidad del empleador que se admiten mayoritariamente en caso de cese de la trabajadora grávida o que ha dado a luz son el desconocimiento del embarazo, la notoria mala conducta, la fuerza mayor debidamente acreditada y la incapacidad de la trabajadora que le impida continuar con sus tareas habituales.

(ii) en la actualidad la doctrina y jurisprudencia admiten la compatibilidad entre despido indirecto e indemnización especial por maternidad, excepto que se probare por el empleador que la situación que originó el despido indirecto fue anterior al embarazo y que el apartamiento de la trabajadora de la relación laboral no guarda ninguna vinculación con el estado de gravidez.

(iii) no existe un criterio jurisprudencial uniforme en cuanto al plazo de estabilidad que debe respetar el empleador una vez reintegrada la trabajadora a su puesto de trabajo después de la licencia maternal. En general el período de protección se ubica en el entorno de los 180 días, pero el momento de inicio de cómputo del plazo es disímil.

(iv) finalmente, en cuanto a la procedencia de la indemnización en casos de contratación a término la jurisprudencia predominante se inclina por entender que no existe situación de despido sino agotamiento del contrato. En cambio, si el contrato es a prueba la postura mayoritaria sostiene que corresponde la indemnización especial basándose fundamentalmente en el carácter de orden público de la norma legal y en el alcance general de la protección.