

La estabilidad por maternidad y matrimonio garantizada a la mujer en distintas modalidades contractuales y en los regímenes especiales*

por Miguel Á. Piroló

1. Contratos por tiempo indeterminado durante el período de prueba

Aunque los arts. 177, 178, 180, 181 y 182 de la LCT no contienen directiva alguna que restrinja la aplicabilidad de sus disposiciones a los contratos por tiempo indeterminado, se suele relacionar la protección que brindan a la mujer con motivo de su maternidad y matrimonio con la subyacencia de un contrato que cuente con un régimen genérico de estabilidad, al menos relativa e impropia como el que prevé la propia LCT. De allí que, cuando se introdujo en la ley general el denominado período de prueba, habida cuenta de que durante su vigencia el vínculo carece de permanencia garantizada, un calificado sector de la doctrina nacional sostuvo la imposibilidad de que, dentro del referido lapso, cobre operatividad la garantía especial de estabilidad que contemplan las normas indicadas¹. Sin embargo, el fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo –doctor Álvarez– y distintos pronunciamientos de ese tribunal que recogieron su criterio, se inclinaron por admitir que la garantía de estabilidad reconocida en protección de la maternidad tiene aplicación aun durante el lapso de prueba, por lo que el despido inmotivado dentro de ese período –aunque no dé lugar a indemnización por antigüedad ni sustitutiva del preaviso–, genera el derecho de la trabajadora a percibir la indemnización especial contemplada en el art. 182 de la LCT². Compartimos los argumentos en los que se fundan esas decisiones judiciales; y, sin perjuicio de remitirnos a ellos y a las razones que en sentido coincidente expondremos en este trabajo, creemos conveniente puntualizar aquí que la doctrina que emerge de esos fallos también resulta aplicable a las relaciones regidas por estatutos especiales que prevén el lapso de prueba. En efecto, algunas normas estatutarias (v.gr., leyes 12.981 y 12.908, decrs. leyes 13.839/46 y 22.212/45) contemplan desde antiguo la implementación de un período de prueba (en algunos casos, con carácter facultativo para el empleador); pero, a la luz de la doctrina judicial a la que adherimos, entendemos que las normas que exigen de toda responsabilidad al empleador que despide sin causa dentro de ese lapso, quedan desplazadas por aquéllas que protegen a la mujer en las situaciones analizadas. En consecuencia, de producirse un despido inmotivado que pueda relacionarse con la maternidad o el matrimonio (por vía de la presunción legal o a través de cualquier otro medio de prueba), se deberá reconocer en favor de la trabajadora una indemnización (que, por aplicación directa o por vía de analogía, podría ser la prevista en el art. 182 de la LCT; o bien una equivalente basada en el derecho co-

* Publicado en “Derecho del Trabajo”, 2000-B-2265.

¹ Martínez Vivot, Julio J., TSS, 1998, p.1042; Carcavallo, Hugo R., TSS, 1995, p. 329.

² CNAT, Sala III, 5/3/98, “Guisado de Jakobs, Paula c/K B Servicios SA s/despido”, TSS, 1998, p. 1037; íd., Sala IV, 24/4/98, “Fernández, Marcela c/BAS SA”, DT, 1999-A-685.

mún), para reparar el daño que se origina en el acto discriminatorio que supone su separación de la empresa con motivo de esas causales.

En un reciente pronunciamiento, una de las salas que consideró operativas las normas protectorias de la maternidad durante el período de prueba modificó parcialmente su criterio al sostener que, durante ese lapso, si bien rige la garantía de estabilidad, no tiene virtualidad la presunción que emerge del art. 178 de la LCT. Remitiéndose a consideraciones vertidas en el caso anterior, el tribunal remarcó en esta ocasión que, durante el período de prueba, como no juega la referida presunción, la vigencia de la garantía analizada está condicionada a que la trabajadora acredite que fue víctima de un acto discriminatorio, es decir, que fue despedida por causa de su maternidad³. Respetuosamente, discrepamos con esta última conclusión. En efecto, si bien es cierto que durante el período de prueba carece de virtualidad la presunción que establece el art. 178 de la LCT, no lo es menos que la estabilidad que corresponde a la mujer en esa situación no deriva de la operatividad o no de la presunción sino de la expresa disposición contenida en el art. 177 de la LCT que, a su vez, guarda lógica correlación con las directivas que emanan del art. 11, inc. 2, ap. a, de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (res. ONU 34/180, aprobada por ley 23.179), que reviste jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, Const. nacional), y del art. 1º de la ley 23.592. En efecto, el citado art. 177 de la LCT establece de modo concluyente: “Garantízase a toda mujer durante la gestación el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificación a que se refiere el párrafo anterior”. Vale decir que, a partir del momento mismo de la comunicación de embarazo, nace una garantía de estabilidad cuya vigencia no está condicionada a la operatividad de la presunción que establece el artículo siguiente y que fue creada, precisamente, para evitar que se discrimine a la mujer en razón de su gravidez. Por lo tanto, si se produce el despido sin causa dentro del período de prueba pero con posterioridad a la comunicación, no es imprescindible que la trabajadora acredite que se trató de una discriminación originada en su maternidad porque, en realidad, tiene garantizada una estabilidad temporalmente limitada cuya vulneración supone, *per se*, la configuración de un acto discriminatorio que no necesita ser especialmente demostrado porque fue presumido por el legislador (precisamente, para tratar de evitar que se configure) al instituir la referida garantía de estabilidad. El quebrantamiento de esa estabilidad, al margen de cualquier presunción, es lo que origina el derecho de la trabajadora a recibir una reparación del daño que ocasiona el acto ilícito patronal; y ello debe concretarse a través del pago de una indemnización porque –como es sabido– en nuestro sistema normativo la afectación de una garantía de estabilidad sólo se castiga con sanciones de índole económica (a excepción de la reconocida en favor de los representantes gremiales).

Si con relación a los contratos por tiempo indeterminado –dentro de cuyo marco referencial resulta concebible el período de prueba– se suscitaron dudas y opiniones encontradas con respecto a la aplicabilidad de las disposiciones que protegen la maternidad y el matrimonio –a través de un sistema especial de estabilidad– durante el lapso en el que la relación carece de estabilidad genérica, es evidente

³ CNAT, Sala III, 29/2/00, SD, nº 80.396, “Smorzeñuk, Graciela c/Olea, José y otros”.

que las discrepancias pueden ser trasladadas a los casos en los que el vínculo no está sujeto a ningún sistema de estabilidad por tratarse de un servicio de carácter eventual, o bien de un contrato regido por una norma especial (v.gr., ley 22.250); o, acaso, de una relación expresamente excluida del ámbito de aplicación material de la LCT como, por ejemplo, la correspondiente al servicio doméstico (decr. 326/56).

2. La garantía de estabilidad por razones de maternidad y matrimonio en nuestro derecho positivo

Liminarmente, creemos conveniente puntualizar que la garantía de estabilidad que confiere la ley general a la trabajadora durante el período de gestación y maternidad o por contraer matrimonio no rige únicamente en los casos de contrataciones por tiempo indeterminado o que posean un régimen genérico de estabilidad, sino que resulta operativa en cualquier tipo de contrato laboral y cualquiera sea la norma estatutaria a la que esté sujeta. Tal como sostuvimos en un trabajo anterior⁴, aunque la sanción contemplada en el art. 182 de la LCT parece estar referida a los contratos sujetos a un sistema de estabilidad relativa impropia (sobre todo porque el último párrafo podría llevar a pensar que su procedencia está condicionada a la viabilidad de la prevista en el art. 245 de la LCT), creemos evidente que la estabilidad que debe asegurarse a la trabajadora durante la gestación y maternidad o que contrae enlace, en función de lo establecido en normas internacionales de rango constitucional y en expresas disposiciones de derecho interno, no puede estar limitada a las contrataciones por tiempo indeterminado o sujetas a un régimen genérico de estabilidad, sino que es aplicable a cualquier modalidad contractual (aunque no estén expresamente previstas las consecuencias a que dará lugar la afectación a ese derecho). En efecto, el art.11, inc. 2, ap. a, de la ya mencionada Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (res. ONU 34/180, aprobada por ley 23.179), establece que los Estados partes, con el fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio y maternidad y de asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, deben adoptar medidas adecuadas para “prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil” (art. 11, inc. 2, ap. a, Convención citada). Aunque de modo más genérico, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. II, VI y VII) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 24), también obligan a los Estados participantes a adoptar medidas tendientes a evitar la consumación de actos discriminatorios. En el derecho interno, los arts. 17 y 81 de la LCT y el art.1º de la ley 23.592, establecen claramente la prohibición de todo acto discriminatorio originado –entre otras– en razones de sexo; y, aunque las dos normas mencionadas en primer término no prevén consecuencias, es evidente que las directivas que emanan de todas ellas llevan implícita la necesidad de adoptar mecanismos tendientes a que cesen los efectos del acto contrario a sus disposiciones y a sancionar el daño que éste provoca. Por otra parte, la simple lectura de los arts. 177, 180 y 181 de la LCT evidencia que sus directivas no prevén ningún tipo de excepción basada en las modalidades contractuales o en la sujeción del contrato a un régimen específico. La valora-

⁴ Nos referimos a nuestro trabajo: *La extinción del contrato de trabajo en las relaciones regidas por los estatutos especiales*, “Revista de Derecho Laboral”, Extinción II, 2000-2, Rubinzal-Culzoni.

ción conjunta de las normas de rango constitucional y de derecho interno precedentemente mencionadas, lleva a considerar que la protección contra el despido por causa de embarazo-maternidad y de matrimonio debe ser reconocida a la mujer en el ámbito de cualquier vínculo laboral y cualquiera sea la modalidad bajo la cual haya sido contratada. El problema, acaso, consistirá en determinar cuál es el método para sancionar al empleador que viola esta garantía cuando la relación se estableció por un plazo determinado (cierto o incierto) o bien cuando está sujeta a un régimen especial; pero ello no impide considerar que la estabilidad debe regir en cualquier tipo de contratación y que, en ausencia de norma específica, corresponde al juez establecer de qué modo se debe concretar la protección cuando aquélla es quebrantada. Aunque más adelante nos referiremos específicamente a esta cuestión, anticipamos ahora que, en los casos en los que no resulte aplicable en forma directa ni por vía de analogía el art. 182 de la LCT, si se verifica la afectación de la estabilidad garantizada a la mujer con motivo de las situaciones analizadas, como ello supone un acto patronal discriminatorio, el juez debe fijar en forma prudencial y con base en el derecho común el resarcimiento del daño que provoca ese acto.

3. Garantía de estabilidad en contrataciones por tiempo determinado (cierto e incierto)

Dentro de las contrataciones por tiempo determinado se distinguen dos categorías básicas: las de plazo cierto (o fijo) y las de plazo incierto (o eventual). Si bien se trata de dos especies de un mismo género y ambas están comprendidas en las directivas del art. 90 de la LCT, existen disposiciones dentro del mismo título que sólo se refieren al contrato a plazo fijo (arts. 93 a 95, LCT); no obstante lo cual entendemos que también pueden resultar aplicables a un vínculo de naturaleza eventual pues no aparece patentizada incompatibilidad alguna. En efecto, tal como sostuvimos en una ocasión anterior⁵, el art. 100 de la LCT establece la posibilidad de extender al contrato eventual los beneficios contemplados en esa ley que resulten “compatibles con la índole de la relación”; y ello torna indiscutible la aplicabilidad de las normas referidas al contrato a plazo cierto pues su compatibilidad deriva de la circunstancia de pertenecer ambas modalidades (especies) al mismo género. Ahora bien, si una vez iniciada una relación a plazo fijo o eventual la trabajadora comunica su estado de embarazo o que contraerá enlace y el contrato se extingue por haberse cumplido el plazo (cierto o incierto) originalmente pactado, no podrá entenderse afectada la estabilidad que garantizan las normas constitucionales y legales antes citadas porque es obvio que la ruptura no tiene por causa un acto discriminatorio originado en la maternidad o matrimonio. En efecto, la extinción por cumplimiento del plazo o por haber culminado el evento que dio origen a la contratación deriva de una causa inmanente a la naturaleza misma de esas relaciones que, además, es de origen anterior al conocimiento por parte del empleador de alguna de las circunstancias apuntadas. Es más, aunque no se admita en juicio la validez de una contratación a término (por no encontrarse reunidos los recaudos previstos en los incs. *a* y *b* del art. 90, LCT) y se califique de injustificado el despido basado en la conclusión del plazo, no podría atribuirse la ruptura a un acto discriminatorio pues la decisión de que el vínculo concluya en un lapso dado es adoptada por el empleador (justificada o injusti-

⁵ Nos referimos a nuestro trabajo: *Modalidades del contrato de trabajo, DT, 1982-B-953.*

tificadamente) antes de tener conocimiento de las situaciones analizadas⁶. A igual conclusión cabría arribar si el empleador conociera el estado de embarazo, la maternidad o el matrimonio al momento de celebrar el contrato por tiempo determinado porque no sería lógico que decida anudar una relación en esas condiciones para fijar un plazo contractual con una finalidad discriminatoria. En cambio, se trate de un contrato a plazo fijo o de un vínculo eventual, si media un despido *ante tempus* de la trabajadora que comunica encontrarse en alguna de las situaciones indicadas, la circunstancia de que la relación –de todos modos– estaba destinada a concluir en un tiempo determinado, no impide observar la existencia de un acto discriminatorio contrario a las directivas constitucionales y legales apuntadas. Existe, entonces, un acto ilícito –independiente de la ruptura anticipada– que afecta la garantía de estabilidad contemplada para los casos de maternidad y matrimonio, precisamente, para evitar la consumación de actos discriminatorios de los que suele ser víctima la mujer que trabaja⁷. De acuerdo con ello y dado que en nuestro ordenamiento privado la estabilidad no implica la indisolubilidad del vínculo sino sólo un mecanismo de sanciones económicas que opera como elemento disuasivo y, finalmente, sancionatorio del obrar antijurídico del empleador, entendemos que la protección a la maternidad y al matrimonio, cuando la relación es por tiempo determinado y se produce el despido antes de su conclusión, se traduce en el pago de una indemnización especial que el juez debe fijar en cada caso en que sea vulnerada.

En los contratos por tiempo determinado (cierto o incierto), si se produce la ruptura anticipada por decisión unilateral e incausada del empleador, rige el sistema indemnizatorio previsto en el art. 95 de la LCT que, como se vio, no sólo resulta aplicable a las relaciones establecidas a plazo fijo sino también a la otra especie del mismo género, es decir, a las eventuales (o de plazo incierto), pues no cabe duda que dicho sistema resulta compatible con esta modalidad (conf. art. 100, LCT). Cuando en el marco de una modalidad contractual a término la trabajadora comunica su embarazo o que contraerá matrimonio (en la medida que el enlace deba celebrarse dentro del lapso de vigencia del contrato), nace en su favor la garantía de estabilidad que dimana del citado art. 11, inc. 2, ap. a, del Convenio internacional mencionado (conf. art. 75, inc. 22, Const. nacional), de los arts. 177, 180 y 182 de la LCT y del art. 1º de la ley 23.592. Si con posterioridad a dicha comunicación o a que el empleador tenga efectivo conocimiento de alguna de esas situaciones, se produjera el despido incausado *ante tempus*, el juez debe graduar la indemnización por los daños y perjuicios que hubiera ocasionado la ruptura anticipada en función de los que justifique haber sufrido aquélla o, en su defecto, en forma prudencial. Como el despido en esas condiciones implica el quebrantamiento de la garantía de estabilidad que el legislador ha instituido –precisamente– para evitar que se discrimine a la mujer por las causas apuntadas, al fijar la indemnización que establece el art. 95 de la LCT el juez debe considerar expresamente la reparación del daño que origina el obrar antijurídico del empleador que desconoce el derecho de la trabajadora a conservar su empleo hasta la fecha de finalización pactada.

⁶ Conf. CNAT, Sala II, 16/5/95, “Gori, Graciela E. c/Red Celeste y Blanca SA y otro”, DT, 1995-B-1388; íd., Sala VIII, 31/3/99, “Verón, Alejandrina c/Nuevas Fronteras SA”, DT, 1999-B-2287.

⁷ Conf. CNAT, Sala VII, 24/10/00, SD, nº 34.252, “González, Stella Maris c/Carli SA s/despido”.

4. La garantía de estabilidad en las relaciones regidas por estatutos especiales

Con excepción del régimen nacional del trabajo agrario, los estatutos carecen de una regulación protectoria de la maternidad o del matrimonio por lo que, a nuestro entender, a las relaciones regidas por éstos que revistan carácter permanente (salvo las contempladas en la exclusión de los incs. *b* y *c* del art. 2º, LCT), le son aplicables las disposiciones contenidas en los arts. 177 a 179 y en los arts. 180 a 182 de la LCT, pues estas normas no aparecen como incompatibles con la naturaleza de las actividades que dan lugar al establecimiento de vínculos por tiempo indeterminado ni con el específico régimen jurídico al que se hallan sujetas (arg. art. 2º, párr. 1º, LCT). Existen, empero, ciertas regulaciones especiales dentro de cuyo ámbito se configuran, normalmente, relaciones a término; u otras respecto de las cuales la propia LCT excluye su aplicabilidad (art. 2º, incs. *b* y *c*) por lo que, seguidamente, haremos una breve referencia a ellas.

Si bien es difícil imaginar a mujeres trabajando en el ámbito de ciertas actividades como la industria de la construcción, no cabe descartar esa posibilidad (p.ej., en tareas de pintura), sobre todo si observamos que en los últimos años la mujer se ha ido posicionando en puestos de trabajo tradicionalmente ocupados por personal masculino (v.gr., conducción de colectivos y taxis, arbitraje de fútbol, periodismo deportivo, tareas de seguridad, etcétera). En el marco de la actividad nautica, también es difícil imaginar que la mujer se integre a la tripulación de un buque de carga; pero –prejuicios al margen– es muy frecuente que lo haga en barcos de pasajeros o, incluso, en buques-factoría. Hemos mencionado estas actividades a título ejemplificativo; y sólo para remarcar que, aun cuando la contratación responda a necesidades típicamente transitorias (como ocurre en el caso de las obras en construcción o de los contratos de ajuste por viaje o por tiempo determinado), cabe reconocer a la mujer que trabaje en esa actividad una protección especial contra el despido por causa de maternidad o matrimonio. En las relaciones a término regidas por estatutos respecto de las cuales resulte aplicable el sistema de reparación que establece el art. 95 de la LCT, la indemnización correspondiente al daño que provoca el despido *ante tempus* de la trabajadora en las situaciones analizadas, de acuerdo con lo explicado en el apartado anterior, debe quedar incluida en la valoración que tiene que efectuar el juez en los términos de esa norma. Si, en cambio, no resultare aplicable el sistema indemnizatorio previsto en el art. 95 de la LCT, el juez, de todos modos, debe fijar una reparación autónoma por el daño que origina la violación de las normas que protegen a la mujer contra el despido por causa de maternidad o matrimonio, a cuyo efecto podrá fundar su decisión en las directivas que emanan de los arts. 505, inc. 3º, y 511 del Cód. Civil y del art. 1º de la ley 23.592. Una vez decidida la viabilidad de la indemnización, para graduar su cuantía, podrá utilizar como pauta de orientación el módulo fijado por el art. 182 de la LCT; o, acaso, adoptar la solución contenida en ella por vía de analogía (ante la ausencia de norma específica –arg. art. 16, Cód. Civil–), sin perjuicio de meritar su adecuación a las especiales circunstancias de cada caso.

El art. 2º de la LCT excluye la posibilidad de aplicar sus disposiciones a las relaciones de trabajo agrario y a las del servicio doméstico (incs. *b* y *c*). En el primer caso, la exclusión no genera ningún tipo de afectación a la garantía que venimos analizando porque el estatuto (ley 22.248) contempla especialmente la protección de

la maternidad y del matrimonio; incluso, de modo más favorable que la LCT. La trabajadora permanente que, luego de haber comunicado fehacientemente su estado de embarazo, fuere despedida sin causa, tiene derecho a percibir una indemnización equivalente al importe de los haberes que hubiere devengado hasta el vencimiento de la licencia de 90 días que debería otorgarse con motivo del parto (arts. 113 y 115, RNTA). El personal femenino no permanente goza de igual derecho, pero sólo hasta el vencimiento del plazo contractual prefijado, por lo que, si ello ocurre antes de la fecha hasta la cual debería extenderse la licencia por maternidad, la indemnización antes mencionada sólo involucrará los haberes que se hubieren devengado hasta el vencimiento de aquel plazo (art. 116, RNTA). En el caso de la trabajadora permanente, si el despido se produce dentro de los siete meses y medio anteriores o posteriores al parto, la ley presume que tuvo por causa el embarazo o nacimiento –salvo prueba en contrario–; generándose así la obligación patronal de abonar una indemnización equivalente a doce meses del último sueldo que se acumula a la anterior y a la que pudiere corresponder en base al art. 76 (art. 118, RNTA). Respecto de los trabajadores de ambos sexos que fueran despedidos dentro de los tres meses anteriores o de los seis posteriores a la fecha que hubieran comunicado como de celebración de su matrimonio, se presume que la decisión patronal tuvo por causa el enlace –salvo prueba en contrario–; por lo que la actitud patronal también se sanciona con una indemnización equivalente a doce meses del último sueldo (arts. 118, 120 y 121, RNTA).

En cambio, el estatuto que rige en el ámbito del servicio doméstico (decr. 326/56) carece de toda disposición protectoria de la maternidad y del matrimonio de la mujer; y, como se vio, no es factible aplicar en forma subsidiaria ni supletoriamente la LCT porque la situación se encuentra comprendida en la exclusión del art. 2º, inc. b de esa ley. Demás está decir que, a pesar del silencio del estatuto y de la inaplicabilidad de la LCT, la garantía emergente de las normas de jerarquía constitucional antes reseñadas y la directiva que emana del art. 1º de la ley 23.592 resultan plenamente aplicables a la trabajadora que se desempeña en el ámbito doméstico. De acuerdo con ello, si el despido se produjera luego de la comunicación de embarazo o matrimonio o dentro de un lapso razonablemente cercano a la maternidad o al enlace a cuyo efecto, pueden considerarse por vía de analogía los plazos presuncionales que establece la LCT –conf. art. 16, Cód. Civil–, deberá entenderse que media una discriminación contraria a la protección que emana de dichas disposiciones y reconocerse en favor de la trabajadora el derecho a percibir una indemnización reparatoria del daño que provoca el acto ilícito patronal, con fundamento en el ordenamiento civil. Tal como hemos indicado más arriba con respecto a otros supuestos, a fin de graduar la reparación correspondiente, el juez puede utilizar como pauta orientadora el método de cálculo previsto por el art. 182 de la LCT porque, a nuestro entender, la exclusión del art. 2º de la LCT no empece a la posibilidad de aplicar alguna solución contemplada en ella por vía de analogía (cuando la situación no se encuentra prevista en la norma estatutaria –art. 16, Cód. Civil–), sin perjuicio de meritar su adecuación a las especiales circunstancias de cada caso.