

1 de febrero de 2010
DAJ-AE-12-10

Licenciadas
Patricia Quesada León
Marielos Villalta Vargas
Arlene González Castillo
Departamento de Asesoría Jurídica
Registro Nacional

Estimadas señoras (itas):

Se procede a dar respuesta a solicitud de criterio enviado al Despacho del señor Ministro de esta cartera, por medio del oficio DAJRN-06-1606-2009 de 23 de octubre de 2009. Por medio del memorando DMT-1027-2009 de 4 de noviembre del año anterior, la Jefatura del indicado Despacho trasladó a esta Dirección la consulta presentada por ser competencia nuestra evacuar las consultas de carácter legal laboral. La consulta que se plantea está relacionada con una funcionaria embarazada e indican:

- a) **“Se podrá ejecutar una sanción de un Procedimiento Disciplinario contra una funcionaria que se encuentre embarazada y a la vez incapacitada?”**
- b) **“Se podría notificar a una funcionaria de un nuevo procedimiento Administrativo Disciplinario en estado de embarazo y encontrándose la misma incapacitada?”**

Antes del análisis del fondo le solicitamos disculpas por el atraso presentado, el cual obedece a una gran cantidad de solicitudes de criterio y otros asuntos que hay en esta asesoría, que son igual de importantes a su caso y con los cuales se debe respetar el orden de ingreso.

De conformidad con los artículos 3 de la Ley Orgánica y 20 inciso c) del Reglamento de Reorganización y Racionalización, ambos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el 129 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección sólo es competente para atender y resolver consultas que se refieran a la aplicación de la legislación social o sobre la interpretación de las leyes de trabajo, seguridad y bienestar social y demás disposiciones conexas, que formulen las autoridades nacionales, las

organizaciones de empresarios y trabajadores y las personas particulares, por lo que es sobre estos aspectos que procederemos a emitir nuestro criterio.

Las preguntas que ustedes plantean están impregnadas de aspectos de propios del derecho administrativo y la función pública, los cuales le recomendamos consultarlos a la Dirección General de Servicio Civil¹ o a la Procuraduría General de la República², según corresponda, por ser los órganos competentes. Es importante aclararle que en ambos casos, la consulta debe ser planteada por el Jерarca y acompañarla del criterio de la asesoría legal de la Institución.³ En la medida de lo posible trataremos de dar una respuesta integral a su consulta, pero se debe dejar claro que no somos autoridad en las materias del derecho público, sino en el derecho laboral.

No obstante lo anterior, por tener su consulta algunos tópicos del Derecho Laboral, haremos una breve referencia a los mismos, pero en el entendido que será con base en la legislación laboral privada, lo cual le podrá dar alguna luz respecto al tratamiento del tema en dicha legislación.

Prohibición de despedir a trabajadora embarazada y en periodo de lactancia:

La trabajadora embarazada y en período de lactancia tiene una protección especial establecida en los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo, misma que es clara y general y fue dispuesta en cumplimiento del artículo 51 de la Constitución Política.

"Artículo 94.- Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes privados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión del despido.

¹ De conformidad con el artículo 13 inciso g) del Estatuto de Servicio Civil, corresponde al Director General evacuar las consultas relacionadas con la interpretación y aplicación del referido Estatuto.

² Ver artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

³ Ver artículo 4 ibídem.

Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense del Seguro Social." El resaltado es nuestro.

*"Artículo 94 bis.- La trabajadora embarazada o en período de lactancia, que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, **podrá gestionar ante el juez de trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos.**(...) El resaltado es nuestro.*

La intención del Legislador con estas disposiciones legales es precisamente la de proteger a la mujer trabajadora en el momento en que está cumpliendo con una de las más importantes misiones encargadas al ser humano: la maternidad. Para ello necesariamente, se ha prohibido el despido durante el embarazo o durante el periodo de lactancia; el cual solo puede darse, si la trabajadora ha incurrido en alguna de las faltas establecidas en el numeral 81 del Código de Trabajo.

Para poder ejecutar este despido, el patrono, previamente tendrá que recurrir a la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a efecto de solicitar la autorización para el mismo, demostrando que la destitución se fundamenta en alguna falta grave y no en la gravedad de la trabajadora o en la lactancia, de ahí que la trabajadora en estado de gravidez, debe cumplir con las obligaciones impuestas en su contrato de trabajo tal y como las venía desempeñando.

En sentido contrario, de no existir dicha causal, nos encontramos en presencia de una clara limitación a la libertad de despido todo en virtud de las disposiciones legales supra mencionadas.

Por otra parte el artículo 95 del Código de Trabajo establece:

"Artículo 95: La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres meses posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior..."

Como vemos, de la normativa transcrita se desprende que existen dos periodos en la lactancia del infante:

1. **Período de post-parto.** Se entiende que son los tres meses siguientes a la fecha del parto (incapacidad post natal); el cual por disposición legal, se tiene como periodo mínimo de lactancia.
2. **Periodo durante el cual la madre alimenta a su hijo por medio de leche materna:** Se da a partir del momento en que la trabajadora reinicia su trabajo y comprende los meses que el médico especialista recomiende como necesarios para este tipo de alimentación.

Durante ambos periodos existe la prohibición para el patrono de despedir a la trabajadora sino media una justa causa; lo que significa que si el despido ocurre, la trabajadora puede solicitar la reinstalación en su puesto o el pago de sus derechos laborales. De esta forma, si la trabajadora no opta por su reinstalación, se le deberá cancelar, además de vacaciones, aguinaldo proporcional, la cesantía y el preaviso, el monto de diez días de salario por concepto de indemnización por daños y perjuicios, según lo dispone el artículo 94 supra transcrito y tomando como base el total del salario devengado y no solo el 50% que el patrono pagó durante la licencia por maternidad.

Casos de consulta:

Las consultas planteadas versan sobre casos de aplicación de una sanción y/o la notificación de un nuevo procedimiento administrativo a una trabajadora embarazada que se encuentra en incapacidad (suponemos que se refieren a un reposo previo a la licencia de maternidad o una enfermedad común y no propiamente al periodo de licencia de cuatro meses), aunque la respuesta que se dará aplica tanto en licencia de maternidad como en incapacidades.

En materia de protección de trabajadora embarazada, debemos aclarar que la restricción legal de los patronos, que incluye al Estado, está relacionada, como lo indicamos supra con el libre despido. Es decir, ningún patrono puede despedir a una trabajadora, o funcionaria en el caso de consulta, salvo que haya cometido alguna de las faltas que enumera el artículo 81 del Código de Trabajo.

No obstante, sí es perfectamente válido la aplicación del régimen disciplinario para investigar una falta y aplicar una eventual sanción. Si la sanción a que se refiere la primera consulta es la más grave, que corresponde a un despido sin responsabilidad patronal, se debe solicitar autorización de la Dirección Nacional e Inspección General del Trabajo, aún para las instituciones del Estado, luego de haber realizado el procedimiento administrativo interno o de Servicio Civil.

En relación con un eventual despido de una servidora embarazada, por falta cometida, consideramos que debería determinarse en primer término si la falta es sancionable con un despido, por lo cual consideramos que se debería seguir el debido proceso administrativo, que en el caso del Poder Ejecutivo sería ante el la Dirección y el Tribunal de Servicio Civil, y una vez en firme el despido, con la resolución sea de dicho Tribunal o del de Trabajo, se debe proceder a solicitar la autorización de la Dirección Nacional e Inspección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La autorización de esta dependencia, siempre es necesaria, según así lo ha resuelto la máxima instancia judicial en materia laboral.

Para el caso concreto, debemos transcribir lo que ha resuelto la Sala Segunda al respecto.

III.- SOBRE LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 94 DEL CÓDIGO DE TRABAJO. Argumenta la recurrente que el procedimiento previsto por esa norma es sólo para el caso de despido de mujeres en estado de embarazo o de lactancia, cuando estas laboran en la empresa privada, partiendo del hecho de que en el sector público se da el debido proceso, previo a un despido en esos supuestos. En el voto de la Sala Constitucional No. 780-98 de las 15:03 horas del 6 de febrero de 1998 se aborda ciertamente el tema del procedimiento a seguir en caso de despido de la mujer embarazada o en estado de lactancia, solo que ello se realiza desde el punto de vista del derecho a la estabilidad de los funcionarios públicos, el cual se encuentra garantizado por el artículo 192 de la Constitución Política, indicando que no se viola ese principio de estabilidad por el hecho de que no se acuda al procedimiento señalado en el artículo 94 del Código de Trabajo. Ahora bien, el hecho de que la Sala Constitucional haya realizado este acercamiento al tema no impide a la jurisdicción laboral ingresar al análisis del artículo 94 ibídem desde el punto de vista de la eficacia del despido de una trabajadora en estado de lactancia, cuando no se ha cumplido ese trámite, visto el punto ya no a partir del principio de estabilidad laboral de los funcionarios públicos, sino del cumplimiento de un requisito de eficacia para que el despido resulte un acto legal. En este sentido, esta Sala considera que el artículo 94 del Código de Trabajo es una el juez licenciado norma general protectora, que no excluye a las trabajadoras embarazadas o en período de

lactancia del sector público, por lo que entrar a distinguir la naturaleza del empleador es crear una distinción que la ley no hace, encontrándose impedida la jurisdicción de trabajo de desaplicar normas con rango de ley que no han sido declaradas inconstitucionales. Si los requisitos para el despido de una trabajadora embarazada o en estado de lactancia son igualmente aplicables a los empleadores privados o públicos, como aquí se sostiene, en el caso bajo examen se echa de menos el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 94 supracitado, por lo que el despido no puede ser eficaz, porque el acto administrativo por el que lo determinó no cumplió con requisitos de eficacia, y por tanto de validez, pues ambos son complementarios entre sí, porque para que un acto administrativo, como lo es el de despido de un servidor público sea eficaz, debe ajustarse a ciertos requisitos establecidos; por lo que el acto administrativo que no cumpla con esos requisitos no puede producir los efectos jurídicos deseados, por consiguiente ese acto carece de validez” El resaltado es nuestro. Resolución de la Sala Segunda número 2005-633 de las 14:45 de 20 de julio de 2005.

En estos casos, el Director de la Inspección inicia un nuevo procedimiento administrativo, por medio de un (a) inspector (a) del trabajo, el cual debe seguir el procedimiento establecido en el Manual de Procedimientos de la Inspección del Trabajo, emitido por medio de la Directriz N° 23-2008 de 31 de julio de 2008 de este Ministerio.

Para la aplicación del régimen disciplinario, no hay restricción hacia los patronos, por lo cual pareciera válido el inicio y término de un procedimiento administrativo, pues el Código de Trabajo no restringe tal tipo de acciones de los patronos hacia las mujeres embarazadas. Más bien, parecen necesarias con el fin de determinar la gravedad de una falta y sus posibles consecuencias.

Debemos indicarles, como hemos señalado que no hacemos referencia explícita a si es procesalmente posible la aplicación de la sanción o la notificación de inicio de un procedimiento administrativo. Sin embargo, les citamos algunas resoluciones de la Sala Constitucional y un criterio interno de la Contraloría General de la República, que pueden serles de utilidad. La resolución 2003-03169 de 25 de abril de 2003, citada además en la 2005-14031 de 14 de octubre de 2005, ambas de la Sala Constitucional, concluyen que no hay impedimento para aplicar sanciones durante incapacidades de funcionarios, en términos generales. En este mismo sentido se refiere el criterio DAGJ-1234-2008 de la División de Asesoría y Gestión Jurídica del órgano contralor. En materia de

notificación inicial, consideramos que por efecto de una posible prescripción de plazos, debería ser factible la notificación inicial. Además de ello, les recomendamos la lectura del Manual de Procedimientos Administrativos emitido por la Procuraduría General de la República.

De esta forma, debemos concluir que solo para el caso de procedimientos administrativos que se dirijan hacia un despido es aplicable la normativa establecida en el artículo 94 del Código de Trabajo. No obstante, para el inicio y término de un procedimiento administrativo de carácter disciplinario no hay restricción desde el punto de vista de protección de la trabajadora embarazada. Más bien es necesaria la realización y cumplimiento del debido proceso para garantizar la estabilidad de la funcionaria embarazada, pero también para determinar la gravedad de la falta cometida.

Cordialmente

Priscilla Gutiérrez Campos
Asesora

PGC/lsr
Ampos 9F, 25 E y 27 D.