

Informe de Investigación

Título: Jurisprudencia sobre el artículo 7 de la Constitución Política

Subtítulo: Aplicación de Convenios Internacionales en los Fallos Judiciales

Rama del Derecho: Derecho Constitucional.	Descriptor: Constitución Política.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Aplicación de convenios internacionales en los fallos, Convenios OIT, interpretación de normas.
Fuentes: Normativa, Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 05 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Normativa.....	2
ARTÍCULO 7º.- C.P.....	2
3 Jurisprudencia.....	2
a) Alcances del término "residencia" contemplado en el Convenio N° 102 de la OIT a la luz del voto N° 2091-2000 de la Sala Constitucional.....	2
b) Despido injustificado: Análisis normativo y jurisprudencial sobre la protección especial tendiente a evitar la discriminación de la trabajadora embarazada.....	8
c) Pena: Análisis sobre la finalidad, proporcionalidad, elementos y fijación.....	13
d) Pensión por invalidez: Constitucionalidad de condiciones y limitaciones para adquirir el derecho.....	14
e) Análisis normativo y jurisprudencial sobre la protección especial tendiente a evitar la discriminación de la trabajadora embarazada.....	17
f) Análisis sobre inaplicabilidad del Convenio 102 de la OIT: Reglamento interno de la CCSS constituye normativa más beneficiosa.....	25
g) Convención colectiva en el sector público: Análisis con relación a las municipalidades.....	29
h) Pensión del Magisterio Nacional: Derecho adquirido durante vigencia de la Ley N° 2248.....	35

1 Resumen

En el presente informe de jurisprudencia, se trata la aplicación que se le da a los Convenios y Tratados Internacionales, la que se le da a estos mismos en los fallos de resoluciones, en este particular trata de la aplicación de los Convenios en la rama del Derecho Laboral, aplicación de convenios de la Organización Internacional del Trabajo. También se tocan temas referentes a jubilación, trabajadora embarazada, se agrega una sentencia referente a Derecho Penal, sobre la pena, y por último una que hace referencia a Convención Colectiva en el sector público, en referencia a municipalidades.

2 Normativa

[Constitución Política]¹

ARTÍCULO 7º.- C.P.

Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán de la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

(Así reformado por Ley No.4123 de 31 de mayo de 1968)

3 Jurisprudencia

a) Alcances del término "residencia" contemplado en el Convenio N° 102 de la OIT a la luz del voto N° 2091-2000 de la Sala Constitucional

[Sala Segunda]²

Texto del extracto:

" **II.- ANTECEDENTES:** El actor nació el 9 de agosto de 1941 (folio 4). El 25 de noviembre de 1999, cuando tenía 58 años y 3 meses de edad, solicitó, administrativamente, una pensión por vejez del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (folio 5



frente y vuelto). Al 30 de setiembre de ese año, había aportado 420 cotizaciones (folio 8). El Director Regional de la Sucursal Región Chorotega, conjuntamente con la Coordinadora Regional de Pensiones, rechazaron esta solicitud el 28 de febrero del 2000 (ver resolución visible a folios 6 y 7); decisión que fue confirmada por el Gerente de la División de Pensiones, de la institución demandada, el 8 de mayo siguiente; quedando así agotada la vía administrativa (Ver Oficio N° 10121, visible a folio 11). En vista de lo anterior, el señor Ajún Bolívar, acudió a la sede judicial, para que se le concediera la pensión por vejez, a la cual estima tener derecho; solicitó, además, los intereses sobre los montos dejados de percibir desde la firmeza de la sentencia hasta su efectivo pago y la condenatoria en costas. El apoderado de la entidad accionada, opuso la excepción de falta de derecho –alegando que, el actor no cumple los requisitos legales para gozar del beneficio que reclama-, la genérica de sine actione agit y la de prescripción; asimismo, solicitó que se declarara sin lugar la demanda en todos sus extremos, con especial condenatoria en costas. En las instancias precedentes, se declaró sin lugar la demanda, se acogieron las excepciones de falta de derecho y sine actione agit; se rechazó la de prescripción y se resolvió sin especial condenatoria en costas. Tanto en la sede administrativa como en la jurisdiccional, se le denegó la pensión, por no ajustarse el accionante a lo dispuesto por el artículo 5 del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, vigente (requisitos de edad y cotización).

III.- DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 102 DE LA O.I.T: Afirma, el señor Ajún Bolívar, que comenzó a cotizar para el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, desde el primero de octubre de 1964. La tesis del recurrente, en el sentido de que, los requisitos que deben cumplirse, para gozar de una pensión, son los que se encontraban vigentes hasta el 31 de diciembre de 1990, no puede admitirse. El recurrente cita, en defensa de su posición, el Voto N° 6842 de la Sala Constitucional, dictado a las 8:45 horas, del 3 de setiembre de 1999, en el cual se analizó el tema del denominado derecho de pertenencia, con base en el artículo 29 del Convenio N° 102, de la Organización Internacional del Trabajo, en los siguientes términos: *"En la sentencia N°1147-90 de las 16 horas del 21 de setiembre de 1990, la Sala analizó el tema de la jubilación y al respecto señaló que "...sí existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, a favor de todo trabajador, en general; derecho que, como tal, pertenece y debe ser reconocido a todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 33 y 73 de la constitución, ... "* Además, se estableció que *"... ese derecho deja de ser una simple expectativa y se adquiere desde que se ingresa al régimen jubilatorio, al menos como derecho general de pertenencia al mismo, y desde el instante en que el beneficiario se encuentra en las condiciones de hecho previstas para recibir el beneficio, como derecho a la prestación actual, sin que sea necesario que la haya reclamado, ni mucho menos declarado el reconocimiento o comenzado a percibirla..."* El Convenio 102 de la OIT relativo a la norma mínima de la seguridad social fue aprobado por Costa Rica mediante Ley N° 4736 de 29 de marzo de 1971, y en su artículo 29 establece el derecho a la jubilación : " a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia....", y tiene rango superior a la ley interna conforme el artículo 7 de la Constitución Política. En el caso que nos ocupa, la recurrente cotizó veinte años bajo la ley 2248, como admite la Junta de Pensiones del Magisterio Nacional, adquiriendo el derecho a su jubilación conforme a esa ley, tal y como lo establece el Convenio 102 citado; aún cuando completara el resto del tiempo cuando estaba vigente la ley 7531 de trece de julio de mil novecientos noventa y cinco". Mediante el Voto N° 673, de las 9:48 horas, del 25 de enero del 2000, se aclaró ese fallo, así: *¼*²*existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación a favor de todo trabajador y, por ello, cuando se cumplen las condiciones objetivas para su disfrute, el acto mediante el cual se aprueba el beneficio no es creador del derecho sino declarativo del mismo. Asimismo antes de que a un trabajador se le autorice el disfrute de su pensión o jubilación, lo que existe es un derecho de*

pertenencia al régimen respectivo. Lo anterior significa que, si bien es cierto, el derecho al disfrute de la jubilación de la recurrente se declarararía en el momento en que cumpliera las condiciones objetivas para ello, existe el derecho a permanecer en el régimen para el que se contribuye, en tanto el mismo subsista y se den los presupuestos de Ley para hacerlo. En vista de que la recurrente cotizó veinte años para el régimen de la ley 2248 (¼) se consolidó el derecho a jubilarse con ese régimen y no con otro (¼). Ahora bien, lo expuesto no quiere decir que la recurrente pueda jubilarse con sólo haber cumplido veinte años de servicio, sino que al tener más de veinte años de cotizar para un sistema determinado, se ha consolidado su derecho a jubilarse bajo el amparo de ese sistema, independientemente del tiempo total de servicio; aspecto que, para efectos prácticos, sólo interesaría para determinar el monto proporcional o total de la jubilación que le correspondería. Así las cosas, la Sala estima procedente aclarar la sentencia en el sentido de que los veinte años que se mencionan en la misma se refieren al tiempo mínimo de servicio que da derecho de pertenencia a ese determinado régimen de pensiones, y que para obtenerla se requiere cumplir los demás requisitos que la ley, en ese tiempo aplicable, establezca ². Posteriormente, la Sala Constitucional, varió esa interpretación de la norma, en la sentencia número 2.091, de las 8:30 horas, del 8 de marzo del 2.000. En efecto, en este otro fallo, en lo que resulta de interés, se indicó: “...resulta necesario realizar algunas consideraciones sobre la naturaleza del Convenio de cita y sus alcances en relación con países que, como el nuestro, lo han suscrito y aprobado,(...). El Convenio que nos ocupa es el conocido como “Convenio sobre la seguridad social” y es el que estipula las normas mínimas en ese campo, de acatamiento obligatorio para todos aquellos países que lo hayan suscrito y ratificado, como es el caso de Costa Rica,... Por tratarse de normativa aplicable a muchos países, cada uno con sus particularidades propias, el Convenio –como toda norma internacional- tiene una redacción que se presta para diversas interpretaciones, dada la necesidad de que sea flexible para poder aplicarse en distintas realidades sociales, de ahí que evita recurrir a concepciones estrictamente jurídicas para definir su campo de aplicación, ofreciendo a los gobiernos la posibilidad de elegir entre varias opciones... / A los efectos de ese Convenio, según el artículo 1 de la Parte I “Disposiciones Generales”, el término “prescrito” significa determinado por la legislación nacional o en virtud de la misma; el término “residencia” significa la residencia habitual en el territorio del Miembro y el término “residente” designa a la persona que reside habitualmente en el territorio del Miembro (...) Asimismo, la expresión “período de calificación” significa un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquiera combinación de los mismos, según pueda ser prescrito.” (El subrayado no está en el original). En la “Conferencia Internacional del Trabajo 76°. Reunión 1989...”, se aclara que el término “habitualmente” se utiliza para excluir a aquellas personas que sólo se encontrarían en el territorio del Miembro de una manera ocasional o temporal. Además, señaló que la definición del término “residente” no distingue entre nacionales y no nacionales, de suerte que la aplicación del apartado c) del artículo 57 del Convenio 102 implica necesariamente la protección de los residentes extranjeros o, al menos de aquellos cuyos recursos no superan los límites prescritos...”. De lo anterior se desprende que, en este último fallo, la interpretación del término “residencia”, al que hace referencia la norma indicada, es jurídicamente distinta a la que se le dio en los primeros, antes citados (en ese sentido, puede consultarse la sentencia, de esta Sala, N° 413, de las 10:30 horas, del 27 de julio del año 2.001). Por consiguiente, al amparo de esta normativa, no podría concedérsele, al accionante, el beneficio especial que reclama, toda vez que no resulta aplicable el Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte vigente hasta el 31 de diciembre de 1990, en virtud de que el accionante no cumplió los requisitos -de edad y número de cotizaciones- establecidos en dicho reglamento, durante su vigencia.

IV.- SOBRE LOS REQUISITOS EXIGIBLES AL ACTOR: La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en ejercicio de la facultad legal de dictar los reglamentos que requiera la Institución, según lo dispuesto expresamente por el numeral 14 inciso f) de su Ley



Constitutiva (Ley N°17 del 22 de octubre de 1943) con fundamento en el mandato constitucional contenido en el artículo 73 de nuestra Carta Fundamental, ha adoptado diversos reglamentos en materia de pensiones del Régimen de Invalidez Vejez y Muerte -administrado por dicha entidad-, los cuales han establecido exigencias distintas a los asegurados, para tener derecho a la pensión o a la jubilación. El 16 de diciembre de 1946, se dictó el primero de ellos, el cual entró a regir el 8 de enero de 1947, siendo derogado por otro que aprobó esa Junta Directiva, en la Sesión del 5 de agosto de 1960, cuya vigencia data del 1 de noviembre de ese año. De ese reglamento, el de 1960, interesan las siguientes normas: “Art. 14: *La edad normal de retiro se fija en sesenta y cinco años, entendiéndose como tal la edad de referencia establecida para la fijación de los beneficios por vejez y el costo de éstos.* Art. 15: *El asegurado puede retirarse y solicitar el disfrute de su pensión por vejez, a partir de los sesenta años de edad, siempre que haya cumplido los demás requisitos de cotización y plazos de espera que en artículos siguientes se estipulan (...).* Art. 40: *Tiene derecho a la renta de vejez, sin necesidad de probar invalidez, el asegurado que hubiere cumplido la edad normal de retiro de 65 años y tuviere acreditadas por lo menos 120 cuotas mensuales. Sin embargo, el asegurado que hubiere cumplido la edad de 60 años y tuviere acreditadas por lo menos 120 cuotas mensuales, podrá retirarse, sin necesidad de probar invalidez, después de la mencionada edad de 60 años, con una pensión disminuida en un 8%, por cada año de retiro previo, porcentaje que se aplicará al monto de la pensión acumulada al momento del retiro*”. En la Sesión N° 4304, del 29 de junio de 1971, artículo 2, la Junta Directiva de la Caja aprobó un nuevo Reglamento, el cual fue publicado en la Gaceta N° 142, del 13 de julio de 1971, en el que se dispuso: “Art. 14: *Pueden acogerse al retiro con disfrute de pensión por vejez los asegurados que hayan cumplido 60 años de edad y hayan cotizado con un mínimo de 300 cuotas mensuales, lo mismo que los de 61 años con 264 cuotas, los de 62 años con 228 cuotas, los de 63 años con 192 cuotas, los de 64 años con 156 cuotas y los de 65 años o más con 120 cuotas. Al llegar un asegurado a 60 años sin completar el número necesario de cuotas para su pensión, cada mes posterior que cotice se le computará, únicamente para que alcance el número mínimo de cuotas de retiro, como el equivalente a tres cuotas mensuales*”. Posteriormente, en el artículo 11, de la Sesión N° 6813, y en el 52, de la Sesión N° 6822, por su orden, celebradas el 24 de marzo y el 28 de abril de 1994, así como en el numeral 35, de la Sesión N° 6891; y en el 19, de la Sesión N° 6895, del 10 y 24 de enero de 1995, respectivamente; y en el artículo 8, de la Sesión N° 6898, del 7 de febrero de 1995, se aprobó un nuevo Reglamento, derogatorio del anterior, el cual fue publicado en La Gaceta N° 50, del 10 de marzo de 1995, que es el que aplicaron, acertadamente, los juzgadores de instancia, para denegarle la pensión al demandante. Esta es la normativa que debe aplicarse al caso concreto, en vista de que, el actor, no adquirió el derecho a una pensión por vejez al amparo de los reglamentos que rigieron con anterioridad, pues no logró cumplir los requisitos por ellos establecidos -edad y número de cotizaciones-, durante sus propias vigencias. Por otra parte, carecen de fundamento las violaciones y los vicios alegados por el recurrente, toda vez, que no existe un derecho a la inmutabilidad del ordenamiento, en materia de pensiones y de jubilaciones. Al respecto, la Sala Constitucional ha dictado interesantes pronunciamientos que se estima necesario transcribir. El primero de ellos es el N° 2379, de las 11:06 horas, del 17 de mayo de 1996, en el cual se dijo: “*La relación existente entre el derecho fundamental a la jubilación y el artículo 34 Constitucional ha sido delineada por la Sala, la cual ha expresado que el primero toma diversa apariencia y denominación según que el funcionario cumpla con ciertas condiciones, las que normalmente se suceden en el tiempo. Así, el derecho de jubilación se manifiesta primeramente bajo el nombre y la forma de “derecho de pertenencia al régimen” desde el ingreso del funcionario al sistema y hasta que acontece el evento consistente en el cumplimiento de los requisitos necesarios para la obtención del beneficio. Luego, deja ese ropaje para pasar a llamarse “derecho a la prestación actual”, una vez que ha ocurrido aquella señalada eventualidad (confróntese la resolución 1147-90 de las doce horas del veintiuno de setiembre de mil novecientos noventa). Con lo anterior, quieren acentuarse dos cosas: a) que durante todo el tiempo el derecho*



fundamental a la jubilación es y ha sido siempre uno y el mismo, y no cambia en sus características de esencia, mismas que permanecen como parte integrante de su composición a pesar de las distintas modalidades que pueda presentar exteriormente; b) que es a ese núcleo, sin los accidentes que se le agregan en el momento de su concreción y llamado simplemente derecho constitucional a la jubilación, al que reconoce la Sala como derecho adquirido del accionante. Ahora bien, si como se expuso en el considerando segundo de esta sentencia, aceptamos que una de las características esenciales del derecho a la jubilación es la de poder ser limitado o condicionado en los términos en que allí se explicó, se puede concluir que la inclusión del derecho de jubilación en el acervo de derechos adquiridos por el accionante, también incluyó -a modo de posibilidad jurídica- la facultad para el ejercicio de limitaciones o condicionamientos al citado derecho, porque tal facultad a ejercer por el Estado, forma parte propia de su estructura y composición. En otros términos, el hecho de que al accionante se le reconozca como derecho adquirido desde su ingreso al régimen el derecho a la jubilación, no puede implicar una desaparición de los atributos y condicionamientos que forman parte intrínseca de él -incluyendo por supuesto las que puedan resultar restrictivas para el beneficiario- de modo que todas esas características perviven como un conjunto indeterminado de cláusulas presuntas o implícitas, que están insertas dentro de cualquier régimen o sistema de concreción del derecho a la jubilación y que, por ello mismo, son potencialmente aplicables al accionante en cualquier momento y mientras pertenezca al régimen. Y no podría ampararse en el artículo 34 de la Constitución Política para oponerse a su aplicación, dado que no se trata de una nueva normativa sino del ejercicio efectivo de una implícita facultad de variación existente desde el momento de ingreso al régimen. Desde luego que esa posibilidad de modificación que tiene acordada a su favor el Estado, encuentra límites no sólo provenientes de la Constitución Política, sino del Derecho Internacional, entre los que se destacan los fijados en el Convenio número 102 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la norma mínima de seguridad social, que señala, en lo que aquí interesa, que las prestaciones concedidas en aplicación del citado Convenio y los gastos de administración se encuentren respaldados en estudios técnicos y no que sean implantados o modificados por una decisión política, arbitraria o antojadiza de la Administración, prestaciones entre las cuales se encuentra el monto de cotización para el régimen de pensiones por parte del empleado y el Estado como tal y como patrono y que obliga a fundamentar esas variaciones en estudios actuariales relacionados con la solvencia del régimen por afectar.” (El subrayado es del redactor) En un sentido similar, se encuentra el Voto N° 6491, de las 9:45 horas, del 10 de setiembre de 1998: “En el primero de los casos, el derecho de pertenencia a un régimen jubilatorio guarda un mayor grado de abstracción y consiste, en esencia, en el derecho a que permanezca el régimen de pensiones propio de la institución en que se labora, así como sus elementos o condiciones definitorias. El derecho a pertenecer al régimen significa a no ser excluido, a que se mantengan sus parámetros generales, como podría ser que la contribución sea tripartita -condición, que, por cierto, en proporciones similares es por sí misma un derecho constitucional, sin perjuicio de que la contribución estatal sea igual en todos los regímenes-. Por sus características, este derecho se adquiere por el solo ingreso a él, sin embargo, como ya se dijo, sus consecuencias son mucho más restringidas que las que se expondrán para el caso del derecho concreto a la pensión. El derecho concreto a gozar de la jubilación es aquél que tradicionalmente se ha utilizado como ejemplo para explicar el concepto de derecho adquirido. En esos mismos términos siempre se consideró que nacía en el momento en que el trabajador cumplía los requisitos exigidos por la ley vigente en ese momento para acceder al beneficio jubilatorio. En cuanto al goce efectivo del mismo, es un derecho que no puede limitarse, condicionarse o suprimirse en forma irracional en modo alguno, cuando se ha adquirido el derecho como tal, constituyéndose así en un derecho absoluto de disfrute. Sin embargo, no sucede del mismo modo con la expectativa de los trabajadores que cotizan para un régimen determinado, de manera que es hasta que se cumple con todos los presupuestos de ley -edad, años de pagar las cuotas, monto, etc.- que se obtiene dicho derecho. Así, la pertenencia a



un régimen determinado de pensiones o jubilaciones se adquiere desde el momento en que se comienza a cotizar en dicho régimen, pero el derecho concreto a la jubilación se adquiere cuando el interesado cumple con todos los presupuestos establecidos por ley, y no antes, como lo reclaman los accionantes, al considerar que la modificación de las condiciones para obtener este derecho es inconstitucional. Los mismos ostentan un derecho a la pertenencia de un régimen de pensiones, que en este caso es el régimen de Hacienda, ya que lo que la normativa impugnada – Ley Marco de Pensiones, número 7302- lo que hizo fue unificar los diferentes regímenes existentes y crear un "marco común", sin alterar en lo más mínimo el régimen de pertenencia de pensión de los empleados públicos. En efecto, es reconocido que tales regímenes están regulados mediante ley, la cual puede ser modificada o derogada en virtud de otra ley, y pretender que los presupuestos no pueden ser modificados nunca implicaría crear una limitación a cada régimen de pensiones y jubilaciones ya existente, que tiene rango constitucional en cuanto a su creación en general, pero no en cuanto a las especificaciones en particular. (En este mismo sentido, ver los pronunciamientos número 1341-93, de las 10:30 horas del 29 de marzo de 1993 y 3063-95 de las 15:30 horas del 13 de junio de 1995). Este concepto se ha visto ampliado posteriormente a raíz de decisiones legislativas y de este Tribunal, en las que se reconoció un tiempo prudencial -dieciocho meses- anterior al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho, pues se trata de una persona muy cercana a la fecha de jubilación, quien no sólo tiene una expectativa, sino que adopta medidas irreversibles para prepararse para su cambio de estado. En este marco debe estudiarse si la modificación introducida por el legislador de la edad para jubilarse es armónica con la Constitución o la contraviene. Preliminarmente, debe aclararse que no roza de modo alguno la Constitución que los requisitos para adquirir el derecho a la pensión consistan además de tiempo de servicio, en poseer una determinada edad, pues precisamente se pretende que la jubilación sea el medio de manutención de una persona que por sus años no requiere seguir conformando la fuerza laboral activa para proveerse su sustento. En el caso de los funcionarios judiciales, para jubilarse, anteriormente se les exigía laborar por espacio de treinta años y contar con cincuenta y cinco años de edad (artículo 231 inciso a) de la antigua Ley Orgánica del Poder Judicial), modificándose tales condiciones en cuanto a la edad de retiro, aumentándola a sesenta años. En tesis de principio, es constitucionalmente válido que el legislador varíe la edad a partir de la cual es posible adquirir el derecho a una pensión, tomando en cuenta que al individuo con derecho de pertenencia al régimen, pero aún no a la pensión, se le pueden imponer aquellas variaciones que deriven de un cambio de circunstancias y de la necesidad de mantener un sistema financiero sano. Eso sí, tales innovaciones no pueden hacer nugatorio el derecho o reducirlo drásticamente o arbitrariamente. Es decir, pueden introducirse cambios de los requisitos, por ejemplo, de años de servicio o de edad, basados en el aumento de la longevidad y la necesidad de crear proporciones similares de clases pasivas y activas. Tratándose de los requisitos del artículo 224 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que de cincuenta y cinco años de edad se pasa a sesenta, no se estima que se esté ante un caso en que la reforma legislativa haga evidentemente nugatorio el derecho a la jubilación en ninguno de los dos sentidos en que se trata el tema, pues ni se está suprimiendo a algún grupo de servidores su derecho de pertenecer al régimen, ni se está alejando de ellos desproporcionadamente el momento de jubilación. Debe aclararse al actor, además, que según lo expuesto hasta aquí los derechos adquiridos en el campo de las jubilaciones no se incorporan al contrato laboral de los servidores al ingresar éstos a la institución, de tal modo que una vez iniciada la relación laboral, deban pensionarse con base en los requisitos establecidos en la legislación vigente en ese momento, ya que tal afirmación llevaría a la intangibilidad de los sistemas de pensión, salvo para quienes ingresen por primera vez al servicio del ente.² (No subrayado en el original) Más recientemente, se dictó el Voto N° 5236, de las 14 horas, del 7 de julio de 1999: "Resulta importante indicar, además, que el legislador en el ejercicio de sus potestades constitucionales puede variar la legislación, en tanto respete los derechos adquiridos y las situaciones jurídicas consolidadas, como lo indica el artículo 34 constitucional, y en el presente



caso, la cotización al régimen del Magisterio Nacional lo que ha generado es un "derecho de pertenencia" al mismo y la Sala no advierte que se haya irrespetado ese derecho, que se mantiene bajo la modalidad de diversos sistemas, básicamente, de reparto y de capitalización. La jurisprudencia ha reconocido que la cotización para un régimen de pensiones origina un "derecho de pertenencia al régimen", como queda dicho, pero no hace inmodificable las reglas del sistema." (El subrayado es de la redactora). Acorde con esos claros y vinculantes lineamientos jurisprudenciales, el artículo 51, del Reglamento vigente, dispone: "Las reformas anteriores rigen a partir del 1 de febrero de 1995. Los patronos y los asegurados no podrán alegar derechos adquiridos con motivo de las modificaciones, alteraciones o cambios que se introducen con este Reglamento, respecto de las normas reformadas, ni en relación con la modalidad y extensión de los beneficios...". Igualmente, se introdujo una normativa transitoria (que no cobija al actor), que establece unos requisitos más favorables, precisamente para no afectar a quienes se encontraran en los supuestos allí establecidos, en razón de su edad y de las expectativas que ya tenían de gozar, en un tiempo cercano, de su jubilación. En síntesis, el señor Ajún Bolívar, carece de derecho para acogerse a una pensión por vejez, en vista de que no cumple con los requisitos exigidos por la legislación vigente, que consisten en tener 65 años de edad y 240 cotizaciones, o una edad mínima de 61 años y 11 meses para retirarse en forma anticipada; siempre que se cuente con al menos 462 cotizaciones, en el caso de los varones (artículo 5 del Reglamento)."

b)Despido injustificado: Análisis normativo y jurisprudencial sobre la protección especial tendiente a evitar la discriminación de la trabajadora embarazada

[Sala Segunda]³

Voto de mayoría

"III.- SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA TRABAJADORA EMBARAZADA: El artículo 51 de la *Constitución Política* consagra a la familia como el elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, por lo que establece un derecho de protección especial por parte del Estado, derecho que expresamente se hace extensivo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. Atendiendo a esa norma constitucional y también a la prevista en el numeral 71, se han emitido una serie de normas, de distinto rango, tendientes a desarrollar esa protección especial, garantizada constitucionalmente. En relación con la tutela a la mujer en el ámbito laboral, se ha tratado de protegerla, en cuanto en ella recae, por naturaleza, un mayor aporte en la reproducción humana y para tratar de conciliar sus vidas en los ámbitos laboral y familiar. La Organización Internacional del Trabajo se ocupó de esta materia, inicialmente, en el Convenio número 3, conocido como el *Convenio sobre la protección de la maternidad*, adoptado en 1919, que posteriormente fue revisado por el Convenio 103, de 1952; el cual fue revisado, a su vez, por el número 183, adoptado en el año 2000 y conocido con el mismo nombre, no obstante aún no ha sido ratificado por nuestro país. En el Convenio 102, sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952, en la Parte VIII, se regulan las prestaciones mínimas por maternidad, instrumento que sí fue adoptado, mediante Ley N° 4736 de 29 de marzo de 1971, excluyéndose de la aprobación las



partes tercera y cuarta. En esta enumeración de las normas aplicables al caso resulta importante la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, conocida como la “Convención de Belém do Pará”, adoptada por la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) el 9 de junio de 1994 y aprobada por la Asamblea Legislativa, mediante la Ley N° 7499, del 2 de mayo de 1995, publicada en La Gaceta, N° 123, del 28 de junio de 1995 y con efectos a partir de su publicación, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Asimismo, la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, ratificada por la Ley N° 6968, del 2 de octubre de 1984, también contiene importantes normas, relacionadas con esta concreta materia. Así, por ejemplo, en el artículo 11, se establece: “1°.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres 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 al acceso 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 un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de 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. / 2°.- 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 la 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 pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. / c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para 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”. Estos Convenios, de rango superior a las leyes -en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política-; en parte, fueron desarrollados por la Ley N° 7142, del 8 de marzo de 1990, vigente a partir de su publicación, en La Gaceta N° 59, del 26 de marzo siguiente, que es la *Ley de promoción de la igualdad social de la mujer*. En el artículo 32 se dispuso reformar, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo y adicionarle el numeral 94 bis, estableciéndose una protección especial mayor para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En efecto, antes de que se reformara dicho numeral, únicamente, disponía: “Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Todo despido justificado que de ellas se haga debe ser avisado previamente a las autoridades administrativas de trabajo”. Con la reforma, la protección fue reforzada, estableciéndose una prohibición, para el empleador, de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, salvo cuando incurran en una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem. Pero, en tal caso, el despido debe gestionarse ante las autoridades del Ministerio de Trabajo, instancia en la que deberá acreditarse la falta. Asimismo, se estableció que para poder gozar de la protección establecida, la trabajadora está en la obligación de dar aviso al empleador acerca de su estado. La norma, entonces, quedó redactada en los siguientes términos: “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 de 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.” Por su parte, la protección se vio reforzada también con la adición del numeral 94 bis, en el que se estableció, explícitamente, el derecho de la trabajadora, despedida en contra de lo regulado en el artículo 94, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaba, con el pleno goce de todos sus derechos. De esa manera, se estableció una clara excepción al régimen de libre despido, contemplado en el artículo 85 inciso d) del *Código de Trabajo* y un fuero especial en beneficio de la trabajadora embarazada y la que se encuentra en período de lactancia. De conformidad con las normas transcritas, de incurrir la trabajadora embarazada o en período de lactancia en una falta grave, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta imputada, procedimiento este que no debe soslayarse, en atención a los importantes valores tutelados, que no se restringen a la madre, sino que también se extienden a la persona engendrada o nacida y a la familia en general. (En ese sentido, puede consultarse la sentencia de esta Sala N° 645, de las 9:50 horas del 31 de octubre del 2001). Por su parte, para poder gozar de la estabilidad establecida en ese numeral, o de los beneficios contemplados en el artículo siguiente -94 bis-, la trabajadora debe cumplir con el requisito de darle aviso al empleador respecto de su estado de gravedad. En la construcción jurisprudencial, de la aplicación de la norma al caso concreto, reiteradamente se ha dicho que la certificación médica bien puede ser aportada con posterioridad, pues no se trata de un requisito esencial para que opere la protección, dado que basta la mera comunicación -que incluso puede ser hasta verbal-, para que operen los mecanismos de protección. Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (ver, entre otras, las sentencias números 91, de las 10:10 horas del 2 de febrero; 136, de las 9:35 horas del 23 de febrero; y, 281, de las 10:10 horas del 25 de mayo, todas del 2001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el fallo número 438, de las 9:30 horas del 3 de agosto del 2001), y la protección aún prospera cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora (al respecto, pueden verse las sentencias números 589, de las 10:00 horas del 28 de setiembre del 2001; y, 229, de las 9:00 horas del 17 de mayo del 2002). Si el despido se produjere en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la trabajadora el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación podrá, entonces, solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes a la licencia por pre parto y post parto, así como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta que hubiera completado ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía y, como una indemnización por daños y perjuicios, a diez días de salario. Finalmente, debe indicarse que si bien la naturaleza de esas normas es eminente e imperativamente proteccionista, no puede obviarse el efecto negativo que, en no pocas ocasiones, ha generado, especialmente, en lo tocante a las posibilidades de acceso al trabajo; pues, sin duda, la maternidad les genera a los empleadores un mayor costo productivo; dado que, según lo establece el artículo 95 del *Código de Trabajo*, “el monto que corresponda al pago de esta licencia (se refiere a los períodos del pre parto y el post parto) deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono.” (Los destacados no están en el original). Esta situación no puede corregirla la Sala,



sino que se requiere una nueva visión de la política legislativa en esta materia, como lo han hecho otros ordenamientos a través de reformas legales que neutralicen los efectos negativos que se han venido dando, en perjuicio de las trabajadoras.

IV.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE ORIENTAN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPECIAL: En cuanto al tema que viene desarrollándose, no puede omitirse la referencia a la jurisprudencia constitucional, la que ha determinado, de manera expresa, que la legislación apuntada debe ser aplicada atendiendo el evidente espíritu proteccionista que la originó. En ese sentido, vale citar la sentencia N° 6262, de las 9:18 horas del 25 de octubre de 1994. En ese voto, la Sala Constitucional, indicó: *“Constrúyese entonces por el intérprete una protección legal de la trabajadora en estado de embarazo o período de lactancia que gira en torno a los obvios fines de la Ley: A) Es prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia pero no se ha garantizado su inamovilidad: El despido es procedente si el patrono comprueba una falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del código laboral, de igual forma que el ordenamiento prohíbe el despido de trabajadores porque ejerciten sus libertades sindicales o políticas, pero no impide que si el patrono comprueba una falta grave a los deberes derivados del contrato, pueda ejercer su potestad de despido. Un equilibrio dinámico e histórico entre los factores de la producción, con un marco razonable de configuración por parte del legislador, es tutelado por el artículo 74 constitucional. B) Las disposiciones constitucionales y legales que amparan a la madre y al niño no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora: La trabajadora debe comprobar ante la Inspección General de Trabajo o en su caso ante el juez laboral, que en efecto está embarazada o está en el periodo de lactancia. Como medio de prueba se le exige aportar “certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social”. Estos son elementos probatorios, no requisitos solemnes que pudieran eruirse en obstáculos al ejercicio del derecho. En otros términos, es el hecho del embarazo o el hecho de la lactancia lo que impide al patrono despedir cuando no concorra falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del Código de Trabajo.- “Para gozar de la protección que aquí se establece”, dispone el párrafo segundo del artículo 94 del Código de Trabajo así reformado por la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer, “la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social”. La certificación o la constancia o el aviso entonces, no operan a modo de requisitos de admisibilidad -requisitos solemnes cuya omisión acarrearía ab initio la pérdida de protección de la Ley-; son requisitos probatorios que han de aportarse a la administración y en su caso al juez, y cuyo propósito es evitar el fraude, y no, obviamente, facilitar el despido de la embarazada que liminarmente omite presentarlos.”* (En el mismo sentido, consúltese la resolución, también de esa otra Sala, número 6697, de las 14:57 horas del 15 de noviembre de 1994. Los destacados no constan en el original).

V.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: De conformidad con las pruebas traídas a los autos se tiene por acreditado que la actora laboró para la demandada como *telefonista*, desde el 19 de junio del año 2000. El día 24 de febrero del 2003 la secretaria quiso entregarle la comunicación del despido, pero la actora le indicó que estaba embarazada. Según la declaración de la testigo Yeimmy Oviedo Ugalde, quien precisamente ocupaba el cargo de secretaria, ante esa situación, no le entregó la respectiva carta y le indicó que se presentara al siguiente día para que hablara con el gerente. Según la testigo, al día siguiente la actora se presentó con una funcionaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (folios 43-44). Con base en esta declaración, el recurrente sostiene que el despido no existió, porque no se le hizo entrega de la comunicación correspondiente. No obstante, no queda claro del por qué la actora mantenía bajo su custodia la carta respectiva y la aportó a los autos como prueba (véase el folio 6). De igual forma, si se analiza el hecho cuarto de la demanda, en relación con la respuesta dada en la contestación, se tiene que la actora indicó que



cuando la secretaria le entregó la carta del despido, ella le manifestó que estaba embarazada y entonces aquella le indicó que se presentara al día siguiente a hablar con el gerente. Así lo hizo y aportó el dictamen médico que acreditaba su estado (folio 64) y regresó nuevamente el día 7 de marzo del 2003 con una funcionaria del Ministerio de Trabajo. En la contestación, la representación de la demandada no negó que la actora se hubiere hecho presente al día siguiente a aquel en que la secretaria le comunicó la destitución. Por otra parte, consta que el 26 de febrero del 2003 la accionante se presentó ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo a plantear su denuncia, donde indicó que había sido despedida (folio 23). Ello generó que el día 7 de marzo siguiente se visitara el centro de trabajo, previniéndole al representante de la demandada sobre la violación de leyes laborales (folios 5 y 22). Ante esa prevención, el gerente de la Cooperativa, ofreció la reinstalación y el pago de salarios, lo que luego informó mediante comunicación escrita de fecha 14 de marzo (folio 20). De conformidad con la versión que la trabajadora rindió en aquella oficina de inspección, el despido sí fue ejecutado, pues el gerente le indicó que la comunicación le había sido entregada antes del aviso y se le canceló la suma de ¢124.540,00 más ¢40.000,00 por sus derechos laborales, lo que fue admitido por la parte demandada al contestar el hecho quinto. Así las cosas, aunque en esta tercera instancia rogada la parte demandada señala que el despido nunca se hizo efectivo, las pruebas que constan en los autos acreditan lo contrario. La actora no solo recibió el respectivo comunicado y lo aportó como prueba, sino que también refirió haber recibido el pago de sus derechos laborales, en la suma dicha, por lo que en el caso concreto no puede tenerse por acreditada la supuesta dejación del trabajo que a criterio del recurrente la actora hizo. El ofrecimiento de reinstalación no se produjo sino hasta que intervino la inspectora del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y le hizo ver al representante de la demandada que había incurrido en una violación a la normativa laboral, lo que sucedió no al día siguiente, como lo indicó la testigo, sino hasta el 7 de marzo. En el caso concreto, el despido se materializó, a pesar del efectivo conocimiento que el representante patronal tenía sobre el embarazo de la actora. Fue debidamente ejecutado y no fue sino a partir de que la trabajadora se apersonó con la inspectora del respectivo Ministerio a reclamar sus derechos cuando entonces se le ofreció reinstalarla en su puesto. La reinstalación así dispuesta no era vinculante para la actora, pues como lo indicaron los integrantes del Tribunal, se trata de un derecho de opción que esta puede o no ejercer. **La violación de la normativa se había consumado y el supuesto de hecho que hacía surgir el derecho a las indemnizaciones reclamadas se había producido.** Por último, debe indicarse que esta Sala, mediante resolución número 341, de las 9:40 horas del 9 de julio del 2003, resolvió un asunto algo similar al que ahora se conoce y al respecto dispuso:

“III.- En este caso, es un hecho expresamente admitido por la parte demanda que, el viernes 3 de diciembre de 1999, cuando el señor ..., quien ocupa el cargo de supervisor, le entregó a doña ... la acción de personal mediante la cual se le despedía a partir de esa fecha “Por reorganización de personal”, **ella le dio aviso de su estado de embarazo. Sin embargo, esa parte no actuó conforme se lo exigía la normativa aplicable y la buena fe, pues no suspendió la ejecución del despido, a la espera, si lo consideraba de rigor, de la comprobación documental del embarazo. Por el contrario, mantuvo su decisión, al punto que, desde esa data, la actora se vio efectivamente privada de su trabajo.** Nótese que la así denominada “reinstalación”, que no es tal, entró en vigencia hasta el 9 de diciembre siguiente (folio 4). A ello debe agregarse que esta última decisión patronal se produjo ante las vehementes gestiones realizadas por la señora ... La decisión de reincorporarla –o, mejor dicho, de recontratarla- en sus funciones en realidad no fue tal porque se le ubicó en otro local, lejano geográficamente al anterior, no altera en nada esa conclusión, **y lo cierto es que ya el despido había surtido plenos efectos jurídicos y había nacido a su favor el derecho a obtener la reparación prevista por la normativa protectora.** Se equivoca, entonces, el recurrente cuando afirma que el señor ..., gerente de la accionada, suspendió el acto de desvinculación patronal para que la actora probara su embarazo...” (La negrita



y el subrayado no son del original)."

c) Pena: Análisis sobre la finalidad, proporcionalidad, elementos y fijación

[Tribunal de Casación Penal]⁴

Voto de mayoría:

"III.1) **Finalidad de la pena:** Para la fijación de la pena el tribunal parte de la premisa original de Ziffer (ZIFFER, Patricia S.: Lineamientos de la determinación de la pena; Ad-Hoc, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA; Buenos Aires; 1.996), quien con acierto señala que la individualización de la pena debe responder a los fines políticamente asignados a ésta. La decisión del fin de la pena es de naturaleza política criminal, de modo que los tribunales, sin hacer política criminal en el caso concreto y sin separarse de las líneas maestras señaladas por el ordenamiento jurídico en abstracto -por el legislador en otras palabras-, deben cuantificar la pena en cumplimiento de aquellos principios básicos de la política criminal. Consecuencia de lo anterior es la obligada consulta a la Const.Pol. y a la otras fuentes de derecho, en orden descendente, para determinar antes que otra cosa la finalidad política de la pena en el derecho costarricense. La carta constitucional guarda silencio acerca del tema, por lo que debe acudir a los tratados internacionales que, de acuerdo al § 7 de la Const.Pol., tienen fuerza inferior a la constitución pero superior a la ley. Así encontramos el § 5 de la Convención americana sobre derechos humanos, que en los §§ 5.3 y 5.6 dispone: «La pena no puede trascender de la persona del delincuente» y «Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados». En igual sentido el § 10.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que en lo conducente reza: «El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados...»; y el § 51 del C.p., que establece la «acción rehabilitadora» como finalidad de las penas. De aquí derivan dos consecuencias importantes: (i) la pena no puede ir más allá de la persona del condenado, en cuanto no debería afectar a otros como su cónyuge o hijos, pero tampoco puede trascender a otros miembros de la sociedad como un mensaje de prevención general negativa, por lo menos no puede imponerse la pena con esta intención; y (ii) si la finalidad de la pena es la reforma y readaptación social del condenado, su propósito -de prevención especial positiva- es el de aplicarse en la medida necesaria para la reinserción social del condenado. La individualización de la pena gravita en torno a la necesidad individual de castigo, dentro de los parámetros fijados por la ley. Se tiene así la finalidad de la pena: la necesidad individual de ella. III.2) **Proporcionalidad de la pena:** Corresponde subrayar el límite de actuación de la ley establecido por el § 28 de la Const.Pol., cuando indica que los actos privados que no dañen a terceros quedan fuera de la acción de la ley; o a contrario sensu: sólo ante la lesión o peligro para bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es posible aplicar la ley. Es decir la ley se aplica en la medida, en la proporción o en relación, al daño o peligro para el bien jurídico afectado por el delito. Hasta aquí necesidad y lesividad, dentro de la previsión objetiva y abstracta de la pena, son los parámetros de fijación. III.3) **Elementos objetivos,** normativo y subjetivo en la fijación de la pena: Así lo señala el § 71 del C.p.,



cuando dispone en la parte inicial: «El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe». Se encuentran aquí los elementos de ponderables para la fijación de la pena: (i) elemento objetivo, contenido después en el inciso a) del mismo artículo («...la pena que debe imponerse de acuerdo con los límites señalados para cada delito...»); (ii) elemento normativo, desglosado en los incisos b), c) y e) (la lesividad, el daño o peligro, «... atendiendo a la gravedad del hecho...»); y (iii) elemento subjetivo, descompuesto en los incisos a), d), e) y f) (la culpabilidad, «... la personalidad del partícipe...»). III.4) **Pasos para la fijación de la pena:** De este modo, debe calificarse el hecho y establecer la previsión abstracta para el delito en general; un segundo paso es el de establecerse el límite de la pena para el caso concreto, atendiendo a la extensión del daño o peligro para el bien jurídico tutelado, en consideración al quantum económico cuando sea posible, a la vulnerabilidad de la víctima, a la inflexión de dolor más o menos necesaria para la comisión del hecho y a las condiciones de modo, tiempo y lugar; y el tercer paso, implica la ponderación de la culpabilidad -en cuanto mayor o menor exigibilidad de conocer el derecho y de actuar conforme a ese conocimiento-, la oportunidad del delito, la consideración a la víctima y las condiciones materiales y espacio-temporales de la comisión del delito. Esta es la interpretación de las fuentes de derecho para la fijación de la pena, concretamente de los §§ 7 y 28 de la Const.Pol., 5.3 y 5.6 de la Convención americana sobre derechos humanos, y 71 del C.p. Ahora bien, en el presente caso se omitió por completo el razonamiento, que echa de menos la defensa, por lo que se agrega una razón para acoger la nulidad solicitada y ordenar el reenvío."

d)Pensión por invalidez: Constitucionalidad de condiciones y limitaciones para adquirir el derecho

[Sala Segunda]⁵

Voto de mayoría

"II.- El artículo 3° de la Ley Constitutiva de la demandada, establece que la Caja determinará reglamentariamente los requisitos de ingreso a cada régimen de protección, así como los beneficios y condiciones en que éstos se otorgarán. El órgano contralor de constitucionalidad ha estimado que la regulación reglamentaria de esas exigencias no violentan el aludido precepto de la Carta Fundamental. Así, en el Voto N° 1147, de las 16:00 horas del 21 de setiembre de 1990, expresó: "III.- En primer lugar, la Sala declara que sí existe un derecho constitucional y fundamental a la jubilación, a favor de todo trabajador, en general; derecho que, como tal, pertenece y debe ser reconocido a todo ser humano, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 33 y 73 de la Constitución,... Esa conclusión se confirma en una serie de principios y normas internacionales de derechos humanos, que tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución, sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma, (reformado por la Ley N° 7128 de



18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28, 29 y 30 -así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre Seguridad Social, N° 102 de la OIT, VII.- ... En realidad, no se ignora que el de jubilación, como cualquier otro derecho, está sujeto a condiciones y limitaciones, pero unas y otras solamente en cuanto se encuentren previstas por las normas que las reconocen y garantizan y resulten, además, razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin. Esto no es otra cosa que expresión de un conocido principio del Derecho de los Derechos Humanos, que puede denominarse de proporcionalidad, y que se recoge, en general, como condición sine qua non de las limitaciones y restricciones a tales derechos autorizadas excepcionalmente por los propios textos que los consagran; principio que se encuentra enumerado, por ejemplo, en los artículos 29.2 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.". Por otro lado, al resolver sobre una acción de inconstitucionalidad, precisamente, contra el artículo 6, del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el Voto N° 2091, de las 8:30 horas, del 8 de marzo del 2000, señaló: "En esta tesitura y luego del análisis de la norma impugnada, así como del parámetro de constitucionalidad que se invoca y a la luz de la documentación aportada al expediente en relación con los precedentes de la Sala en lo que atañe a esta materia, se estima que particularmente para el caso del seguro de invalidez que administra la Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica se ajusta al Convenio 102 de la O.I.T. con lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (cuestionado), pues con él se conforma a lo que estipula el párrafo 1° inciso a) del artículo 57 de ese Convenio, en el tanto y cuanto que la situación real del país no le permite ubicarse en la hipótesis del inciso b) del párrafo 1° de ese ordinal, al no cumplirse los presupuestos contemplados en ella, de manera que no se transgrede la norma convencional al no otorgar nuestro país la pensión por invalidez con un período mínimo de cotización de 3 años (36 cuotas) dentro del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social. Veamos ¿por qué? El inciso b) del párrafo 1° que invoca la parte accionante dice que la jubilación por invalidez debe otorgarse a las personas protegidas que hayan cumplido un período de tres años de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, en el transcurso del período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual alcance un valor prescrito, pero esto cuando en el país de que se trate "...en principio todas las personas económicamente activas estén protegidas" (sic). Al respecto, debe tenerse presente que el Convenio 102 ni en otros en los que se encuentra esta misma frase definen qué se entiende por población económicamente activa; no obstante, cabe observar que según las recomendaciones internacionales sobre estadísticas del trabajo, este término se refiere tanto a las personas que tienen un empleo como a los desempleados, de forma tal que el presupuesto que contempla el inciso b) párrafo 1° del artículo 57 del Convenio 102 es aplicable en aquellos países en los que el régimen de protección se extiende a toda la población. Así fue interpretado por la Organización Internacional del Trabajo en: "Interpretación de una decisión sobre el Convenio núm. 102, Seguridad social (norma mínima), 1952 Países Bajos. Publicación: 1961", refiriéndose a la frase "cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas" que se encuentra también en el artículo 29 del mismo (punto 17). Pero esto no sucede en nuestro país, pues ni aún en tesis de principio todas las personas económicamente activas están protegidas por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, lo que demuestra este ente en el anexo #1 (folio 44). Esto por dos razones: primero, por cuanto los artículos 73 en relación con el transitorio al 177 de la Constitución Política, aunque refieren a la universalización de los seguros sociales en forma obligatoria, lo hace mediante un sistema tripartito de contribución forzosa patrono-trabajador-Estado, que en la práctica no incluye la obligatoriedad para sectores de trabajadores independientes, pues si bien por el principio de universalización de los seguros sociales que recepta el transitorio al artículo 177

constitucional toda persona puede ser cubierta por este tipo de régimen, sea o no trabajador asalariado, de no ser asalariado no tiene obligación de cotizar para el régimen y por ello no existen mecanismos coercitivos para que lo haga, como sí los hay para el caso de los asalariados y sus patronos. Segundo, porque nuestro Ordenamiento Jurídico permite la coexistencia de otros regímenes e incluso existe el régimen no contributivo, en este último caso que se rige por reglas diferentes pero que permiten a quienes no han contribuido con ningún otro de los establecidos, acceder al beneficio de jubilación. En este orden de ideas, como en el caso costarricense no se cumplen los presupuestos que el Convenio 102 contempla en su artículo 57 inciso b) del párrafo primero, coincide la Sala con la Caja Costarricense de Seguro Social en cuanto a que el país no violenta la norma convencional que se invoca, puesto que el artículo cuestionado se conforma con lo estipulado en el inciso a) del mismo párrafo primero, e incluso establece condiciones más favorables para las personas protegidas que aquellas que permite el Convenio en ese numeral. Obsérvese que el Convenio estipula el derecho a la jubilación por invalidez para aquellas personas que hayan cumplido, antes de la contingencia y según normas prescritas (internas), un período de calificación (que significa un período de cotización o de empleo según el inciso f) del artículo 1 del mismo Convenio) que "...podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia;..." (el resaltado no es del original); por el contrario, el artículo que aquí se impugna -y el que se encuentra hoy vigente- contempla períodos de cotización menores, utilizando otro parámetro **de tipo objetivo** como lo es la edad de la persona y un número mínimo de cotizaciones dentro de un período que se fija anterior a la contingencia. La Sala Constitucional declaró la adecuación de esa norma reglamentaria de la Caja Costarricense de Seguro Social con aquella otra norma de rango superior (artículo 57 del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo) y, a su vez, estableció expresamente que, los requerimientos para la obtención de los beneficios, exigidos por nuestra normativa interna, resultan "más favorables para las personas protegidas que aquellas que permite el Convenio en ese numeral". Pero, además, ese voto reconoció que, el citado artículo 6°, establece requisitos menos gravosos y más favorables para los asegurados, que los dispuestos por dicho numeral 57. En ese orden de ideas, existen límites y condiciones razonables para quienes se acojan al Régimen; los cuales, el actor debió necesariamente cumplir para tener derecho a la pensión por invalidez pretendida, al amparo de la reglamentación emitida por la demandada. Así, se han promulgado sucesivos reglamentos para regular el seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. El vigente actualmente fue aprobado por la Junta Directiva de la Caja (artículo 14, inciso f) de su Ley Constitutiva), en las Sesiones números 6813 (artículo 11), 6822 (artículo 52), 6891 (artículo 35), 6895 (artículo 19) y 6898 (artículo 8), celebradas, por su orden, los días 24 de marzo y 28 de abril de 1994; 10 y 24 de enero y 7 de febrero de 1995; y comenzó a regir a partir del 1° de febrero de 1995.-

III.- Según lo indicó el órgano contralor de constitucionalidad, se tiene derecho a la pensión actual desde el instante en que el beneficiario se encuentra en las condiciones de hecho previstas para recibir el beneficio, sin que sea necesario que la haya reclamado, ni mucho menos declarado el reconocimiento o comenzado a percibirla (Voto 1147-90 ya citado). Así las cosas, para que válidamente se pueda sostener que el demandante adquirió el derecho a una pensión por invalidez al amparo del Reglamento vigente, que comenzó a regir a partir del 1° de febrero de 1995, debe cumplir con todas las exigencias del artículo 6, el cual establece que para tener derecho a una pensión por invalidez, el asegurado debe encontrarse en tal condición y haber aportado el número de cotizaciones que en él se indican, según la edad al momento de la declaratoria de ese estado. Además, en su aparte final, se exige: "... que el asegurado haya aportado, dependiendo de su edad, el número de cotizaciones que se detalla a continuación: a) ...Al menos doce cuotas mensuales, dentro de los últimos veinticuatro meses anteriores a la declaratoria del estado de invalidez si el riesgo ocurre antes de los cuarenta y ocho años de edad ... Cuando con anterioridad al momento de la declaratoria de la invalidez, existiere una incapacidad continua o la Comisión

Calificadora dictamine que la condición del padecimiento haya impedido al asegurado o asegurada laborar, el período dentro del cual se debe haber cotizado se contará en relación con el inicio de la incapacidad o condición de padecimiento y no de la declaratoria. En cualquier caso, la vigencia del derecho se determinará de acuerdo con lo que establece el artículo 19 de este Reglamento...". Tal y como se indicó, para la Sala Constitucional esa norma contiene condiciones razonables para la existencia del derecho e incluso más favorables que las contenidas en la normativa internacional. La exigencia establecida en la norma, de contar con al menos doce cuotas mensuales, dentro de los últimos veinticuatro meses anteriores a la declaratoria del estado de invalidez si el riesgo ocurre antes de los cuarenta y ocho años de edad no constituye una negación al derecho a pensión. En realidad, se trata del establecimiento de un requisito para que el derecho a pensión nazca a la vida jurídica; es decir, mientras no se cumpla con todas las exigencias establecidas en la normativa incluyendo ésta, no se tiene derecho alguno a la pensión. Por esa razón, el período durante el cual se debe haber cotizado se contará con relación a la declaratoria del estado de invalidez o, en su caso, en relación con el inicio de la incapacidad o condición de padecimiento.-

IV.- Resta por analizar si el actor cumplió con la exigencia que se echó de menos en la sentencia impugnada. Analizadas las probanzas no queda más que brindar una respuesta negativa. Consta a folios 4 y 6 que éste dejó de cotizar desde el mes de setiembre de 1995 y presentó la solicitud en el año 2000. Según concluyó el Consejo Médico Forense es muy probable ubicar su invalidez a partir del 10 de diciembre de 1998 (folio 90) y la Sala no cuenta con otros elementos de convicción que le permitan establecer ese grado de incapacidad en una data anterior. Además, no se trata como se indica en el recurso, de imponer una exigencia en una época en la cual el actor estaba imposibilitado para cumplirla, pues, los veinticuatro meses se están computando no desde la declaratoria de estado de invalidez ni de la solicitud de pensión en sede administrativa, sino tomando como base la fecha en que de acuerdo con criterios técnicos se debe entender que en realidad él estuvo incapacitado para laborar, supuesto previsto en el artículo 6 citado. De ahí que, debió aportar al Régimen aquel número de cotizaciones entre el 10 de diciembre de 1996 y el 10 de diciembre de 1998. Mas, no lo hizo, por lo que legalmente no le asiste derecho a la pensión pretendida.-

V.- Por lo expuesto, no que queda otra alternativa a esta Sala que confirmar la resolución recurrida.-"

e) Análisis normativo y jurisprudencial sobre la protección especial tendente a evitar la discriminación de la trabajadora embarazada

[Sala Segunda]⁶

Voto de mayoría

"IV.- SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA TRABAJADORA EMBARAZADA: El artículo 51 de la Constitución Política, consagra a la familia como el elemento natural y fundamento



esencial de la sociedad, por lo que establece un derecho de protección especial, por parte del Estado; derecho que, expresamente, se hace extensivo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. Atendiendo a esa norma de rango constitucional, se han emitido una serie de normas, de distinto rango, tendientes a desarrollar esa protección especial, garantizada constitucionalmente. En lo que al caso interesa, en relación con la protección a la mujer, en el ámbito laboral, se la ha tratado de tutelar –para protegerla-, en cuanto en ella recae, por naturaleza, un mayor aporte en la reproducción humana y para tratar de conciliar sus vidas en los ámbitos laboral y familiar. La Organización Internacional del Trabajo, inicialmente se ocupó de esta materia en el Convenio número 3, conocido como el Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en 1.919, que posteriormente fue revisado por el Convenio 103, de 1.952; el cual fue revisado, a su vez, por el número 183, adoptado en el año 2.000 y conocido con el mismo nombre; no obstante, aún no ha sido ratificado por nuestro país. El Convenio 102, sobre la seguridad social (norma mínima), de 1.952, la Parte VIII regula las prestaciones mínimas por maternidad, instrumento que sí fue adoptado por nuestro país, mediante Ley N° 4.736 de 29 de marzo de 1.971, excluyéndose de la aprobación las partes tercera y cuarta. En esta enumeración de las normas aplicables al caso resulta importante la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, conocida como la 2ª Convención de Belém do Pará², adoptada por la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) el 9 de junio de 1.994 y aprobada por la Asamblea Legislativa, mediante la Ley N° 7.499, del 2 de mayo de 1.995, publicada en La Gaceta, N° 123, del 28 de junio de 1.995 y con efectos a partir de su publicación, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Asimismo, la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por la Ley N° 6.968, del 2 de octubre de 1.984, también contiene importantes normas, relacionadas con esta concreta materia. Así, por ejemplo, en el artículo 11, se establece: “1°.- **Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres 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 al acceso 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 un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de 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. / 2°.- **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 la 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 pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.** / c) **Alienta el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para 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 suplidos). Estos Convenios, de rango superior a la leyes –en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política-; en parte, fueron*



desarrollados por la Ley N° 7.142, del 8 de marzo de 1.990, vigente a partir de su publicación, en La Gaceta N° 59, del 26 de marzo siguiente, que es la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. En el artículo 32, se dispuso reformar, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo y adicionarle el numeral 94 bis; estableciéndose una protección especial mayor para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En efecto, antes de que se reformara dicho numeral, únicamente, disponía: *“Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Todo despido justificado que de ellas se haga debe ser avisado previamente a las autoridades administrativas de trabajo”*. Con la reforma, la protección fue reforzada, estableciéndose una prohibición, para el empleador, de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, salvo cuando incurran en una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem. Pero, en tal caso, el despido debe gestionarse ante las autoridades del Ministerio de Trabajo, instancia en la que deberá acreditarse la falta. Asimismo, se estableció que, para poder gozar de la protección establecida, la trabajadora estaba en la obligación de dar aviso, al empleador, acerca de su estado. La norma, entonces, quedó redacta en los siguientes términos: *“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 de 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.”* Por su parte, la protección se vio reforzada también con la adición del numeral 94 bis, en el que se estableció, explícitamente, el derecho de la trabajadora, despedida en contra de lo regulado en el artículo 94, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaba, con el pleno goce de todos sus derechos. De esa manera, se estableció una clara excepción al régimen de libre despido, contemplado en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo y un fuero especial en beneficio de la trabajadora embarazada y la que se encuentra en período de lactancia. De conformidad con las normas transcritas, de incurrir la trabajadora embarazada o en período de lactancia, en una falta grave, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo; para lo cual deberá comprobar la falta imputada; procedimiento éste que no debe soslayarse, en atención a los importantes valores tutelados, que no se restringen a la madre, sino que también se extienden a la persona engendrada o nacida y a la familia en general (En ese sentido, puede consultarse la sentencia, de esta Sala, N° 645, de las 9:50 horas, del 31 de octubre del 2.001). Por su parte, para poder gozar de la estabilidad establecida en ese numeral, o de los beneficios contemplados en el artículo siguiente -94 bis-, la trabajadora debe cumplir con el requisito de darle aviso, al empleador, de su estado de gravidez. En la construcción jurisprudencial, de la aplicación de la norma al caso concreto, reiteradamente se ha dicho que la certificación médica bien puede ser aportada con posterioridad; pues no se trata de un requisito esencial para que opere la protección; dado que basta la mera comunicación –que incluso puede ser hasta verbal-, para que operen los mecanismos de protección. Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (ver, entre otras, las sentencias números 91, de las 10:10 horas, del 2 de febrero; 136, de las 9:35 horas, del 23 de febrero; y, 281, de las 10:10 horas, del 25 de mayo, todas del 2.001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el más reciente fallo, número 438, de las 9:30 horas, del 3 de agosto el 2.001); y, la protección aún prospera, cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora (al respecto, pueden verse las sentencias números 589, de las 10:00 horas, del 28 de setiembre del 2.001; y, 229, de las 9:00 horas, del 17 de mayo de este año 2.002). Si el despido se produjere, en contradicción con lo establecido en ese artículo



94, como se expuso, nace para la trabajadora el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación podrá, entonces, solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes a la licencia por pre y post parto; así como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta que hubiera completado ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía y, como una indemnización por daños y perjuicios, a diez días de salario. Finalmente debe indicarse que, si bien la naturaleza de esas normas es eminente e imperativamente proteccionista, no puede obviarse el efecto negativo que, en no pocas ocasiones ha generado; especialmente, en lo tocante a las posibilidades de acceso al trabajo; pues, sin duda, la maternidad les genera a los empleadores un **mayor costo productivo**; dado que, según lo establece el artículo 95 del Código de Trabajo, *“el monto que corresponda al pago de esta licencia (se refiere a los períodos del pre y el post parto) deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono”* (Los destacados no están en el original). Esta situación, no puede corregirla la Sala, sino que se requiere una nueva visión de la **política legislativa** en esta materia, como lo han hecho otros ordenamientos a través de reformas legales que neutralicen los efectos negativos que se han venido dando, en perjuicio de las trabajadoras.

V.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE ORIENTAN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPECIAL: En cuanto al tema que viene desarrollándose, no puede omitirse la referencia a la vinculante jurisprudencia constitucional, la que ha determinado, de manera expresa, que la legislación apuntada debe ser aplicada atendiendo el evidente espíritu proteccionista que la originó. En ese sentido, vale citar la sentencia N° 6.262, de las 9:18 horas, del 25 de octubre de 1.994. En ese voto, la Sala Constitucional, indicó: *“Constrúyese entonces por el intérprete una protección legal de la trabajadora en estado de embarazo o período de lactancia que gira en torno a los obvios fines de la Ley: A) Es prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia pero no se ha garantizado su inamovilidad: El despido es procedente si el patrono comprueba una falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del código laboral, de igual forma que el ordenamiento prohíbe el despido de trabajadores porque ejerciten sus libertades sindicales o políticas, pero no impide que si el patrono comprueba una falta grave a los deberes derivados del contrato, pueda ejercer su potestad de despido. Un equilibrio dinámico e histórico entre los factores de la producción, con un marco razonable de configuración por parte del legislador, es tutelado por el artículo 74 constitucional. B) Las disposiciones constitucionales y legales que amparan a la madre y al niño no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora: La trabajadora debe comprobar ante la Inspección General de Trabajo o en su caso ante el juez laboral, que en efecto está embarazada o está en el periodo de lactancia. Como medio de prueba se le exige aportar “certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social”. Estos son elementos probatorios, no requisitos solemnes que pudieran eruirse en obstáculos al ejercicio del derecho. En otros términos, es el hecho del embarazo o el hecho de la lactancia lo que impide al patrono despedir cuando no concurra falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del Código de Trabajo.- “Para gozar de la protección que aquí se establece”, dispone el párrafo segundo del artículo 94 del Código de Trabajo así reformado por la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer, “la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social”. La certificación o la constancia o el aviso entonces, no operan a modo de requisitos de admisibilidad -requisitos solemnes cuya omisión acarrearía ab initio la pérdida de protección de la Ley-; son requisitos probatorios que han de aportarse a la administración y en su caso al juez, y cuyo propósito es evitar el fraude, y no, obviamente, facilitar el despido de la embarazada que liminarmente omite presentarlos.”* (En el mismo sentido,

consúltese la resolución, también de esa otra Sala, número 6.697, de las 14:57 horas, del 15 de noviembre de 1.994).

VI.- EN CUANTO AL CUMPLIMIENTO, POR PARTE DE LA TRABAJADORA, DE COMUNICAR SU ESTADO DE EMBARAZO: El punto central que plantea el recurso de la parte demandada, exige determinar si la accionante comunicó o no su gestación a los representantes de la sociedad empleadora, o si éstos, por algún medio, tuvieron conocimiento de ésta; por cuanto, como quedó expuesto, tal circunstancia constituye un requisito básico para que opere la especial protección legal. En el recurso se sostiene que las pruebas aportadas a los autos resultan insuficientes para tener por acreditado que los representantes de la empleadora tuvieron conocimiento del embarazo de la demandante antes de despedirla y acusan una indebida valoración de las pruebas por parte del Ad-quem. No obstante, analizados los distintos elementos de convicción, se concluye que la apreciación de los integrantes del órgano de alzada no adolece de los vicios que se apuntan en el recurso. De interés, en los autos constan las declaraciones de Roxana Guerrero Molina, Flory Camacho Cooper, Juan José Oviedo Acosta y Aurora Elena Ramírez Escobar. Los tres últimos testigos trabajan para la sociedad demandada y negaron tener conocimiento del embarazo de la actora. La señora Guerrero Molina, fue la Inspectora de Trabajo que atendió, en sede administrativa, el caso de la demandante. De su declaración puede concluirse que al momento del despido la representante patronal sí sabía del embarazo de la actora. La testigo declaró: *“En fecha 10 de nov. y 29 de nov. Me desplazé al centro de trabajo, por irregularidades, en la primera visita fue prevenirle a doña Ana por el despido de la trabajadora e indicándole las disposiciones al respecto en el Código de Trabajo. En esa oportunidad observé que doña Ann se molestó por mi visita no cordialmente pero me atendió. Al preguntarle si conocía del estado de embarazo de la actora no objetó nada. En ese momento no, posteriormente al entregarle el acta, se la leí, la señora lo que decía era a todo sí, sí y así lo hice ver en el informe. Ella me recibió el acta y el 16 de nov. Se recibe un documento suscrito por la Lic. Rosario en respuesta al acta que yo había dejado en la escuela, y de decía era que se desconocía del estado de embarazo de la actora. Por esa razón hice una nueva visita para entrevistar a doña Flory Camacho y dialogué nuevamente con doña Anna y constaté de que sí sabían del estado de embarazo, ella me indicó que sí sabían pero no en forma oficial. Que no le había presentado ningún documento... Doña Flory le manifestó que sí sabían pero que no en forma oficial pero no mediante una certificación médica... En la primera visita la señora Ann a todo contestaba sí, pero que tenía que consultar con su abogada. En la segunda visita el 29 es cuando ella le manifiesta que sí conocía el estado de embarazo pero que no en forma oficial porque ella debió de entregarle algún documento... En la primera visita de la inspectora a la demandada, específicamente a la pregunta de si sabía del estado de embarazo de la actora no objetó nada no dijo ni si ni no. En la segunda visita respondió a la inspectora que conocía el estado de embarazo de la actora pero que no en forma oficial. Doña Flory Camacho también contestó lo mismo sí pero no en forma oficial.”* (Sic. Folios 117-119. Énfasis suplidos). De la declaración de la testigo se desprende que en el lugar de trabajo, la representante patronal sí tenía conocimiento del embarazo de la actora; sólo que, en su criterio, la comunicación no había sido hecha en forma oficial y tal criterio fue compartido por otra trabajadora de la sociedad. La declaración de la testigo resulta creíble y coherente; aparte de que está confirmada con el informe que elaboró durante la tramitación en sede administrativa. En efecto, en el acta visible al folios 15 y 77, en relación con la primera visita realizada el 10 de noviembre del 2.000, recibida y firmada por la representante patronal, se hace ver que se tiene conocimiento de la gestación. La respuesta a dicha comunicación, fue dada en el sentido de que no había mediado *comunicación oficial*. En ese sentido se indicó: *“Con respecto a supuesto estado de embarazo de la señora Müller y de su incapacidad para laborar que Usted nos informa, hago constar que mi representada no ha recibido hasta la fecha ninguna comunicación oficial de esos hechos, por lo que el despido no deriva de ninguna manera de esa situación desconocida para mi*



*representada, sino como antes lo expuse de su falta de cumplimiento del horario establecido.” (La negrita no está en el documento original. Folio 16). De lo hasta ahora transcrito se desprende que lo argumentado fue la omisión de la entrega de un comunicado oficial, específicamente el certificado médico que acreditara el embarazo, al que hace referencia el artículo 94 del Código de Trabajo. Esta tesis se refuerza con el Oficio TE. Of.n° 1-2-2001, del 5 de febrero del 2.001, dirigido por la Inspectora al Director Nacional e Inspector General de Trabajo, donde señaló: “Dada la situación antes expuesta, procedí a realizar la visita inspectiva al centro de trabajo el día 10 de noviembre en compañía de la trabajadora, dialogando con la directora sobre el caso, al indicarle que si conocía del estado de gravidez de la señora Müller, no objetó nada al respecto, todo fue un sí, por lo tanto procedí a entregarle el Acta de Inspección y Prevención... / En fecha 16 de noviembre de 2000 se recibe escrito de la Lic. Rosario Salazar Delgado, asesora legal del centro educativo, en éste niegan en forma rotunda conocer el estado de embarazo de la trabajadora.../ Tomado en consideración lo indicado en el escrito mencionado, me desplazé nuevamente al centro educativo en compañía de la señora Müller el día 29 de noviembre de 2000, en conversación nuevamente con la señora Anne Aronson, directora de dicho centro, **me indicó que no conocía en forma oficial del estado de embarazo de la trabajadora, mediante certificación médica, pero sí en forma verbal, en consulta a la señora Flory Camacho, sobre el conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora Müller, me indicó que si conocía el estado de embarazo, pero no en forma oficial, la directora del centro me manifestó que era obligación de la trabajadora de entregar el dictamen médico para ella darse por notificada...**” (folios 78-79). Cuando se confirió audiencia de este oficio, la representación de la sociedad demandada manifestó: “No puede aceptar este Tribunal que el requisito establecido en el párrafo final del artículo 94 se puede tener por cumplido con la sola manifestación que haga la trabajadora a su representante sobre su estado de gravidez con prescindencia de la certificación médica o la constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social. / Ello sería conculcar la letra de la ley en una disposición que como anteriormente se indicó, no admite ningún tipo de interpretación extensiva...” (folios 100-101). De todos esos elementos, la Sala llega a la conclusión de que el estado de embarazo de la actora, era conocido por las representantes de la sociedad empleadora, pero éstas consideraron que no la cubría la protección legal, al no haber aportado el certificado médico que verificara su embarazo. Tal y como quedó expuesto en las consideraciones anteriores, y en atención al espíritu protector de la normativa, de manera reiterada se ha dicho que la sola manifestación hecha por la trabajadora, respecto de su condición, hace operar el mecanismo protector y el empleador queda entonces inhibido para ejecutar, sin más, el despido. La posición de la parte demandada, en el sentido de que la señora Laarman Lambert pudo no entender la conversación sostenida con la inspectora de trabajo no resulta creíble; pues, inclusive, en la declaración rendida por esta última, señaló que la interlocutora la entendía y que ella también la entendió (ver última frase de la deposición, al folio 119). Por otra parte, las otras declaraciones que constan en los autos no tienen la virtud de desvirtuar lo explicado por la inspectora de trabajo. Asimismo, llama la atención que el comunicado del despido le haya sido llevado a la demandante hasta su casa por el contador de la accionada, comportamiento que no encaja dentro de la normalidad; pues, por lo general, cuando la persona trabajadora es despedida, la comunicación se hace en las instalaciones del empleador. En este caso resulta aún más extraño, pues el testigo Oviedo Acosta señaló claramente que la sociedad no cuenta con los servicios de mensajería (folios 123-124). Asimismo, aunque los testigos aportados por la parte demandada trataron de hacer ver que la actora normalmente sufría quebrantos de salud, no queda claro de si esas situaciones revistieron la misma magnitud que el acontecimiento suscitado por el embarazo; que requirió la asistencia de algún familiar para llevarla a la casa. Por lo expuesto, la Sala no encuentra que los integrantes del órgano de alzada hayan incurrido en la indebida valoración de las pruebas que se acusa en el recurso. Por el contrario, como ya se dijo, con base en los elementos de convicción relacionados puede concluirse que, efectivamente, la representante de la sociedad demandada*

sabía del embarazo de la actora y procedió a despedirla, ante las ausencias de los días 2, 3 y 6 de noviembre del 2.000, período en el que estuvo incapacitada (y hasta el 30 de noviembre de ese mes), por considerar que estaba facultada para ello, en el tanto en que la trabajadora no le había entregado el certificado médico donde se hiciera constar su embarazo, amparada en una interpretación formalista del artículo 94 del Código de Trabajo. En atención a la aplicación que de la norma se ha hecho, por la Sala Constitucional y este Tribunal, está claro que la empleadora estaba inhibida para despedir a la accionante, sin antes haber gestionado el despido ante las instancias administrativas, tal y como lo exige la normativa. Por consiguiente, surgieron las consecuencias jurídicas derivadas de ese hecho, debidamente contempladas en las normas correspondientes; entre otras, el pago a título de daños y perjuicios en monto equivalente al subsidio de pre y post parto y a los salarios que hubiera dejado de percibir desde el momento del despido hasta completar ocho meses de embarazo como se analizará luego.

VII.- EN RELACIÓN CON LAS PRESTACIONES DERIVADAS DEL DESPIDO DE LA ACCIONANTE: En el considerando IV se explicaron los derechos que surgen para aquella trabajadora embarazada que es despedida sin cumplir, el empleador, las exigencias que la ley regula. No obstante, resulta indispensable determinar si las prestaciones resultan o no ser las mismas, cuando la gestación no culmina normalmente; pues, en el caso concreto, a la demandante tuvieron que practicarle un legrado uterino, el día 12 de diciembre del año 2.000 (Ver dictamen médico al folio 18 y el hecho décimo cuarto de la demanda). Debe tenerse claro, entonces, que el embarazo de la demandante se desarrolló aproximadamente por un período de dos y medio meses, según puede extraerse del dato que consta en el dictamen visible al folio 12, fechado el 17 de octubre del 2.000 y fue despedida cuando alcanzó aproximadamente uno y medio mes de gestación. La cuestión resulta debatida por cuanto el artículo 94 bis no establece nada especial para el caso concreto; sea, no prevé expresamente la situación en que el embarazo no haya concluido satisfactoriamente; sino que, por el contrario, se parte del supuesto de una gestión que concluye de manera normal. Para el caso de que no se pretenda la reinstalación en el puesto, se establecen los siguientes derechos para la trabajadora embarazada: *“En caso de que la trabajadora no optare por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo.”* En el párrafo siguiente se regula la situación de la trabajadora despedida en el período de lactancia, indicándose que tendrá derecho a la cesantía y a diez días de salario, por daños y perjuicios. Puede decirse, entonces, que son dos prestaciones específicas las que deben otorgarse: a) la cesantía; b) los daños y perjuicios, que consisten en lo correspondiente por los subsidios de pre y post parto, así como los salarios que le hubieren correspondido hasta completar ocho meses de embarazo. En las normas subsiguientes, solamente el segundo párrafo del artículo 96, hace referencia a los supuestos de *aborto no intencional* y de *parto prematuro no viable*, señalando que en tales circunstancias, los descansos remunerados (se refiere a las licencias de pre y de post parto) deberán ser reducidos a la mitad. El órgano de alzada concedió seis meses de salario, con base en el numeral transcrito, por daños y perjuicios. Luego, le concedió un mes de salario más, en el que efectivamente estuvo embarazada; es decir, en el fondo le concedió todos los salarios que le hubieren correspondido, desde el momento en que fue despedida (cuando aproximadamente ya tenía un mes y medio de embarazo) y hasta los ocho meses de una normal gestación, pero que en este caso fue interrumpida involuntariamente. Luego, le negó lo correspondiente por el pre y el post parto, por considerar que la actora no había logrado cumplir las condiciones que le hubieran permitido disfrutar de esos derechos. El punto central consiste en determinar cuáles son las prestaciones que le corresponden a una trabajadora despedida, cuyo período de gestación no concluyó normalmente, a los nueve meses, con el nacimiento. Para ello debe recurrirse al fin y el



espíritu de la norma. El fuero especial de la trabajadora embarazada, sin duda, surgió para tutelar un fenómeno social, cual era el de la discriminación de la mujer, en razón, precisamente, de su maternidad. El legislador estableció entonces un régimen de excepción al del libre despido (artículo 85 inciso d), Código de Trabajo), confiriéndole estabilidad a la trabajadora embarazada; de forma tal que sólo puede ser despedida, en el tanto en que incurra en una justa causal de despido; y, aún así, la destitución no puede ser dispuesta unilateralmente por el empleador, sino que debe acudir ante las autoridades administrativas, para gestionar la autorización correspondiente. Con la normativa se pretendió no sólo brindar protección a la madre, al niño (a) y a la familia en general, sino también atacar directamente la discriminación injustificada que por el hecho natural de la maternidad sufren las mujeres en el ámbito laboral. Se pretendió, entonces, restringir el despido discriminatorio de la trabajadora en razón de su embarazo. Cuando el despido ocurre en contravención de la normativa especial creada al efecto, el empleador sabe de antemano, porque así está previsto en la ley, que queda sujeto a la obligación de reinstalar a la trabajadora y a pagarle los salarios caídos si así lo solicita; o bien, en caso de que la trabajadora no opte por la reinstalación en el puesto, sabe también que deberá cancelarle la cesantía y los daños y perjuicios, los cuales consisten en todos los salarios no pagados desde el despido y hasta que hubiera completado el octavo mes de embarazo, junto con lo correspondiente por los subsidios de pre y post parto. Las consecuencias jurídicas del acto discriminatorio están establecidas por la norma y el empleador tiene conocimiento de ellas, en caso de proceder en contra de la normativa protectora. Por consiguiente, no resulta procedente, como implícitamente se pretende en el recurso, que las indemnizaciones que deba pagar por daños y perjuicios, queden sujetas a un hecho futuro y aleatorio; el que, incluso, ante ciertas circunstancias de salud de la madre trabajadora, podrían preverse. Esto es así, porque las normas no están creadas sólo para proteger la función social de la maternidad, sino también, y especialmente, el fin de la normativa es el de evitar la discriminación que sufren las mujeres trabajadoras. Entonces, se indemniza a la mujer por la discriminación sufrida independientemente del resultado del parto. Los parámetros de la norma deben aplicarse en forma objetiva, sin que un hecho eventual y ajeno a la voluntad de las partes beneficie al empleador en forma alguna; por cuanto, como se indicó, éste, de antemano, tiene conocimiento de las consecuencias legales que su proceder le acarrearía. Lo contrario sería favorecer al agente de la discriminación, en perjuicio de la víctima. Conceder la indemnización, pero limitándola al real desarrollo del embarazo de la trabajadora, y dejarla sujeta a la viabilidad o no del mismo, podría generar situaciones de injusticia y dejaría también sin sanción el acto discriminatorio. Llevando la situación a casos extremos, como antes se indicó, podría darse el supuesto de una trabajadora embarazada despedida, que al día siguiente de su destitución abortara involuntariamente. Siguiendo una tesis contraria a la expuesta, de no optar por la reinstalación, que no siempre le puede convenir, o que incluso, bajo el mismo pensamiento podría pensarse que ya no procedería o sólo por un día, la trabajadora despedida por su especial condición de mujer embarazada, sólo tendría derecho a un día de salario, como indemnización por daños y perjuicios. La sanción por el hecho discriminatorio, en tales supuestos, resultaría injusta y contraria al sentido y fin de la norma. Para fijar los daños y perjuicios, el legislador optó por un parámetro relacionado con el normal desarrollo del embarazo, en cualquier mujer y no en cada caso concreto; pero bien pudo haber establecido un parámetro diferente; de determinada suma de dinero o de determinada cantidad de salarios, como lo hizo para otros supuestos de discriminación (ver artículo 624, Código de Trabajo). En atención al espíritu protector de la norma, tendente a evitar la discriminación por razón del embarazo, y de conformidad con los principios que orientan las obligaciones de empleadores y trabajadores (artículos 1° y 19 del Código de Trabajo), así como los que rigen la aplicación de la normativa laboral (artículo 17, ídem), debe concluirse que, tratándose de una trabajadora embarazada que haya sido despedida sin cumplir con los requisitos legales y cuya gestación no haya concluido satisfactoriamente, la indemnización por daños y perjuicios debe realizarse con base en los parámetros de una gestación normal; pues debe entenderse que el legislador lo que

hizo fue fijar la indemnización por daños y perjuicios sin ninguna excepción, debido al hecho discriminatorio, en relación con el proceso normal de embarazo en cualquier mujer. Por consiguiente, no cabe hacer objeción alguna a lo resuelto por el Tribunal, en el sentido de concederle los salarios que debió haber percibido, desde el momento en que fue despedida y hasta que hubiera cumplido ocho meses de gestación. No obstante, de las pruebas aportadas, se tiene que el despido se dio cuando la actora contaba con un mes y medio de gestación; razón por la cual, los daños y perjuicios correspondientes ascienden a seis y medio meses de salario y no a siete, como los concedió el Ad-quem. En ese sentido, la condena debe ser modificada, para establecerla en la suma de un millón ciento veintisiete mil quinientos colones y no en la indicada por el órgano de alzada, de un millón doscientos treinta mil colones.

VIII.- EN RELACIÓN CON EL PAGO DEL PREAVISO Y DEL AUXILIO DE CESANTÍA: Se argumenta en el recurso que no resulta procedente el pago de estos derechos, derivados de la terminación del contrato de trabajo; por cuanto, la trabajadora había incurrido en justa causal de despido. No obstante, lo pretendido con esta argumentación, no puede ser acogido; pues, en casos como el que se conoce, el pago del preaviso y de la cesantía viene impuesto ante la improcedencia del despido; razón por la cual, no procede entrar a valorar los hechos que le dieron origen, para negar el pago de esos derechos; aparte de que, tratándose de la indemnización sustitutoria, el pago de la cesantía está expresamente previsto en el artículo 94 bis. En el fondo, lo que se establecen son efectos de nulidad del despido; por cuanto, no procede entrar a analizar la existencia de una justa causal."

f)Análisis sobre inaplicabilidad del Convenio 102 de la OIT: Reglamento interno de la CCSS constituye normativa más beneficiosa

[Sala Segunda]⁷

Voto de mayoría

"I.- Recurre el apoderado general judicial de la accionada, de la sentencia del Tribunal de Trabajo, Sección Primera, del Segundo Circuito Judicial de San José, número 0061, de las 8:25 horas del 28 de enero del 2000. Se muestra disconforme, porque el Tribunal Ad-quem revocó la sentencia del A-quo -que declaró sin lugar la demanda-, al aplicar el Voto de la Sala Constitucional N° 5261, de las 15:27 horas del 26 de setiembre de 1995 -no aplicable al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social-. Manifiesta, que a N.M.C. no es en corresponderle la pensión que reclama: por no tener las cuotas necesarias para adquirir ese beneficio; por existir un estudio para liquidación actuarial de las mismas y; por estar prescritas -no haber aportado al menos treinta y seis cuotas mensuales, en los últimos noventa meses anteriores a la contingencia o declaratoria de invalidez (artículo 6 inciso c, del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social)-, por lo que solicita se revoque el fallo impugnado, y en su lugar, se deniegue la pensión de invalidez.

II.- Lleva razón el recurrente, al manifestar que el Voto de la Sala Constitucional N° 5261, de las 15:27 horas del 26 de setiembre de 1995, no es de aplicación al Régimen de Invalidez, Vejez y

Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, en cuanto indicó que: "Al haber aprobado el Convenio 102 de la OIT, consecuentemente el Estado costarricense está obligado, en los distintos regímenes de jubilación por invalidez, a aceptar el mínimo de tres años de cotización, establecido en el inciso b) de los párrafos 1 y 2 del artículo 57 del Convenio que regula la hipótesis: "cuando en principio todas las personas económicamente activas estén protegidas, ..."

". En ese sentido, la misma Sala Constitucional en su Voto N° 2091, de las 8:30 horas del 8 de marzo del dos mil, manifestó: "...la Sala, en aplicación del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que señala la no vinculatoriedad de sus precedentes para sí misma, varía el criterio externado en la sentencia 5261-95 (citada también en la número 5097-97 de las doce horas del veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y siete) en cuanto se determinó en ella que al haber aprobado el Convenio 102 de la OIT el Estado costarricense está obligado, en los distintos regímenes de jubilación por invalidez, a aceptar el mínimo de tres años de cotización establecido en el inciso b) de los párrafos 1 y 2 del artículo 57 del mismo, y por lo tanto, que cualquier norma que viole ese mínimo de tres años para la prestación por invalidez es inconstitucional, por violación de los artículos 7 y 48 de la Constitución Política." "... del análisis de la norma impugnada, así como del parámetro de constitucionalidad que se invoca y a la luz de la documentación aportada al expediente en relación con los precedentes de la Sala en lo que atañe a esta materia, se estima que particularmente para el caso del seguro de invalidez que administra la Caja Costarricense de Seguro Social, Costa Rica se ajusta al Convenio 102 de la O.I.T. con lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte (cuestionado), pues con él se conforma a lo que estipula el párrafo 1° inciso a) del artículo 57 de ese Convenio, en el tanto y cuanto que la situación real del país no le permite ubicarse en la hipótesis del inciso b) del párrafo 1° de ese ordinal, al no cumplirse los presupuestos contemplados en ella, de manera que no se transgrede la norma convencional al no otorgar nuestro país la pensión por invalidez con un período mínimo de cotización de 3 años (36 cuotas) dentro del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social. Veamos ¿por qué? El inciso b) del párrafo 1° que invoca la parte accionante dice que la jubilación por invalidez debe otorgarse a las personas protegidas que hayan cumplido un período de tres años de cotización y en nombre de las cuales se haya pagado, en el transcurso del período activo de su vida, cotizaciones cuyo promedio anual alcance un valor prescrito, pero esto cuando en el país de que se trate "...en principio todas las personas económicamente activas estén protegidas" (sic). Al respecto, debe tenerse presente que el Convenio 102 ni en otros en los que se encuentra esta misma frase definen qué se entiende por población económicamente activa; no obstante, cabe observar que según las recomendaciones internacionales sobre estadísticas del trabajo, este término se refiere tanto a las personas que tienen un empleo como a los desempleados, de forma tal que el presupuesto que contempla el inciso b) párrafo 1° del artículo 57 del Convenio 102 es aplicable en aquellos países en los que el régimen de protección se extiende a toda la población. Así fue interpretado por la Organización Internacional del Trabajo en: "Interpretación de una decisión sobre el Convenio núm. 102, Seguridad social (norma mínima), 1952 Países Bajos. Publicación: 1961", refiriéndose a la frase "cuando en principio estén protegidas todas las personas económicamente activas" que se encuentra también en el artículo 29 del mismo (punto 17). Pero esto no sucede en nuestro país, pues ni aún en tesis de principio todas las personas económicamente activas están protegidas por el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, lo que demuestra este ente en el anexo #1 (folio 44). Esto por dos razones: primero, por cuanto los artículos 73 en relación con el transitorio al 177 de la Constitución Política, aunque refieren a la universalización de los seguros sociales en forma obligatoria, lo hace mediante un sistema tripartito de contribución forzosa patrono-trabajador-Estado, que en la práctica no incluye la obligatoriedad para sectores de trabajadores independientes, pues si bien por el principio de universalización de los seguros sociales que recepta el transitorio al artículo 177 constitucional toda persona puede ser



cubierta por este tipo de régimen, sea o no trabajador asalariado, de no ser asalariado no tiene obligación de cotizar para el régimen y por ello no existen mecanismos coercitivos para que lo haga, como sí los hay para el caso de los asalariados y sus patronos. Segundo, porque nuestro Ordenamiento Jurídico permite la coexistencia de otros regímenes e incluso existe el régimen no contributivo, en este último caso que se rige por reglas diferentes pero que permiten a quienes no han contribuido con ningún otro de los establecidos, acceder al beneficio de jubilación. En este orden de ideas, como en el caso costarricense no se cumplen los presupuestos que el Convenio 102 contempla en su artículo 57 inciso b) del párrafo primero, coincide la Sala con la Caja Costarricense de Seguro Social en cuanto a que el país no violenta la norma convencional que se invoca, puesto que el artículo cuestionado se conforma con lo estipulado en el inciso a) del mismo párrafo primero, e incluso establece condiciones más favorables para las personas protegidas que aquellas que permite el Convenio en ese numeral. Obsérvese que el Convenio estipula el derecho a la jubilación por invalidez para aquellas personas que hayan cumplido, antes de la contingencia y según normas prescritas (internas), un período de calificación (que significa un período de cotización o de empleo según el inciso f) del artículo 1 del mismo Convenio) que "...podrá ser de quince años de cotización o de empleo o de diez años de residencia; ..."

[...]; por el contrario, el artículo que aquí se impugna -y el que se encuentra hoy vigente- contempla períodos de cotización menores, utilizando otro parámetro de tipo objetivo como lo es la edad de la persona y un número mínimo de cotizaciones dentro de un período que se fija anterior a la contingencia. Así, se parte del supuesto de que la mayoría de la población empieza a cotizar a los veintidós (22) años de edad, por lo que a los treinta y seis (36) años tendría catorce (14) años de cotización, o sea 168 cotizaciones, pero el Reglamento no le exige ese total, sino aproximadamente un 36% del mismo, y que ese asegurado haya cotizado al menos con cierto número de cuotas dentro de los últimos 24 o 48 meses anteriores a la declaratoria de invalidez, dependiendo de la edad. Pero si por ejemplo, al sufrir la contingencia la persona tiene veinticuatro (24) años de edad o menos, lo que se le exige sería un número mínimo de doce (12) cotizaciones, y si la persona tiene 60 o más años, tendría que haber cotizado al menos ciento veinte (120) cuotas, que siempre es un número inferior a las que contempla el Convenio en el párrafo 1° inciso a) del artículo 57, ya que este último reconoce el beneficio jubilatorio que nos ocupa para las personas que como mínimo cuenten con quince (15) años de cotización o de empleo, que significaría un total de 180 cuotas.

VIII.- Conclusiones: Con el artículo 6 del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social (impugnado) no se violenta el Convenio que se invoca en su artículo 57 y por tanto tampoco el numeral 7 en relación con el 48 de la Constitución Política, ya que la norma se conforma o ajusta con el párrafo 1° inciso a) del artículo 57 del Convenio 102 de la O.I.T. Tampoco se violenta el principio de igualdad, porque se trata de un régimen diferente a los otros que subsisten en nuestro Ordenamiento Jurídico y como tal contempla diferentes requisitos, sin que con la existencia de esos diversos regímenes se produzca una discriminación contraria al texto constitucional, según lo ha dicho Sala en sus precedentes, de forma que ante situaciones diferentes se justifican tratamientos diversos, siempre y cuando -como en la especie- resulten razonables, dado que obedecen a distintos mecanismos de sostenibilidad de cada uno de los sistemas de que se trate. Por otra parte, no se violenta este principio habida cuenta que si hay un derecho fundamental a la jubilación también lo es que al menos dentro de un régimen contributivo como lo es el de invalidez, ese derecho está sujeto a condiciones y limitaciones, que en el caso concreto sí se encuentran previstas por las normas que las reconocen y garantizan, y además resulten razonablemente necesarias para el ejercicio del derecho mismo, de acuerdo con su naturaleza y fin, así como con criterios técnicos -actuariales- emitidos por el ente que administra el régimen. Lo anterior, partiendo de la premisa ya aceptada por la jurisprudencia constitucional de que la contribución forzosa mencionada en el artículo 73 constitucional prevé un régimen



contributivo de seguridad social, el cual exige un mínimo de cotizaciones que permita la sostenibilidad del sistema, que es lo que en la especie ha procurado la Caja Costarricense de Seguro Social con la norma que se impugna, es decir, la sostenibilidad del régimen de pensiones y jubilaciones, pues como también lo ha dicho la Sala "...el principio esencial de los fondos jubilatorios, es el equilibrio que debe existir entre los ingresos y los egresos, que se determinan por cálculos actuariales periódicos". Efectivamente, según consta en el expediente, es de conformidad con cálculos actuariales que se diseñó el sistema actual que ahora se impugna por la accionante, al determinarse la necesidad del cambio en el número mínimo de cuotas exigidos a fin de lograr un equilibrio entre ingreso y egreso, es decir, entre cantidad de cuotas aportadas y años de disfrute, lográndose una fórmula de tipo objetivo que lejos de perjudicar a los asegurados, les beneficia puesto que varían los requisitos de conformidad con la edad del beneficiario, de forma tal que entre menos edad tenga la persona al ser declarada inválida menos cuotas se le exigen, que en todo caso siempre es mucho menos al mínimo que exige el Convenio (artículo 57 párrafo 1° inciso a) del Convenio 102 de la O.I.T.)."

Así las cosas, en casos como el que nos ocupa resulta de aplicación, el artículo 6 del Reglamento de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social.

III.- De conformidad con aquella norma del Reglamento de Invalidez Vejez y Muerte -vigente en 1996-, "Tiene derecho a la pensión por invalidez, el asegurado menor de 65 años de edad que sea declarado inválido por la Comisión Calificadora, conforme a lo previsto en el artículo 8° de este Reglamento y que haya reportado el número de cotizaciones según edad al momento de la declaratoria, de acuerdo con la tabla siguiente: ...52 años de edad - 120 cotizaciones; ...60 y más años de edad - 120 cotizaciones. Además del requisito anteriormente estipulado para cada edad, se requiere que el asegurado haya aportado en los últimos años el número de cotizaciones que se detalla a continuación: ...c) Cuando la invalidez ocurra después de cumplidos los treinta y seis años de edad, se requiere que el asegurado haya aportado al menos treinta y seis cuotas mensuales dentro de los últimos noventa meses anteriores a la declaratoria."

Por su parte, el artículo 8 de ese reglamento, establece: "Para los efectos de este seguro se considerará inválido el asegurado que por alteración o debilitamiento de su estado físico o mental, perdiera dos terceras partes o más de su capacidad de desempeño de su profesión, de su actividad habitual o en otra compatible con su capacidad residual, y que por tal motivo no pudiese obtener una remuneración suficiente, todo a juicio de la Comisión Calificadora del Estado de Invalidez ...". En autos quedó demostrado que la actora sufre de una invalidez de más de dos terceras partes de su capacidad general orgánica, por lo que está inválida de conformidad con el artículo 8° citado, asimismo se acreditó que cotizó para el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte únicamente ciento ocho mensualidades -108 cuotas en total-, de las cuales a folio 26 de los autos consta la liquidación actuarial de 30 de ellas, por lo cual, a pesar de haberse determinado que se encuentra inválida, no es en corresponderle la pensión que reclama, por no tener las 120 cuotas necesarias para pensionarse con una edad de más de cincuenta y dos años -56 años a la fecha del reclamo administrativo-. Por otro lado, se desprende de los autos que la invalidez le ocurrió a la actora, después de cumplidos los treinta y seis años de edad, motivo por el cual tampoco le correspondería la pensión -aún y cuando hubiese cotizado las 120 mensualidades que indica la norma citada-, por cuanto dentro de los últimos noventa meses anteriores a la contingencia o declaratoria de invalidez, la actora no aportó cuota alguna al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte de la Caja, de las treinta y seis requeridas, incumpliendo lo que establece el inciso c) del artículo seis de dicho reglamento. En consecuencia, se revoca la sentencia impugnada, para en su lugar acoger la excepción de falta de derecho opuesta por el representante de la demandada y declarar sin lugar la presente demanda, en todos sus extremos."

g) Convención colectiva en el sector público: Análisis con relación a las municipalidades

[Sala Segunda]⁸

Voto de mayoría

II .- AGRAVIOS: Ante la Sala, la actual alcaldesa municipal de Alajuela muestra disconformidad. Alega que el Tribunal incurre en los mismos errores de primera instancia, pues mediante voto N° 4453-2000, la Sala Constitucional declaró inconstitucionales las convenciones colectivas suscritas por funcionarios regidos por una relación de empleo público. Considera que al juzgador le corresponde analizar en cada caso concreto si la relación existente entre la Municipalidad y el funcionario es estatutaria o de empleo público, en cuyo caso, la convención colectiva es inaplicable, o si por el contrario, se trata de una relación regida por el derecho común, en la cual sí es posible su aplicación. Indica que la sentencia es omisa, pues no realiza un análisis en ese sentido para el caso concreto y se limita a concluir que la convención sí es aplicable al actor por cuanto este ocupa uno de los peldaños más bajo del escalafón municipal, sin considerar que ese no es el fondo del asunto planteado. Alega que, en relación con los funcionarios municipales, independientemente de si realizan o no función pública, sus relaciones de empleo adquieren dicho carácter por disposición expresa de ley, concretamente por lo dispuesto en los artículos 115, 119 y 146 inciso a) del *Código Municipal*, donde se estableció para esos funcionarios la denominada carrera administrativa, sin distinción de rango o funciones, por lo que la convierte en una relación de Derecho Público regida por principios estatutarios. De esa relación derivan elementos exclusivos como son los principios de idoneidad comprobada para el nombramiento y la estabilidad en el puesto, tendientes a lograr una mayor eficiencia en la función pública, lo cual ha sido incluso reconocido así por la Sala Segunda con respecto a los funcionarios municipales de ese cantón. Solicita que se revoque la sentencia recurrida de modo que se declare sin lugar la demanda (folios 155-161).

III .- Quede sentado a propósito de lo alegado por el casacionista que la Sala Constitucional, en su sentencia N° 4453-2000 de 14:56 horas del 24 de mayo, no declaró inconstitucionales las convenciones colectivas en el sector [público] municipal; en este sentido, en concreto expresó: "...

VIII.- CONCLUSIONES.- Con fundamento en todo lo expuesto y a manera de síntesis, la Sala arriba a las siguientes conclusiones: en el ejercicio de la competencia de máximo intérprete de la Constitución Política, al examinar el tema de la organización y estructura administrativa del Estado y de la procedencia o no de las convenciones colectivas en el sector público, no puede la Sala limitarse, únicamente, a la aplicación de las disposiciones que integran el Capítulo de las llamadas "Garantías Sociales". Se necesita, además, examinar esa institución jurídica en coordinación con los principios contenidos en los artículos 191 y 192 de la Constitución Política; al hacer este ejercicio, se adquiere la plena convicción de que la voluntad del constituyente, siguiendo la línea histórica del desarrollo de las instituciones del Derecho Laboral, fue la de abstraer a los servidores del sector público de las reglas generales que informan al Derecho Colectivo del Trabajo, sujetándolo a una relación especial de empleo público, llamada también y comúnmente "relación



estatutaria", que se rige por el Derecho Público. Esto implica, sin duda y como tesis general, que ningún funcionario público puede negociar sus condiciones de empleo como si se tratara de un nexo contractual sujeto al Derecho Laboral. Sin embargo, el desarrollo de las ideas jurídicas, la adopción de los convenios impulsados por la Organización Internacional del Trabajo y la jurisprudencia de esta Sala, han conducido la evolución de las instituciones involucradas, al nivel de admitir como compatibles con el Derecho de la Constitución, las convenciones colectivas que negocie la categoría de los empleados y servidores que, no obstante integrar el sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, especialmente en los términos de las definiciones que contienen los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea, cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil, según los casos. En este sentido es que se evacua la consulta, pero advirtiendo, eso sí, *que le corresponde a la propia Administración, a los operadores del Derecho en general y en última instancia al Juez, cuando conocen de los casos específicos, determinar si una institución del Estado o un grupo de sus servidores o funcionarios, conforman el núcleo de la excepción que sí puede negociar colectivamente, o si por el contrario, les está vedado ese camino.* Y por último, según lo que ha expresado en su informe la Procuraduría General de la República, que esta Sala también acoge, el personal que se desempeña en las Municipalidades del país, está limitado para la negociación colectiva, en los términos de esta sentencia, pues, salvo prueba en contrario, se trata de servidores públicos, regidos por la relación de empleo público. Dados los efectos de esta sentencia, de conformidad con lo que dispone el artículo 107 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, resulta importante señalar que le corresponderá a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia determinar si la relación del actor en el Juicio Ordinario Laboral, Eugenio Rodríguez Bolaños, con el Banco Nacional de Costa Rica, se regulaba por el Derecho público o por el Derecho común. La sentencia es declarativa y retroactiva a la fecha de entrada en vigencia de cada convención colectiva en el sector público que se quiera o pretenda aplicar, sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Igualmente, de conformidad con lo que dispone el artículo 91 de la misma Ley, procede la Sala a dimensionar los efectos retroactivos de la sentencia a la fecha de la publicación de su reseña en La Gaceta, fecha a partir de la que deben cesar los efectos para todos los servidores a los que le ha vedado el Derecho de la Constitución la posibilidad de celebrar convenciones colectivas ...". Al conocer una gestión de "adición, aclaración, revocatoria y revisión" de ese mismo fallo, en voto complementario N° 9690 de las 15:01 horas del 1 de noviembre de 2000, con mayor claridad y precisión, resolvió:

"IV.- ... Lo que sí debe hacer la Asociación, es tomar nota que en último caso, la Sala no ha declarado inconstitucionales las convenciones colectivas de algún conjunto definido de instituciones del Estado; esto es, por ejemplo, no ha dicho que no se puedan celebrar convenciones colectivas en las municipalidades o en las universidades. Por el contrario, la sentencia es sumamente clara y no requiere de profundizar en sus conceptos para comprender su tenor, de que hay servidores públicos a los que les está vedada la vía del derecho colectivo de trabajo y que determinar quiénes son esos servidores, es labor que le corresponde a cada uno de los entes públicos en el ejercicio de sus competencias y en última instancia, a los jueces encargados de juzgar las controversias que sobre esta materia surjan ..." (La cursiva no está en el original). Más adelante, en el considerando VIII de este segundo voto, la Sala puntualiza: *"... Una misma convención colectiva en el sector público, puede ser, a la vez, constitucional para quienes tienen una relación de trabajo regulada por el Derecho Común, e inconstitucional, para quienes la tienen regulada por el Derecho Público. ¿Quiénes forman parte de uno y otro sector? Eso lo decidirá la propia administración o en su caso el juez (letra D). ..."* (La cursiva no está en el original). Es claro que la Sala Constitucional no declaró inconstitucionales las convenciones



colectivas del sector municipal; tampoco dijo que no se pueden celebrar convenciones colectivas en este sector del país. Lo que dispuso es que existen *servidores públicos* a los que les está impedida la vía del derecho colectivo del trabajo para establecer las condiciones de su empleo, y que determinar quiénes son los servidores que integran ese núcleo, compete en primer término a cada uno de los entes públicos en el ejercicio de sus competencias y, en última instancia, a los jueces encargados de resolver las controversias que sobre esta materia se susciten. También se desprende de lo resuelto que no son inconstitucionales las convenciones colectivas que negocien los empleados y servidores que, no obstante formar parte del sector público, rigen sus relaciones por el Derecho Laboral, en los términos que contienen los artículos 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, o sea, cuando se trata de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al Derecho común, así como las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la administración y que se rigen por el Derecho laboral o mercantil comunes, según los casos.

IV.- El contenido esencial de los derechos colectivos, lo constituyen el derecho de huelga, la libertad sindical, y la negociación colectiva; este tríptico forman un conjunto triangular inescindible (Cfr. Pasco Cosmópolis, Mario. “ LA HUELGA EN PERU”, en la obra colectiva “ LA HUELGA EN IBEROAMERICA”, Aeel, Lima, Perú, 1996, página 209). La negociación colectiva es una facultad inherente al propio derecho de huelga, y ésta es un instrumento de negociación (Tribunal Constitucional Español, sentencia de 8 de abril de 1981, citada por el profesor Alfredo Montoya Melgar, en su ensayo “LA HUELGA EN ESPAÑA”, obra citada, páginas 103 y 104). La negociación colectiva puede tener lugar sin que se ejercite la huelga, pero no puede haber huelga sin que exista negociación colectiva (Cfr. Emilio Morgado Valenzuela, “ LA HUELGA EN CHILE”, página 67). Los sindicatos, como asociaciones permanentes de trabajadores, patronos o personas de profesión u oficio independiente, tienen muchos objetivos, finalidades u actividades, como las denomina nuestra legislación. La Constitución y la ley reconocen “*fuera de ley*”, a las convenciones colectivas de trabajo que, con arreglo a la ley, se concierten entre patronos o sindicatos de patronos y sindicatos de trabajadores legalmente organizados (artículos 62 de la Constitución Política, 339 y 340 del Código de Trabajo). No hay duda que la negociación colectiva cumple una fundamental finalidad, en tanto propende a mejorar las condiciones en que el trabajo debe prestarse -condiciones de vida- y las demás materias relativas a este (artículo 54 del mismo Código). A nivel internacional, el Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva del 1° de julio de 1949, en el numeral 4° promueve la negociación voluntaria, al disponer: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. Por su parte, la Declaración de Principios de la Organización Internacional del Trabajo, aprobada en la Reunión N ° 86 de la Conferencia Internacional del Trabajo, en el año 1998, estableció como derecho fundamental a ser aplicado en todos los países que conforman esa Organización, “la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”. Estos derechos fundamentales, según la Conferencia O.I.T., máximo órgano de esa entidad, son de acatamiento obligatorio por parte de los países que forman parte de dicha organización internacional, quienes deben respetarlos, promoverlos y hacerlos realidad de buena fe. En otro orden de cosas, y aunque se trata de convenios no ratificados todavía por Costa Rica pero que adquieren carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento, en virtud de la Declaración de Derechos Fundamentales anteriormente citada y de la Carta Constitutiva de la Organización Internacional del Trabajo. Además, el Convenio 151, de las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública del 27 de junio de 1978, artículo 7°, establece: “Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas

adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de los procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados acerca de las condiciones de empleo”. Así también, el Convenio 154 del 19 de junio de 1981, sobre la Negociación Colectiva, artículo 2°, señala: “A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”. En la sentencia N° 2313-95 de 16:18 horas del 9 de mayo de 1995, la Sala Constitucional sentó un valioso precedente al indicar: “...Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años”. Pues bien, la mayoría de esta Sala considera, que el citado Convenio N° 98 de 1949, así como los derechos consagrados en la Declaración de Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo del año 1998, tienen no solamente un valor superior a la ley, sino que además, tales derechos o garantías se verían desatendidos en su núcleo esencial si en el caso de las municipalidades la excepción del derecho a negociar colectivamente se convirtiera en la regla.

V.- Cuáles servidores públicos están excluidos de la negociación colectiva, es decir, cuáles son los que tienen clausurada la vía del derecho colectivo del trabajo, para establecer las condiciones de su empleo? La doctrina de la sentencia de comentario, N° 4453-2000, sigue una orientación clasificatoria o taxonómica de derechos; según lo cual existirían grupos de servidores que estarían excluidos de las convenciones colectivas que se celebren. La mayoría de esta Sala entiende que esos servidores son los que participan de la gestión pública, es decir, quienes conducen y dirigen los poderes del Estado, los jefes de instituciones autónomas, presidencias ejecutivas, así como los jefes (grupo gerencial) de las empresas del Estado, etc., lo que obedece a la necesidad de asegurar la continuidad del funcionamiento de la Administración Pública, constituida por el Estado, y los demás entes públicos (artículos 1° y 4° de la Ley General de Administración Pública), así como para evitar conflictos de intereses por la doble condición de trabajadores y jefes de la Administración. También estarían excluidos los servidores que por su participación en las negociaciones colectivas puedan verse directamente beneficiados de esas negociaciones, cuestión que desde luego no es conveniente. (Cfr. Sala Constitucional, sentencia N° 2531-94 de 15:42 horas de 31 de mayo de 1994). El Decreto Ejecutivo N° 29576 de 31 de mayo de 2001, denominado *Reglamento para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público*, dispone en su artículo 6°, párrafo 2°: “No podrá formar parte de esa delegación (representación patronal) ninguna persona que fuere a recibir actual o potencialmente algún beneficio de la convención colectiva que se firme”. La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, N° 8422 de 6 de octubre de 2004, recoge esta doctrina en los siguientes términos:

“Artículo 48.- Legislación o administración en provecho propio. ... Igual se aplicará a quien



favorezca a su cónyuge, su compañero, compañera o conviviente o a sus parientes, incluso hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o se favorezcan a sí mismo, con beneficios patrimoniales contenidos en convenciones colectivas, en cuya negociación haya participado como representante de la parte patronal”. Traducido todo lo anterior al ámbito municipal, quedarían excluidos entonces de las normas de una negociación colectiva, solamente los responsables de la gestión pública, tales como el alcalde municipal, los regidores, síndicos, quienes son funcionarios de elección popular (artículo 586, párrafo 2º, del Código de Trabajo, en relación con el 12 y 14 del Código Municipal, Ley N° 7794 de 30 de abril de 1998), e integrantes del *gobierno municipal* (artículo 169 de la Constitución Política, y 3º del Código Municipal), lo mismo que aquellos funcionarios que por el ejercicio de sus cargos hayan tenido una participación directa en la negociación de la convención colectiva.

VI.- El marco legal que en materia presupuestaria impone el artículo 176 de la Constitución Política, a la administración pública en general y, a las Municipalidades en particular, en materia de gastos autorizados, no resulta ajeno a lo dispuesto en el artículo 100, párrafos 2º y 3º del Código Municipal, que establece: “El presupuesto ordinario no podrá ser modificado para aumentar sueldos ni crear nuevas plazas, salvo cuando se trate de reajustes por aplicación del decreto de salarios mínimos o por convenciones o convenios colectivos de trabajo, en el primer caso que se requieran nuevos empleados con motivo de la ampliación de servicios o la prestación de uno nuevo, en el segundo. Los reajustes producidos por la concertación de convenciones o convenios colectivos de trabajo o cualquiera otros que impliquen modificar los presupuestos ordinarios, sólo procederán cuando se pruebe, en el curso de la tramitación de los conflictos o en las gestiones pertinentes, que el costo de la vida ha aumentado sustancialmente según los índices de precios del Banco Central de Costa Rica y la Dirección General de Estadística y Censos”. Es evidente que el legislador expresamente autorizó a las municipalidades del país para modificar el presupuesto ordinario anual, es decir, para modificar la autorización de gastos del año económico, cuando se concierten convenciones o convenios colectivos de trabajo, que impliquen una alteración de ese género, a condición de que en la tramitación del conflicto o de las gestiones conducentes, se pruebe el aumento substancial del costo de vida. La mayoría de esta Sala estima que esta norma no encierra simplemente una autorización de gasto, sino que implícitamente reconoce la autonomía política, administrativa y financiera que la Constitución y la ley les confiere a estas corporaciones, que les concede capacidad jurídica plena para celebrar convenios y ejecutarlos (artículos 2, 4, y 13 del Código Municipal, y 170 de la Constitución Política, y sentencias de la Sala Constitucional, N° 05445-99 y 2000-09690, considerando III).

VII.- El precitado Código Municipal, en el *Título V*, estableció la carrera administrativa municipal, como medio de desarrollo y promoción humanos, entendido como un sistema integral regulador del empleo y las relaciones laborales entre los servidores y la administración municipal (artículo 115); éste sistema protege a todos los servidores municipales, nombrados a base de selección por mérito y remunerados por el presupuesto, salvo los servidores interinos y los de confianza que quedan excluidos (artículos 117 y 118). Los sueldos y salarios de aquellos servidores, se rigen por las siguientes reglas: a) Ningún empleado devengará un sueldo inferior al mínimo correspondiente al desempeño del cargo que ocupa; b) Los sueldos y salarios de los servidores municipales serán determinados por una escala de sueldos que fijará las sumas mínimas y máximas correspondientes a cada categoría de puestos; c) Para determinar los sueldos y salarios, se tomarán en cuenta las condiciones presupuestarias de las municipalidades, el costo de vida en las distintas regiones, los salarios que prevalezcan en el mercado para puestos iguales y cualquiera otras disposiciones legales en materia salarial (artículo 122). Estas normas abren un importante espacio para la determinación de la retribución económica de los servidores municipales. El costo de vida está sujeto al índice de precios del Banco Central de Costa Rica, que a su vez debe responder a las



necesidades de cada región del país; el estudio de mercado es un mecanismo de comparación y equiparación, conforme a la regla del artículo 57 de la Constitución Política, en el sentido que *“el salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia”*. La violación de estas reglas, por falta de aplicación o por aplicación indebida, puede generar un movimiento colectivo, dirigido a mejorar las condiciones de empleo imperantes, actualizando o adaptándolas a la realidad imperante. El estado de sujeción en que se encuentra el servidor con la administración municipal, no es incompatible con la idea de la negociación colectiva, pues el propio legislador dejó sentadas las bases con arreglo y dentro de las cuales pueden concertarse, límites que no pueden modificarse o derogarse en razón de la jerarquía normativa (Cfr. Artículo 112, inciso 3], de la Ley General de Administración Pública, y sentencias de la Sala Constitucional, N° 2000- 04453, considerando VII, *premisa # 6*, y N° 1696-92, considerando XI). La convención colectiva, en tanto acoja el acuerdo que zanje el conflicto y le pone término, celebrado entre los representantes patronales y los sindicatos de trabajadores, o en su caso, establezca reglamentaciones duraderas con el fin de prevenir futuros conflictos laborales, se convierte en un precioso instrumento de paz social, frente a eventuales movimientos colectivos.

VIII.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Del escrito de demanda y contestación, se colige que según acción de personal N° 0961, de fecha 30 de agosto de 1974, el actor *Carlos Mora Brenes* se vinculó laboralmente con la Municipalidad demandada desde el 26 de agosto de ese año, como “peón sanitario” en el Departamento de Sanidad Municipal. Asimismo, que adquirió la propiedad el 15 de abril de 1975 al amparo de la acción de personal N° 01314. También, que la relación laboral terminó el 31 de diciembre de 2003, para acogerse a la pensión por vejez, cuando lo hacía como auxiliar de servicios operativos B, en el Departamento de Acueductos. (Ver folio 5) Pretende el pago de cuatro meses de auxilio de cesantía, según lo dispuesto en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, firmada por los sindicatos y la Municipalidad de Alajuela en 1998, ya que solamente le reconocieron ocho meses por ese concepto.

IX.- Para la época en que el actor se le pagó el extremo de auxilio de cesantía, por acogerse a la pensión por vejez, regía la Convención Colectiva entre la Municipalidad de Alajuela y la Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados - ANEP- y la Unión de Trabajadores Municipales de Alajuela - UTEMA-, de fecha 3 de julio de 1998, que en el numeral 50, párrafo 2°, establece la obligación de la Municipalidad de indemnizar un mes de salario (auxilio de cesantía) por cada año de servicios hasta un máximo de doce años. Esta Convención fue homologada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Departamento de Relaciones de Trabajo, en resolución DRT-119, de las 9 horas del 24 de febrero de 1999, en el entendido que de conformidad con el Voto 3053-94 de la Sala Constitucional y a los dictámenes C-184-94 y C-186-98 de la Procuraduría General de la República, solamente cubre a los trabajadores que no participan de la gestión pública, correspondiendo a cada Institución la obligación de determinar esta cuestión. Téngase en cuenta que en sentencia N° 5445-99 de las 14:30 horas del 14 de julio de 1999, en que se analizó la autonomía municipal, la Sala Constitucional señaló: “...cabe recordar que mediante el régimen propio de las concesiones, la Administración puede contratar con el particular la prestación de los servicios públicos que le competen, régimen que es de plena aplicación para las autoridades municipales, sobre todo para la prestación de los intereses y servicios locales, de manera que la recolección de basura, limpieza de aceras y cunetas o la prestación del servicio de suministro de agua potable -entre otros-, bien puede atribuirse a asociaciones privadas o a particulares, mediante el contrato respectivo. En este sentido, y referido a la materia, cabe resaltar que la concesión no traslada la competencia de lo local al particular o entidad privada autorizada en los términos del artículo 10 impugnado, sino que se trata del otorgamiento de un derecho de explotación o de prestación del servicio, de manera que “[...] el concesionario tiene evidentemente el deber, y no sólo el derecho, de prestar el servicio público, quedando la titularidad de ese servicio en la



Administración, a quien corresponde la organización del servicio público y el control de la prestación que haga el concesionario" (sentencia número 5403-95, de las dieciséis horas seis minutos del tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco); con lo cual, queda claro que, al no existir una transferencia de las competencias municipales, sino una convención en lo que respecta a su prestación, la cual para su verificación debe contar con la aprobación del Concejo y concretización mediante el respectivo contrato de concesión, no hay infracción a la autonomía municipal. Las tareas municipales admiten participación de la iniciativa privada, salvo que exista ley reforzada que lo prohíba y declare un monopolio municipal al respecto (artículo 46 constitucional); por lo que, más bien, puede decirse que la prestación de los servicios por particulares debidamente aprobada consolida un verdadero derecho a la empresa y a su valor económico, con entera independencia, en tanto existe en nuestro país, el derecho a la libre empresa. ..." Si el actor laboraba como auxiliar de servicios operativo B, en el Departamento de Acueductos, se trataba de un empleado que no participaba de la gestión pública de la Administración Municipal en razón de la índole del puesto que desempeñaba. Pero además, su posición dentro de la institución o respecto de la negociación colectiva, no se encuentra dentro de aquellas excluidas de los beneficios de una negociación colectiva, según el análisis realizado supra.

X.- En consecuencia, se debe confirmar la sentencia recurrida."

h) Pensión del Magisterio Nacional: Derecho adquirido durante vigencia de la Ley N° 2248

[Tribunal de Trabajo Sección IV]⁹

Voto de mayoría:

"ii. El gestionante motiva su recurso, indicando que con apoyo en la jurisprudencia constitucional y el Convenio 102 de la OIT, tiene derecho a que se le conceda una pensión con base en la ley 2248 del cinco de septiembre de 1958 y sus reformas, al amparo de la cual superó los veinte años de servicio.

iii. Del estudio de las piezas de este expediente, se desprende que tanto la Junta como la Dirección Nacional de Pensiones resolvieron la gestión del promovente, reconociéndole el derecho a percibir una pensión, con base en la ley 7268 de diecinueve de noviembre de 1991, y no en la 2248. Ahora bien, ambas instancias coinciden en que a mayo de 1999, el había laborado más de treinta años (ver documentos de folios 58 y 59, y 64 a 66). De ese total, y con apoyo en el material que hace los folios 4 a 6, 9, 10, 28, 30, 33, 34, 39 a 42 y 45 a 52, se constata que al dieciocho de mayo de 1993, cuando aún mantenía vigencia la ley 2248, el gestionante había cotizado más de veinte años para el sistema jubilatorio. Este Tribunal como instancia agotadora de la vía administrativa, ha venido sosteniendo el criterio de que la normativa sobre jubilaciones que haya cobijado al trabajador durante dos décadas de su vida laboral activa, en lo que le favorezca, mantiene su aplicabilidad aún después de su derogatoria formal, dado que el interesado adquiere un derecho de pertenencia al régimen en cuestión, después de haber cotizado durante el período mencionado. A lo anterior



agreguese que el artículo 29 del Convenio 102 de la OIT da sustento normativo a dicha convicción. Para mayor abundancia, la Sala Constitucional, en dos recientes Pronunciamientos, ha dado el respaldo definitivo a la posición externada. El primero de los votos es el 6842-99 de las ocho horas cuarenta y cinco minutos del tres de septiembre de 1999, que en lo de interés dispuso: **" El convenio 102 de la OIT relativo a la norma mínima de la seguridad social fue aprobado por Costa Rica mediante Ley N ° 4736 del veintinueve de marzo de 1971 y en su artículo 29 establece el derecho a la jubilación: "a) a las personas protegidas que hayan cumplido, antes de la contingencia, de conformidad con reglas prescritas, un período de calificación que podrá consistir en treinta años de cotización o de empleo, o en veinte años de residencia" y tiene rango superior a la ley interna conforme el artículo 7 de la Constitución Política. En el caso que nos ocupa, la recurrente cotizó veinte años bajo la ley 2248, como admite la Junta (...), adquiriendo el derecho a su jubilación conforme a esa ley, tal y como lo establece el Convenio 102 citado; aún cuando completara el resto del tiempo cuando estaba vigente la ley 7531 del trece de julio de 1995 (...)."**

El otro Fallo referido, es el N ° 673 de las nueve horas con cuarenta y ocho minutos del veintiuno de enero del año en curso, que sobre el mismo tópico, consideró: **" (...) antes de que a un trabajador se le autorice el disfrute de su pensión o jubilación, lo que existe es un derecho de pertenencia al régimen respectivo. Lo anterior significa que, si bien es cierto, el derecho al disfrute de la jubilación de la recurrente se declararía en el momento en que se cumplieran las condiciones objetivas para ello, existe el derecho de permanecer en el régimen para el que se contribuye, en tanto el mismo subsista y se den los presupuestos de Ley para hacerlo. En vista de que la recurrente cotizó veinte años para el régimen de la ley 2248 (...), se consolidó el derecho a jubilarse con ese régimen y no con otro. Ello por cuanto debe tenerse en cuenta que en esta materia priva el principio de in dubio pro operario según el cual se hace indispensable aplicar el régimen que mejor le favorezca y que precisamente es aquel para el cual había cotizado durante veinte años. En este sentido fue que la sala interpretó también el artículo 29 inciso a) del convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (...) Ahora bien, lo expuesto no quiere decir que la recurrente pueda jubilarse con sólo haber cumplido veinte años de servicio, sino que al tener mas de veinte años de cotización para un sistema determinado, se ha consolidado su derecho a jubilarse bajo el amparo de ese sistema, independientemente del tiempo total de servicio (...) Así las cosas, la Sala estima procedente aclarar (...) que los veinte años que se mencionan (...) se refieren al tiempo mínimo de servicio que da derecho de pertenencia a ese determinado régimen de pensiones, y que para obtenerla se requiere cumplir los demás requisitos de la ley, en ese tiempo aplicable, establezca. (...)"**. Por lo tanto, lleva razón la recurrente en cuando demanda que se le conceda el beneficio jubilatorio conforme a las disposiciones de la ley 2248.

iv. A fin de dilucidar todos los asuntos que puedan generar controversia entre los órganos administrativos que intervienen en este procedimiento, conviene mencionar que de la confrontación entre las resoluciones de la Junta y de la Dirección, se desprende que esta última reconoce menos tiempo de servicio que aquella. Del cálculo que realizó la Dirección, visible a folio 60, se desprende que no fueron considerados dentro del total cuantificado, los siguientes períodos laborados por el promovente, en los que no se hizo la respectiva cotización al sistema: julio de 1968, julio de 1969, del quince al treinta y uno de diciembre de 1969; de marzo a julio de 1970, ni de marzo de 1972 al treinta de junio de 1973, cuando el funcionario disfrutó de permiso sin goce de salario para estudiar en el exterior, con beca otorgada por la Universidad de Costa Rica. A esas conclusiones arriba este órgano, con vista en los documentos de folios 4, 5, 29, 39 y 60. Sobre el tiempo no laborado efectivamente, por haber estado realizando estudios costeados por la misma entidad patronal, se estima importante dejar sentado que los mismos en modo alguno pueden considerarse



interrupciones de la relación laboral y, por lo tanto no pueden afectar la antigüedad para efectos de pensión, entre otros derechos. En ese mismo sentido está regulado por el artículo 29, párrafo segundo del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil, número 21 del 14 de diciembre de 1954 y sus reformas, que concede el derecho a la continuidad de la relación cuando se disfruta de licencias sin goce de salario, y en otros supuestos. Ese numeral establece: "...No interrumpirán la continuidad del trabajo las licencias sin goce de salario, los descansos otorgados, las enfermedades justificadas, la prórroga o renovación inmediata del contrato de trabajo ni ninguna causa análoga que no termine con este". Si la intención del legislador fue que no se interrumpiera la continuidad en el servicio, se refiere a la relación laboral, cuando el permiso es sin goce de salario, esa misma regla ha de regir para el caso de beca, como ocurrió en la especie, donde el trabajador seguía ligado a la Universidad de Costa Rica en razón de la licencia misma. De hecho, del expediente se colige que aún sigue siendo trabajador de esa entidad. En segundo lugar debemos advertir que esa voluntad del legislador también estuvo presente en el artículo 2 inciso c) de la Ley 2248, que tomaba como tiempo de servicios los permisos por beca a que se refiere el artículo 170 de la Ley de Carrera Docente. De tal forma que no existe motivo legal para limitar el tiempo de vigencia del contrato de trabajo, entre el recurrente y la Universidad, como lo hizo la Dirección Nacional de Pensiones. Por lo tanto, es la Junta la que procedió conforme a derecho, cuando estimó en treinta y cuatro años y nueve meses a mayo de 1999, la antigüedad laboral acumulada por el promovente.

v. Tocante al tiempo de servicio no cotizado (incluyendo, como se analizó supra, el que transcurrió durante la licencia para estudiar del promovente), la ausencia de tales deducciones no es óbice para que se reconozca el tiempo trabajado, ya que existen medios previstos en la ley, para subsanar esa circunstancia. Ello al tenor de lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley 3808 del veintidós de noviembre de 1966 (derogada), que permite el pago de la deuda por cuotas no aportadas, haciendo la deducción correspondiente del monto de la pensión a percibir, y del artículo 29 de la Ley 7302, en el que se dispone que al menos el cincuenta por ciento del monto total de las cuotas no cubiertas debe cancelarse inmediatamente, y la diferencia mediante una deducción mensual a la pensión.

vi. Con fundamento en lo expuesto, se revoca la resolución de la Dirección Nacional de Pensiones N° 5110-99 de las nueve horas treinta minutos del diecisiete de agosto de 1999, y se confirma la de la Junta N° 2982 de las nueve horas treinta minutos del veintiocho de julio de 1999, con la salvedad de que deberá hacer los cálculos respectivos conforme a las disposiciones de la ley 2248."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. 7/11/1949. Fecha de vigencia desde: 08/11/1949. Versión de la norma: 12 de 12 del 16/10/2008. Datos de la Publicación: Colección de leyes y decretos: Año: 1949 Semestre: 2 Tomo: 2 Página: 724.
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 20 de las nueve horas cuarenta minutos del veintinueve de enero de dos mil tres. Expediente: 00-004050-0166-LA.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 47 de las nueve horas cincuenta minutos del tres de febrero de dos mil seis. Expediente: 03-000148-0505-LA.
- 4 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 53 de las diez horas quince minutos del primero de febrero de dos mil dos. Expediente: 01-200422-0369-PE.
- 5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 197 de las nueve horas treinta minutos del veinticuatro de marzo de dos mil cuatro. Expediente: 01-001861-0166-LA.
- 6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 278 de las diez horas del dieciocho de junio de dos mil tres. Expediente: 01-000064-0505-LA.
- 7 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 470 de las catorce horas cuarenta minutos del doce de mayo de dos mil. Expediente: 96-001082-0214-LA.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 550 de las nueve horas cincuenta y cinco minutos del quince de agosto de dos mil siete. Expediente: 04-000282-0639-LA.
- 9 TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN CUARTA. Sentencia número 593 de las nueve horas veinte minutos del treinta y uno de julio de dos mil. Expediente: 00-000134-0028-LA.