

DAJ-AE-137-08
18 de junio de 2008

Licenciada
Maura Gómez Brenes
Asesora Legal
Hospital Nacional de Geriatria y
Gerontología Dr. Raúl Blanco Cervantes
PRESENTE

Estimada señora:

Nos referimos a su nota, recibida en nuestras oficinas el 06 de junio del año en curso, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, en relación con la obligación de la trabajadora embarazada, de notificar su condición de embarazo al patrono que la contrata, a fin de poder beneficiarse de las protecciones que la Ley establece.

El criterio solicitado, versa sobre el caso de una trabajadora que es contratada en forma interina y pese a que los compañeros de trabajo conocen de su estado de embarazo y por escrito se le solicitó informar sobre su estado, ella no lo ha comunicado formalmente.

Usted considera que la omisión de informar sobre su estado, significa una violación al principio de buena fe que debe imperar en la relación laboral, ya que aunque la norma no indica el momento en que la trabajadora debe darle aviso de su embarazo al patrono, este no debe ser otro que aquel en que se tiene conocimiento de la gravidez.

Por último, indica que la consulta se realiza a efecto conocer si para cesar los nombramientos, debe cumplir con el procedimiento de despido de la trabajadora embarazada.

I.- SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA.

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 derivados 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.

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 de Seguro Social.”

“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...”

De conformidad con la normativa citada, es prohibido despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia; **SALVO POR CAUSA JUSTIFICADA EN FALTA GRAVE A LOS DEBERES DERIVADOS DEL CONTRATO CONFORME A LAS CAUSALES DEL ARTICULO 81 DE ESE MISMO CODIGO.** Esto significa que aún cuando la Ley prevé la protección especial para las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia, esa protección termina cuando la propia trabajadora incurre en alguna falta grave. Esto tiene su fundamento lógico en el hecho de que de lo contrario, las trabajadoras podrían abusar de la protección y daría cabida a una serie de abusos por parte de éstas lo que ocasionaría una total desprotección para el patrono que se enfrente a estas situaciones.

Sin embargo, para que el despido con justa causa esté ajustado a derecho, es necesario que el patrono siga los procedimientos que establece la Ley para ello. En este sentido el mismo artículo 94 nos dice que el patrono interesado deberá presentar una solicitud de despido ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, aportando las pruebas que demuestren la falta en la que está incurriendo la trabajadora, de esta manera, una vez que la citada Dirección lleve a cabo un procedimiento de investigación sobre el caso, decidirá si procede o no el despido.

Dicho en otras palabras, no es legal despedir a una trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia, si ésta no ha incurrido en alguna de las causales que establece el artículo 81 del Código de Trabajo y

aún en el caso de haber incurrido en falta para despido, no procede el mismo si no se ha solicitado el permiso a la Inspección de Trabajo de este Ministerio.

En caso de que el patrono infrinja dicha disposición, se establece en la normativa de cita que la trabajadora despedida en estado de embarazo o en período de lactancia, podrá gestionar ante el Juez de Trabajo su reinstalación inmediata en pleno goce de sus derechos. Junto con esa reinstalación, el Juez puede ordenar el pago de los salarios dejados de percibir bajo pena de apremio corporal en caso de incumplimiento. En caso de que la trabajadora no quiera ser reinstalada, el patrono deberá pagarle además de la cesantía, una suma por daños y perjuicios equivalente a los subsidios de pre y post parto y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar los ocho meses de embarazo.

2.- SOBRE LOS CONTRATOS INTERINOS.

Por tratarse la consulta realizada, de una trabajadora contratada en forma interina, conviene analizarlos, en virtud de tratarse de contratos a plazo fijo, con ciertas particularidades que se verán a continuación.

Los contratos de trabajo, por regla general son contratos por tiempo indefinido¹. Sin embargo, se establecen otro tipo de contratos como los contratos a plazo fijo, los cuales se determinan en función de un período previamente estipulado (días, meses, años) o por la realización de una obra. Este tipo de contratos, de conformidad con el artículo 26 del Código de Trabajo², solamente se permiten cuando su necesidad se derive de una circunstancia temporal y que no constituya la actividad permanente de la empresa.

El interés particular que pretende tutelar la norma cuando limita la contratación a un plazo definido, es especialmente la estabilidad en el empleo, pues por imperativo legal se han establecido una serie de diferencias radicales entre una contratación a plazo y una sin sujeción a éste, de manera que en el

¹ Los contratos por tiempo indefinido son aquellos que se realizan con los trabajadores que van a cubrir las **actividades permanentes de una empresa**; afectan al conjunto de empleados que ejecutan esa labor permanente. De esta manera los **trabajadores permanentes**, como lo indica Cabanellas, son aquellos que se incorporan a la empresa para trabajar satisfaciendo las necesidades normales, constantes y uniformes de ésta...Pérez Paton lo considera como aquel que está vinculado normalmente a las actividades de la empresa, explotación o negocio mercantil aunque la prestación del trabajo no sea continua". Cabanellas, Guillermo. "Tratado de Derecho Laboral. Doctrina y Legislación Iberoamericana". Tomo II Derecho Individual del Trabajo. Volumen I Contrato de Trabajo. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., ea. Edición, 1988, p. 355.

² "Artículo 26.- "El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración reculte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos."

contrato a plazo indefinido se brinda mayor protección a la citada estabilidad laboral pues aparte de la contratación indefinida, se limitan las causales de justo despido, y se establece una indemnización por despidos arbitrarios, en el tanto, cuando nos encontramos ante una contratación por tiempo determinado, dada su naturaleza especial, la ley no protege los mismos derechos que en el anterior, de manera que si el trabajador sabe de antemano la fecha de finalización de su contrato, no se causa mayor perjuicio y por ende el patrono no debe indemnizar suma alguna por la expiración del plazo y del contrato. Estas diferencias han sido las principales causas de que la legislación de muchos países, incluyendo el nuestro, tienda a establecer, por regla general, la obligación de contratar por tiempo indefinido, y sólo excepcionalmente hacerlo por plazo determinado en los casos expresamente indicados por la misma ley.

Es por esta razón, que generalmente este tipo de contratos son utilizados, para contratar personas que sustituyan a trabajadores que se encuentran incapacitados o con licencias sin goce de salario, o simplemente que realizan trabajos especiales, perfectamente determinables en el tiempo. En nuestro medio estos contratos no pueden superar el año y si lo hacen en perjuicio del trabajador o si a la fecha de conclusión todavía **persisten las razones** que le dieron origen, el contrato se convierte en un contrato por tiempo indefinido, para todos los efectos.

Sólo en estos casos, si el patrono desea romper la relación laboral sin justa causa, el trabajador se hace acreedor de todos los derechos laborales: vacaciones, aguinaldo, preaviso y auxilio de cesantía.

Ahora bien, por tratarse el presente caso, de una contratación regulada por una Ley especial, que establece la sujeción en materia de empleo a la normativas y conceptos que se establecen para los funcionarios públicos³, se admite a diferencia de lo indicado anteriormente, que los contratos de interinos puedan superar el año de labores, sin que por ello lo convierta en un contrato por tiempo indefinido.

Asimismo, de acuerdo con lo manifestado por la Sala Segunda de La Corte Suprema de Justicia, los contratos de interinos, **cuando llegan a su vencimiento, o cuando se ha nombrado a otra persona en propiedad en dicho puesto**, se produce **no un despido**, sino un cese de una relación laboral.

Para comprender bien estas dos situaciones se podría decir, que en el primer caso se estaría dando el vencimiento del contrato, sea porque regresa el titular del puesto o porque la administración no requiere más la función que genera dicho puesto y no se contratará a otra persona en el mismo puesto, en cuyo caso, el contrato se da por terminado y no se justifica una prórroga del mismo. En el segundo caso, se produce el cese de la relación laboral, en razón de que la administración ha hecho el nombramiento en propiedad de

³ Conforme lo establece el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense del Seguro Social.

otra persona que cumple con todos los procedimientos establecidos por la institución para dicho nombramiento. En ambas situaciones, la administración está obligada solamente a pagar al trabajador interino, las vacaciones y aguinaldo proporcionales al tiempo laborado, y superó el año de labores le debe pagar además el preaviso y auxilio de cesantía pues como lo dijimos anteriormente, cuando supere el año se convierte en contrato por tiempo indefinido para estos efectos.

Veamos entonces dos de los votos emitidos por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la aplicación de este criterio, dirigido hacia la protección de la trabajadora embarazada:

“El numeral 94 bis en relación con el 94 del Código de Trabajo pretende brindar una protección especial a la mujer embarazada o en período de lactancia, a efecto de que no sufra discriminación en su trabajo con motivo de ese estado; prohibiéndose su despido, con lo cual se desarrolla el principio constitucional de que la madre tiene derecho a protección especial del Estado...En el caso de que se conoce no nos encontramos en presencia de un despido propiamente dicho, sino, de un cese de la relación laboral por haberse resuelto una terna... En el caso que nos ocupa, la misma recurrente reconoce que se encuentra nombrada hasta el treinta de junio de este año, fecha en la que se vence su nombramiento, y que la contratación que realiza la Dirección recurrida se encuentra a derecho... El cese de una relación laboral no constitutivo de despido ni con ánimo discriminatorio, sino basado en un hecho objetivo, como lo es, el nombramiento en el puesto de otra persona en propiedad, no le es aplicable lo dispuesto en los artículos 94 y 94 bis aludidos, por no constituir este hecho un supuesto contemplado en los mismos...”⁴(la negrita no es del original)

“V.-... no es concebible que el Estado, llamado a tutelar aquel derecho fundamental, tome en cuenta el estado de embarazo de la servidora para negarse a mantenerla en el empleo mientras la situación particular del puesto lo permita porque, en el fondo, se está haciendo lo que el ordenamiento no quiere que se haga. De esta manera cuando la servidora ha venido ocupando un puesto interinamente, armonizando dicha disposición legal con las restantes del ordenamiento que regulan las relaciones de servicio público, el respectivo jerarca administrativo, debidamente notificado del embarazo, tiene por imperativo legal, limitadas sus potestades en el sentido de que únicamente por razones objetivas y ciertas como lo puede ser ... la designación de otra persona en propiedad en el destino, ponerle fin a la relación.”⁵(el resaltado es nuestro)

⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 95 del 31 de marzo de 1998 a las 14:30 hrs.

⁵ Idem, Resolución N° 200-00533 del 19 de mayo de 2000 y ver en ese mismo sentido los votos 177 del 31 de julio de 1992 y 31 del 5 de marzo de 1993

De conformidad con lo anterior, la protección establecida por nuestra legislación, que prohíbe el despido de la trabajadora embarazada, se aplica también para aquella que es contratada en forma interina, lo que se traduce en que el patrono no puede cesar a una trabajadora motivado en su condición de embarazo, sino sólo cuando obedezca a hechos objetivos, como lo serían el retorno del o la titular del puesto ocupado interinamente, el nombramiento en propiedad de otra persona en el puesto vacante o el hecho de que al llegar el vencimiento del plazo del contrato, la administración demostrara que ya no requiere de dicho puesto y no va a nombrar a nadie más en éste.

3.- SOBRE EL CASO SOMETIDO A NUESTRA CONSIDERACIÓN

En el caso que nos ocupa, pareciera que se pretende alegar como causa de despido justificado, el hecho de que la trabajadora no avisara de su estado de embarazo antes de ser contratada y posteriormente, cuando le fue requerido informarlo.

Es criterio de esta Dirección, así como la jurisprudencia relacionadas con la materia, que la trabajadora embarazada no está obligada a comunicar su estado antes de ser contratada ni durante la relación laboral, ya que además de ser un aspecto íntimo, el mismo podría significar un impedimento para obtener el empleo o generar algún tipo de discriminación en el trabajo, razón por la cual, se considera que esta comunicación **únicamente** se requiere a efecto de obtener la protección que establece la legislación para las trabajadoras en estado de embarazo.

A efecto de completar nuestro criterio, resulta importante transcribir lo que sobre el tema, ha dispuesto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia:

V.- SOBRE EL DEBER DE DAR AVISO DE SU ESTADO DE EMBARAZO AL EMPLEADOR: *En el caso en estudio, la actora fue despedida –según el dicho de la demandada- por reorganización, encontrándose en estado de embarazo, y en esa misma fecha informó al empleador de su estado (folios 4 vuelto 32, 88 a 90, 127 y 128), por lo que el recurrente alega que la actora no ha actuado de buena fe, tome nota el demandado que en estos casos no puede alegarse buena o mala fe de la parte actora, pues se trata de proteger el interés superior de la madre y del niño. De acuerdo con la normativa aplicable, el empleador no podía despedirla, pues como se indicó supra existe un fuero especial de protección a la mujer embarazada. En situaciones semejantes, la jurisprudencia ha sido clara en indicar que no es procedente el despido cuando se trata de una servidora en estado de gravidez: “Por ello, cuando una trabajadora es despedida por su patrono, por una de las causales del artículo 81 del Código de Trabajo, con cognición de su estado de gravidez, sin que se le siga el procedimiento administrativo determinado, tiene pleno derecho a ser*

reinstalada, o, en su defecto, si no opta por la reinstalación, a recibir las indemnizaciones que, por concepto de preaviso de despido y de auxilio de cesantía, le correspondan, así como los daños y perjuicios del numeral 94 bis, ya indicado; garantizados, en nuestra legislación laboral, como derechos irrenunciables (artículo 11 del Código de Trabajo), con mayor razón aún, si el despido no se sustenta en una de esas causales. Eso sí, es necesario, para ello, constatar en el proceso, que el patrono o su representante, estaba enterado de la gravidez de la trabajadora, ya sea, por ser evidente o bien, porque ésta así lo comunicó a cualesquiera de ellos, incluso en el instante mismo del despido; lo que puede acreditarse por cualquier medio de prueba. La certificación médica o la constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social, no tiene que ser aportada, necesaria y obligatoriamente, al momento de comunicarse el estado de gravidez; pues de mantenerse la relación laboral, ese requisito, meramente Ad probationem, bien puede cumplirse a posteriori; y, en caso de despido, ante las autoridades administrativa o judicial competentes. Así las cosas, si una trabajadora embarazada hace del conocimiento de la representación patronal, su estado de gravidez, en forma verbal o escrita y proceden a despedirla sin seguirle el procedimiento administrativo previo, dicha actuación se haría en contravención de las normas de equidad y de buena fe, que deben imperar en toda relación laboral y en violación del principio constitucional del debido proceso -se haya o no aportado los documentos enunciados-. Es evidente que, de actuar el empleador de esa manera, lo haría en forma no sólo ilegal sino dolosa, perjudicando a quien se encuentra amparada bajo el alero de una disposición que le es aplicable por su estado; pero que, en razón de haber omitido la presentación de un documento, se le intenta negar su protección, dejándola al arbitrio de patronos inescrupulosos, que buscan siempre cualquier medio para obviar el pago eventual de los subsidios por maternidad y por período de lactancia. De darse tal situación, no cabe la menor duda de que a la trabajadora se le deberán liquidar los salarios correspondientes al mes anterior y los tres posteriores al alumbramiento -pre y post parto-, y por concepto de daños y perjuicios los salarios que hubiere dejado de percibir, desde el momento del despido hasta completar ocho meses de embarazo. Resolver de otra manera, sería consentir que los patronos saquen provecho de su propia falta, al permitirles despedir a trabajadoras embarazadas después de enterarse de su estado; violentando así, derechos laborales fundamentales e irrenunciables, al inobservar los artículos 17 y 19 del Código de Trabajo, así como las normas que tienden a la protección social directa de la mujer e indirecta del niño, que por su naturaleza, son de orden público y de acatamiento obligatorio, para todos los patronos, pues tienen rango constitucional y legal. Ahora bien, cuando medie una causa

*justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato -causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo-, que faculte al empleador para dar por concluida la relación laboral y éste o el representante patronal sea conocedor del estado de gestación de quien será destituida, **antes de ejecutar el despido, debe siempre hacer la gestión administrativa previa, ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, pero si, eventualmente, se desconociera el estado de gravidez y a la hora de ser cesada, en cumplimiento de la obligación de dar aviso de su estado, la trabajadora comunica al patrono, o a su representante, estar embarazada, el empleador deberá seguir, contra ésta, tal gestión administrativa. Sea que, para despedir o cesar a una trabajadora en estado de gravidez, no existe libre despido, por ello el empleador, de previo a hacer efectivo el mismo, con sustento en una de las causales del citado artículo, deberá realizar la gestión administrativa y comprobar allí, que la trabajadora incurrió en la falta que se le endilga -debido proceso...**" (Sentencia 284 de las 11:00 del 18 de junio de 2003), (En sentido similar ver las sentencias No.284 de las 11:00 del 18 de junio de 2003, No.15 de las 10:20 del 25 de enero de 2002, No. 379 de las 9:50 del 31 de julio de 2002 y No. 229 de las 9:00 del 17 de mayo de 2002, entre otras.)" ⁶*

Conforme con lo expuesto, debe quedar bien claro que resulta absolutamente ilegal, despedir a una trabajadora embarazada por el solo hecho de no haber comunicado de su estado de embarazo, lo cual insistimos, no constituye una causal de despido válida, ni mucho menos una de las formas en que cesan los contratos de trabajo interinos.

Por último, consideramos que es importante crear conciencia que la maternidad es un evento supremo, que garantiza la existencia humana y por consiguiente es en la etapa del embarazo cuando más necesidad de empleo tiene la mujer, para garantizar el ingreso con el que podrá alimentarse y cuidarse en dicho período y garantizar la salud del niño; es por ello que la legislación nacional e internacional protege tanto a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo y debemos procurar contribuir con esa protección pues de lo contrario, serán los Tribunales de Justicia quienes obliguen a su acatamiento. En el caso de una Institución como en la que usted labora, con mucho más razón deben ser garantes de la protección legal a las trabajadoras embarazadas, por ello es totalmente improcedente argumentar una falta de lealtad o de buena fe por no haberles comunicado su estado en el momento de la contratación, pues como lo vimos en la presente, la trabajadora solamente está obligada a hacer la comunicación para obtener la protección legal, lo cual podrá hacerlo incluso en el momento del despido o en las instancias judiciales y obtener su reinstalación con el pago de daños y perjuicios y salarios caídos correspondientes.

⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2004-00336

Aprovechamos la oportunidad para hacer un llamado al cambio de actitud hacia las trabajadoras en estado de embarazo, de manera que en lugar de buscar argumentos cualquiera para despedirla, se busque más bien otorgarle las condiciones laborales que ella necesita durante la maternidad.

De Usted con toda consideración,

Licda. Adriana Benavides Víquez
Asesora

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefe

Abv-ihb

Ampo 9-F