

DAJ-AE-192-08
11 de agosto de 2008

Licenciada
Maura Gómez Brenes
Presente.

Estimada señora:

Me refiero a su oficio AJ-061-2008-LA, recibido en nuestras oficinas el 15 de mayo del año en curso, mediante el cual solicita nuestro criterio jurídico, en relación con la situación presentada por una trabajadora contratada para cubrir un permiso sin goce de salario de la titular de la plaza. Esto por cuanto dicha trabajadora, no indicó encontrarse en estado de embarazo al momento de contratarla, y a pesar de presumirse su estado, por comunicado de otras compañeras, se le solicitó manifestarse al respecto, omitiendo hacerlo, lo cual usted considera que está violentando el principio de buena fe que debe imperar en las relaciones laborales.

PROTECCION 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.” (la negrita no es del original)

“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...”

La intención del legislador con estas disposiciones legales es precisamente la de proteger a la mujer trabajadora en el momento en que está cumpliendo 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 período de lactancia materna; 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 ejecutarlo, 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 despido, demostrando que la destitución se fundamenta en alguna falta grave y no en la gravidez de la trabajadora o en la lactancia¹.

En ese sentido conviene hacer la mención de que los Estados miembros de la OIT adoptaron una Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, que vinculaba la prohibición de la discriminación contra las mujeres por motivos de embarazo y de maternidad con derecho a la protección del empleo durante la licencia de embarazo y maternidad, así como las protecciones específicas estipuladas por el Convenio N° 103. Los párrafos 1 y 3 del artículo 8 de la Declaración disponían lo siguiente:

“1. No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos.”

PRESENTACIÓN DEL CERTIFICADO MÉDICO:

Es criterio de esta Dirección así como de la doctrina y jurisprudencia relacionadas con la materia, que la trabajadora no está obligada a comunicar su estado antes de ser contratada, pues ello significaría un impedimento para obtener el empleo, además que resulta ser un aspecto íntimo que solamente se comunica para efectos de obtener la protección que establece la legislación para las trabajadoras en estado de embarazo.

Para efectos de completar nuestro criterio, me permito transcribir algunos votos de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en relación con el tema:

¹ El período de lactancia, de conformidad con el artículo 95 del Código de Trabajo, podrá ser prorrogado por prescripción médica y así también la prohibición para despedirla)

" ...En todo caso, en modo alguno esa situación especial de la demandante, puede invocarse, en el supuesto de que se estuviera en presencia de un concurso por el puesto, como motivo de su no escogencia. Aceptar semejante razonamiento, implicaría violentar en forma abierta y grosera la legislación nacional e internacional, que obliga a los Estados a brindar una adecuada protección a la mujer, a la madre y al niño. Nuestro ordenamiento jurídico garantiza la igualdad entre hombres y mujeres y el derecho de éstas últimas, en particular, a vivir en un ambiente libre de violencia y de cualquier tipo de discriminación. De ahí que, la mujer tiene, en igualdad de condiciones con los hombres, derecho a acceder a los puestos de trabajo. El trabajo en tanto derecho humano, no le puede ser negado por el hecho de su embarazo, acto discriminatorio que desconoce la maternidad como función social (artículos 33, 51 y 56 de la Constitución Política). La normativa internacional, se ha ocupado del problema de la discriminación contra la mujer, en procura de erradicarla. Para los efectos del caso que nos ocupa, interesa, además del artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (introducida al ordenamiento jurídico interno por Ley Número 4534 del 23 de febrero de 1970), el cual consagra el principio de igualdad ante la ley y de la no discriminación; el numeral 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "CONVENCION BELEM DO PARA", ratificada por Ley Número 7499, del 2 de mayo de 1995, que establece el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, el cual incluye, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. En ese mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por Ley Número 6968, del 2 de octubre de 1984, se ocupa particularmente del trato discriminatorio de la mujer en estado de embarazo. Así, su artículo 11, textualmente dispone: **"1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u**

otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes, tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y al discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella ...” (énfasis agregado). A la luz de esas normas, para que los derechos de la trabajadora sean respetados, ésta debe informar a su empleadora de la existencia del embarazo, salvo en el caso de que ese estado se deduzca de hechos que, en forma indubitable, hagan presumir que ésta lo conoce. Mas, en modo alguno, el hecho de que la mujer no haya advertido al empleador del embarazo antes del inicio de la relación laboral, no puede calificarse como un abuso del derecho o de la actuación dolosa tal y como lo hace el recurrente. Primero, en el presente caso, es presumible que, en esa época, la propia actora no tuviera certeza de su estado; pues solo se encontraba en las primeras semanas de gestión (folio 3). Y, aunque ya tuviera conocimiento del hecho, la maternidad no puede constituirse, de ninguna manera, en un obstáculo para que la mujer acceda a los puestos de trabajo. Por el contrario, el ordenamiento, como se dijo, le garantiza el disfrute de ese derecho fundamental...”²(el resaltado no es del original)

” ...Por eso se entiende -mas no cabe justificarla-, la posición adoptada por el representante de la demandada, en el sentido de que la trabajadora actuó de mala fe, al momento de ser contratada, en el tanto en que les ocultó su estado de embarazo; pues exigirle, a una trabajadora, que indique, al momento de la contratación,

² Res: 2002-00379. de las nueve horas cincuenta minutos del treinta y uno de julio del año dos mil dos.

si está o no embarazada, constituye un claro acto discriminatorio; ya que, tal proceder, no se justifica pues iría siempre dirigido a prescindir de la eventual contratación; lo cual, sin duda, la deja en una condición de desventaja, por una diferencia natural e inmanente, a la vez que se le discrimina por un hecho natural y socialmente deseable, como lo es el de la reproducción humana; ante lo cual, debe enfrentar no sólo las normales consecuencias físicas de un embarazo, sino también las negativas y perjudiciales consecuencias sociales y laborales, en su daño. Por consiguiente, ya la Sala lo ha dicho, ese hecho no puede servir para justificar un despido; pues, avalar tal posición jurídica, conllevaría una flagrante violación al Derecho de la Constitución, la cual consagra, al igual que muchos otros instrumentos jurídicos, el derecho fundamental a la igualdad (artículo 33). (En similar sentido, pueden consultarse las sentencias números 948, de las 8:10 horas, del 24 de noviembre del 2.000; y, 229, de las 9:00 horas, del 17 de mayo del 2.002)...³(el resaltado no es del original)

CONTRATOS DE INTERINOS

Por tratarse de contratos de interinos conforme se establecen para la administración pública, 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 indefinido⁴. 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 Trabajo⁵, solamente se permiten

³ **Res: 2002-00379 de las nueve horas cincuenta minutos del treinta y uno de julio del año dos mil dos.**

⁴ 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.

⁵ "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."

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 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 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 públicos⁶, 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.

No obstante, 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.

⁶ Conforme lo establece el artículo 1° de la Ley Orgánica de la Caja Costarricense del Seguro Social.

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, 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 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.

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...”⁷(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***

⁷ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N° 95 del 31 de marzo de 1998 a las 14:30 hrs.

lo puede ser ... la designación de otra persona en propiedad en el destino, ponerle fin a la relación.”⁸

Conforme con lo expuesto, debe quedar bien claro que la actuación pretendida por la institución de consulta, es absolutamente repudiable, y la sola intención de pretender que la trabajadora se manifieste al respecto, como si se tratara de un delito cometido, es una gran violación a su intimidad y mucho más grave cuando la finalidad es poder establecer “*acciones administrativas*”, como si se tratara de una infracción a las leyes de trabajo.

Llama mucho la atención, y considero por tanto una actuación aún más repudiable, que sea la misma Caja Costarricense de Seguro Social, institución llamada a hacer cumplir en forma exacta e intachable la normativa internacional y nacional dispuesta para la protección de los derechos de las trabajadoras embarazadas, la que como patrono venga ahora a pretender justificarse ante esta Asesoría, para poder sancionar o hasta despedir a una trabajadora, por no haber comunicado sobre su embarazo al momento de ser contratada, como un acto de mala Fe, cuando la misma jurisprudencia ha manifestado en forma muy clara que éste no puede ser motivo alguno para justificar una sanción o despido.

Nadie más que la Caja Costarricense de Seguro Social, es plenamente conocedora y por tanto obligada a defender, 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 razón de lo expuesto concluyo indicándole, que no pueden de forma alguna aplicar sanciones, o cualquier acto discriminatorio a una trabajadora en estado de embarazo, por haber omitido comunicar su estado de embarazo al momento de contratación, así como tampoco a obligarla a manifestarse al respecto, porque ambas actuaciones son consideradas violatorias de la intimidad de las trabajadoras.

Si tal y como usted misma lo reconoce, ya existe presunción de su estado de embarazo, con más razón, la institución está inhibida para aplicar acciones administrativas, tendientes a la sanción, despido o cualquier otro acto discriminatorio, derivados por el estado de embarazo, o la falta de comunicación del mismo.

Si además de lo anterior, la administración detecta otro tipo de de incumplimiento de obligaciones, totalmente independientes a la falta de

⁸ 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

comunicación de su estado de embarazo, que comprueben estar configurándose como una causal de despido de las enumeradas por el Código de Trabajo en su artículo 81, sólo así podrían acudir a la Inspección de Trabajo, para solicitar la autorización de despido, debiendo para ello demostrar la o las faltas y que como repito, no se derivan de su estado de embarazo.

De otro modo, la trabajadora deberá continuar laborando y disfrutando de todos sus derechos hasta la finalización del plazo establecido para su contrato, es decir, hasta finalizado el permiso sin goce de salario de la titular del puesto, dado que éste no se consideraría despido, sino cese de funciones.

De Usted con toda consideración,

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Asesora

ALC.-pcv

Ampo 9-F