

# Informe de Investigación

**Título: La Licencia por Maternidad.**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Laboral.	<b>Descriptor:</b> Derechos Laborales.
<b>Tipo de investigación:</b> Compuesta.	<b>Palabras clave:</b> Licencia por Maternidad, Condiciones, Protección, Procedimiento.
<b>Fuentes:</b> Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	<b>Fecha de elaboración:</b> 08 – 2010.

## Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>2</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a)¿Cuales son las condiciones que rigen la Licencia por Maternidad y la lactancia?.....	2
b)Licencias por maternidad y lactancia.....	3
c)Protección a la Maternidad.....	5
Protección Total de la Madre Trabajadora.....	5
Prohibición de Despedir a Mujeres encinta.....	6
d)Ministerio de trabajo.....	6
Cual es la protección especial que tiene toda trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia?.....	6
Qué debe hacer la trabajadora si la despiden en estado de embarazo o en periodo de lactancia?.....	7
Cual es el procedimiento que deben seguir los(as) patronos(as) para solicitar la autorización para despedir a una trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia?.....	7
Qué es y hasta cuando se extiende el periodo de lactancia?.....	7
El (la) médico que emita el dictamen del periodo de lactancia debe ser de la Caja Costarricense de Seguro Social?.....	8
El cálculo del aguinaldo, de vacaciones, de preaviso y auxilio de cesantía se ven afectados por el tiempo que la trabajadora disfruto de licencia por maternidad?.....	8
Deben rebajarse cargas sociales del "salario" de la trabajadora durante los cuatro meses de licencia por maternidad?.....	8
<b>3 Normativa.....</b>	<b>8</b>
a)Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....	8
b)Código de trabajo.....	9
<b>4 Jurisprudencia.....</b>	<b>11</b>

a) Naturaleza Jurídica de la licencia de embarazo .....	11
b) Aviso al empleador y certificación médica.....	12
c) Despido de trabajadora embarazada.....	12
d) Protección especial de la trabajadora embarazada.....	13
e) Trabajadora embarazada o en período de lactancia: Análisis normativo y jurisprudencial sobre la protección especial tendiente a evitar la discriminación.....	17
f) Trabajadora embarazada o en período de lactancia: Comunicación de gravidez con base en informe de laboratorio.....	21

## 1 Resumen

El presente informe de investigación contiene información variada relativa al tema de la licencia de maternidad y lactancia materna, como parte especialmente protegida del derecho laboral costarricense. El mismo contiene, doctrina, normativa y jurisprudencia.

## 2 Doctrina

### ***a) ¿Cuales son las condiciones que rigen la Licencia por Maternidad y la lactancia?***

[Carro Zuñiga]<sup>1</sup>

**RESPUESTA:** La licencia por maternidad tiene una extensión de cuatro meses. Los tres últimos son de lactancia. Para su inicio requiere de un dictamen médico, que puede ser preferentemente del médico de la compañía. Por vía de excepción se debe admitir el de la Caja Costarricense de Seguro Social y por último uno de un médico particular.

Durante los cuatro meses el patrono debe cancelar un subsidio equivalente al 50% del salario de la trabajadora y la Caja debe pagar el restante 50%. Aunque se trate de un subsidio, se debe retener la cuota respectiva del seguro social y la empresa tiene que pagar su propia cuota sobre el 50% que le corresponde enterar a la trabajadora.

Los restantes rubros que se suelen incluir en la planilla de la Caja, como Banco Popular, I.N.A., etcétera, no tienen que ser pagados.

Los cuatro meses que dura este permiso, es el único caso de incapacidad que se considera



como tiempo efectivo de trabajo y que consecuentemente suma como antigüedad para el cálculo de otros derechos laborales. Por ejemplo, si una trabajadora tiene de trabajar un año y ocho meses, con la licencia de maternidad alcanza una antigüedad de dos años. Si la misma persona u otro trabajador tiene una incapacidad por enfermedad de un año, tal lapso no se cuenta dentro de la antigüedad, y por ende no tiene derecho a vacaciones, aguinaldo ni se toma en cuenta este tiempo para calcular el preaviso y el auxilio de cesantía.

Otro punto estrechamente ligado a la situación de maternidad, es el de la lactancia. Como se precisa al inicio, los últimos tres meses del permiso por maternidad son de lactancia. Si la madre necesita tiempo adicional para amamantar, solamente puede hacerlo si presenta un dictamen médico en que se prorroga el período de lactancia. Es relevante tener presente que la prórroga no puede ser por un plazo mayor a tres meses. Los médicos de la Caja acostumbran a dar prórrogas mayores, incluso hasta de 18 meses, pero no son legales. Por importante que sea la lactancia para el menor, los médicos no están autorizados a exceder los términos legales. Cuando una empleada presente un dictamen de prórroga excedida, se puede limitar el plazo adicional a tres meses. Sin embargo la Sala Constitucional dejó una prórroga indefinida en materia de lactancia y la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia la fijó en un año.

Cuando haya una prórroga de la lactancia, la madre tiene derecho a amamantar al hijo (a) en el centro de trabajo durante 15 minutos cada tres horas o 30 minutos dos veces durante la jornada de trabajo diaria. Como la disposición que establece esto (artículo 97 del Código de Trabajo) es poco práctica para la compañía y para la trabajadora, lo que se acostumbra en la mayoría de las empresas es llegar a un entendimiento de manera que la empleada entre a laborar una hora tarde o irse de su trabajo una hora anticipada. Esta solución es práctica y recomendable, pero a veces se cometen abusos si no hay una fiscalización apropiada. La alternativa, es poner fin a la lactancia al cumplirse la prórroga de tres meses.

### ***b) Licencias por maternidad y lactancia***

[Briones Briones]<sup>2</sup>

En atención a lo anterior, debo manifestar que no nos encontramos ante ninguna incapacidad, pues el hecho de concebir a un ser humano, no es una enfermedad, sino que a nivel jurídico es un período que estipula el artículo 95 del Código de Trabajo - a partir de la Reformas de las Leyes N° 7142 del 08 de marzo del año 1990 y N° 7621 del 05 de septiembre del año 1996- con el fin de que la mujer pueda reposar un mes antes de dar a luz y tres meses posteriores a él, el cual se considerará como período mínimo de lactancia, el cual por prescripción médica podría ser prorrogado. Bajo esta tesis el salario durante este tiempo debe venir en un 100% para la trabajadora, el cual lo cubre un 50% la Caja Costarricense del Seguro Social y un 50% el Patrono, no viéndose afectado para efectos de cálculo de prestaciones (auxilio de Cesantía y Preaviso) o



## Vacaciones y Aguinaldo.

Al respecto, considero que debe desarrollarse en el país una nueva concepción por parte de las autoridades tanto administrativas como judiciales entorno al tema de la Lactancia; pues, con la entrada en vigencia en el año de 1984 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Costa Rica se comprometió a tomar medidas para mejorar la situación de las mujeres y por ende de toda la sociedad. Para ello creó la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, con lo cual reformó el Código de Trabajo, concediéndole un fuero especial a la trabajadora embarazada o en lactancia. Además los últimos 4 gobiernos se han preocupado a nivel socio- legal por crear legislación que fortalezca la eliminación de cualquier forma de discriminación contra las féminas, como son la ley N. 7621 referida al disfrute de licencia por adopción de menor, Ley de Paternidad Responsable, Ley de Fomento de la Lactancia Materna, Ley contra la violencia Doméstica. Aunado a ello nuestros tribunales patrios han procurado mediante sus diversos fallos velar por que se cumpla con dicho cometido.

Mediante Ley N° 7142 del 08 de Marzo del año 1990, se modifican los artículos 94 y siguientes del Código de Trabajo, confiriéndosele a la mujer una protección especial en caso de embarazo o en período de lactancia; prohibiéndosele a los patronos despedirlas con la excepción de ley (cuando incurra en alguna falta al contrato) y trámite correspondiente (autorización ante la Dirección de Inspección), siempre y cuando conste conocimiento previo del embarazo o de la lactancia (aporte de certificado médico o constancia emitida por la CCSS por parte de la trabajadora). No obstante si - a pesar de la anterior protección- la trabajadora no optare por la reinstalación habiendo sido despedida, cuando recurra ante el Juez de Trabajo, el patrono deberá pagarle, fuera de los rubros ordinarios (vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, diferencias salariales o cualquier otro), los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento mismo del despido hasta completar ocho meses de embarazo, además por conceptos de daños y perjuicios las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, sea los 4 meses referidos anteriormente. Se ha establecido que para los efectos del cálculo de las prestaciones y cualquier otro rubro se deberá tomar como referencia la fecha de terminación del contrato.

Ahora bien, de acuerdo con la ley -según lo dispuesto por el artículo 94 bis del Código mencionado- al momento de ser despedida una mujer lactante se le otorga una sola indemnización de 10 días por concepto de reparación de daños y perjuicios; sin embargo y siendo que se encuentra en vigencia una la Ley posterior -del artículo en referencia- de Fomento de la Lactancia Materna N° 7430 del 14 de septiembre del año 1994, lo correcto sería promover una modificación legislativa para que además de los rubros ordinarios mencionados, también se le reconozcan los salarios que hubiere dejado de percibir desde el día del despido hasta que el/la lactante cumpla doce meses de edad o la fecha en que el profesional en medicina establezca como lactancia; todo en concordancia con el espíritu de la ley de fomento, la cual vino a definir el período de protección de la lactancia materna en 12 meses, pues con anterioridad quedaba a criterio médico (art. 95 del Código de trabajo) el prorrogar la licencia por maternidad post parto. Lo anterior vendría aún más a desalentar la infraccionalidad y a la vez a fomentar la lactancia materna, la cual científicamente está comprobado que es la mejor en el desarrollo de los ciudadanos del futuro.

### **c) Protección a la Maternidad**

[Barrantes Chaves]<sup>3</sup>

En el estudio de los antecedentes normativos de nuestra actual legislación, encontramos que nuestro legislador ha estado preocupado por proteger a la trabajadora durante su período de gestación, y durante los primeros meses de vida del infante. Y al crear el Código de Trabajo, también se implantó esta protección, la cual analizamos a continuación:

#### **Protección Total de la Madre Trabajadora**

En la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, se establece una protección total para la trabajadora embarazada, principalmente la prohibición de despido, lo cual constituye una limitación a la libertad del patrono para despedir a sus empleados libremente. La excepción consiste en que el despido se fundamente en alguna de las causales del artículo 81 del Código de Trabajo. Lo anterior por cuanto el regulador reconoció la maternidad como una responsabilidad social. La maternidad es la verdadera razón para brindarle atención especial a la mujer trabajadora, en otras palabras, vista desde una perspectiva social y no como una responsabilidad específica de la mujer, que deja por fuera la responsabilidad del hombre y de la sociedad en general.

Las reformas planteadas, evitan que la maternidad se vea como el elemento que incomoda y que pone en un plano de desventaja a la trabajadora y le da la posibilidad de poder recurrir a un proceso sumárisimo de reinstalación o en su defecto, hacer efectivo el pago de los extremos laborales por el despido injustificado.

Viendo la necesidad existente de proteger el trabajo de la madre- trabajadora, el legislador enfocó la posibilidad de cambiar ciertos artículos laborales tratando de equipararlos a la realidad social actual.

No obstante no bastó la buena intención del legislador para mejorar la situación de la madre trabajadora. Si no que a contrario sensu, las consecuencias que se han derivado de esos cambios le han complicado el acceso al trabajo y a los derechos que la ley les otorga.

"La negativa de los empleadores a contratar mano de obra femenina, así como su resistencia frente a la promoción de la mujer en la estructura ocupacional y a la apertura de nuevos ámbitos de acción para ella, se debe también en gran parte a los problemas que con base real o no, ellos perciben como asociados íntimamente al desempeño laboral femenino. Podríamos distinguir factores agravantes de esta situación. En primer lugar, la legislación protectora del trabajo de la mujer existente en todos los países latinoamericanos (y prácticamente en todo el mundo), redundante, a la postre en mayores costos de la mano de obra femenina para el empleador. La gama de disposiciones legales que obligan de una u otra forma a empleadores a proveer garantías y facilidades a las trabajadoras, es especialmente a aquellos con responsabilidades familiares, ha derivado así, en la práctica, en obstáculos para que las mujeres se integren a la actividad económica."

El cambio que la ley sustenta incluye requisitos nuevos como la presentación de la constancia de la Caja Costarricense del Seguro Social.

"Los requisitos que prevé la norma, llevan a la conclusión de que el creador de la ley quiso que la prueba del estado de embarazo fuera contundente y no permitiera dubitaciones de ninguna índole. Tanto el certificado médico como la constancia de la Caja Costarricense del Seguro Social, tienen el carácter de documentos públicos con plena fuerza probatoria salvo que se lograra demostrar su falsedad. No pueden los juzgadores so pretexto de invocar la búsqueda del espíritu de la norma, modificar esos requisitos por otros de diferente categoría probatoria."

Esta inclusión de requisitos, que amplía la redacción del texto podría complicar el acceso de la mujer a los derechos que se contemplan, pues por faltar la certificación o la constancia podrá ver frustrados los beneficios que por ley le corresponden.

Los artículos 94, 94 bis y 95 son los reguladores del despido injustificado de la mujer en cinta y se les da una mayor precisión cuando expresamente la norma limita la posibilidad de despedirla por las causales contenidas en el artículo 81 del código de trabajo que contempla las causas justificadas de despido.

En la práctica, éstos cambios no tuvieron como efectos dar estabilidad a la trabajadora, sino que es presentible que con los derechos y las indemnizaciones que se introdujeron, el patrono decida optar por contratar mano de obra masculina.

### **Prohibición de Despedir a Mujeres encinta**

En el artículo 94 se establece la prohibición de despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Y en caso de que se dé algunas de las causales para el despido sin responsabilidad patronal, se debe de avisar previamente a las respectivas autoridades administrativas.

Nuestros Tribunales han establecido dos requisitos para que se aplique esta prohibición, uno de ellos está dado en el artículo citado, y es cuando el patrono demuestre que existió una causal de despido del artículo 81, y la otra es que se exige que el patrono haya tenido conocimiento previo del estado especial de la empleada, pues de lo contrario, no se aplicaría esta prohibición, el conocimiento según esta norma debe ser por medio de certificación médica o Constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social.

### **d) Ministerio de trabajo<sup>4</sup>**

#### **Cual es la protección especial que tiene toda trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia?**

El Código de Trabajo protege de manera especial a las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia. Trata de brindar mayores beneficios para dichas trabajadoras, en el sentido de proteger su trabajo durante el embarazo y la lactancia y de no afectar los derechos derivados del contrato; de manera que su situación laboral, por razón del embarazo o de la lactancia, tiene un trato preferente, mas beneficioso que el resto de los (as) trabajadores (as).

Señala el artículo 94 del Código de Trabajo que no se puede despedir a las trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia sin motivo justificado. Sin embargo, cuando una de estas trabajadoras cometa alguna de las faltas señaladas por el artículo 81 de dicho Código, el (la) patrono (a) podrá despedirla, siempre que previamente haya sido autorizado por parte de la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Es requisito indispensable, para que la trabajadora goce de esta protección, que avise a su patrono de su estado de embarazo lo antes posible, aportando constancia médica de la Caja Costarricense de Seguro Social.

### **Qué debe hacer la trabajadora si la despiden en estado de embarazo o en periodo de lactancia?**

Puede acudir ante la Inspección General de Trabajo, la cual realizara la investigación que corresponda sobre la denuncia. Si lo prefiere, puede acudir ante el juez de trabajo a solicitar su preinstalación inmediata. En caso de que la trabajadora no quiera ser reinstalada, además del preaviso, auxilio de cesantía, aguinaldo y vacaciones que pertinentes, su patrono (a) deberá pagarle 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 los ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en periodo de lactancia, además del preaviso, cesantía, aguinaldo y vacaciones a que tenga derecho, si renuncia a la preinstalación, le corresponderá una indemnización equivalente a diez días de salario.

### **Cual es el procedimiento que deben seguir los(as) patronos(as) para solicitar la autorización para despedir a una trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia?**

Si una trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia incurre en causal para el justo despido (las señaladas en el artículo 81 del Código de Trabajo), el (la) patrono (a) deberá presentar un escrito ante la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, detallando la falta o faltas cometidas por la trabajadora y aportando las pruebas correspondientes. Dicha dependencia nombrara a los (as) inspectores (as) encargados (as) de realizar la investigación y citaran a todas las partes involucradas a una comparecencia, para determinar la verdad de los hechos que se investigan. Concluida esa etapa, los (as) inspectores (as) rendirán un informe recomendando que se autorice o se deniegue el despido solicitado.

Este informe será puesto en conocimiento del (de la) patrono (a) y de la trabajadora de que se trate, quienes podrán enviar sus observaciones sobre lo que se indique en el. Luego, el (a) Director (a) Nacional e Inspector (a) General de Trabajo dictara la resolución definitiva que autoriza o deniega la solicitud de despido. La parte que no este conforme con lo resuelto, podrá entonces acudir a la vía judicial a presentar el reclamo correspondiente.

### **Qué es y hasta cuando se extiende el periodo de lactancia?**

Periodo de lactancia es aquel durante el cual la madre alimenta a su hijo, por medio de leche materna. El artículo 95 del Código de Trabajo, dispone que los tres meses de licencia otorgados después del parto se consideran como el periodo mínimo de lactancia. Este periodo podrá ser ampliado por dictamen medico, hasta por el tiempo que el (la) Pediatra correspondiente determine necesario. La trabajadora deberá presentar a su patrono (a) el documento extendido por el (la) Pediatra, para ampliar su periodo de lactancia. Es importante señalar, además, que dentro del periodo de lactancia la trabajadora tiene derecho a que se le conceda 15 minutos cada tres horas o

media hora dos veces al DIA, o como se acostumbra en la mayoría de los casos, una hora continua al iniciar o finalizar la jornada diaria, para amamantar a su hijo.

**El (la) médico que emita el dictamen del periodo de lactancia debe ser de la Caja Costarricense de Seguro Social?**

La Ley no se refiere en forma expresa a este tema, por lo que puede ser un (a) medico de la Caja Costarricense de Seguro Social o privado (a); pues ambos tienen fe publica. Solamente los Tribunales de Justicia pueden determinar la falsedad de un documento extendido por ellos.

**El cálculo del aguinaldo, de vacaciones, de preaviso y auxilio de cesantía se ven afectados por el tiempo que la trabajadora disfruto de licencia por maternidad?**

Uno de los fines que persigue la reforma al artículo 95 del Código de Trabajo, que se hizo en abril de 1995 y setiembre de 1996(1), es equiparar el subsidio recibido por la trabajadora durante su licencia por maternidad, como si fuera salario, para que no se afecten los cálculos de sus derechos laborales, tales como: vacaciones, aguinaldo, preaviso, auxilio de cesantía, etc.

Esto quiere decir que esos derechos deben calcularse y pagarse como si la trabajadora recibiera el 100% del salario en esos cuatro meses de licencia, sumándose el 50% que paga la Caja Costarricense de Seguro Social y el 50% que debe pagar el patrono.

**Deben rebajarse cargas sociales del "salario" de la trabajadora durante los cuatro meses de licencia por maternidad?**

El artículo 95 del Código de Trabajo solo establece que se aportaran las contribuciones correspondientes a la Caja Costarricense de Seguro Social. De esta manera los rebajos se deberán hacer sobre el 100% que recibe la trabajadora, incluyendo el 50% que paga la Caja Costarricense de Seguro Social.

### 3 Normativa

**a) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>5</sup>**

#### ARTICULO 11

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:

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 con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
  - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

#### **b) Código de trabajo<sup>6</sup>**

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

(Así reformado por Ley N° 7142 de 8 de marzo de 1990, art. 32° ).

ARTICULO 94 bis.- La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de Trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos.

Presentada la solicitud, el juez le dará audiencia al empleador en los siguientes tres días. Vencido este término, dentro de los cinco días siguientes, ordenará la reinstalación, si fuere procedente, y, además, le impondrá al empleador el pago de los salarios dejados de percibir, bajo pena de apremio corporal en caso de incumplimiento de cualquiera o de ambas obligaciones.

El apremio corporal procederá contra el empleador infractor, o su representante, si se tratara de personas jurídicas, durante el tiempo que dure el incumplimiento, a requerimiento de la trabajadora o de la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo.

En caso de que la trabajadora no optara 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. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, tendrá derecho, además de la cesantía, y en concepto de daños y perjuicios, a diez días de salario.

(Así adicionado este artículo por Ley N° 7142 de 8 de marzo de 1990, art. 32°).

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

Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social para el "Riesgo de Maternidad". Esta remuneración deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.

Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad.

La trabajadora que adopte un menor de edad disfrutará de los mismos derechos y la misma licencia de tres meses, para que ambos tengan un período de adaptación. En casos de adopción, la licencia se iniciará el día inmediato siguiente a la fecha en que sea entregada la persona menor de edad. Para gozar de la licencia, la adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el Patronato Nacional de la Infancia o el juzgado de familia correspondiente, en la que consten los trámites de adopción.

La trabajadora embarazada adquirirá el derecho de disfrutar de la licencia remunerada sólo si presenta a su patrono un certificado médico, donde conste que el parto sobrevendrá probablemente dentro de las cinco semanas posteriores a la fecha de expedición de este documento. Para efectos del artículo 96 de este Código, el patrono acusará recibo del certificado.

Los médicos que desempeñen cargo remunerado por el Estado o sus instituciones deberán expedir ese certificado.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley No.7621 de 5 de setiembre de 1996)

ARTICULO 97.- Toda madre en época de lactancia podrá disponer en los lugares donde trabaje de un intervalo de quince minutos cada tres horas o, si lo prefiere, de media hora dos veces al día durante sus labores, con el objeto de amamantar a su hijo, salvo el caso de que mediante un certificado médico se pruebe que sólo necesita un intervalo menor.

El patrono se esforzará por procurarle algún medio de descanso dentro de las posibilidades de sus labores, que deberá computarse como tiempo de trabajo efectivo, al igual que los intervalos mencionados en el párrafo anterior, para el efecto de su remuneración.

## 4 Jurisprudencia

### a) Naturaleza Jurídica de la licencia de embarazo

[Sala Segunda]<sup>7</sup>

IV.- Ya se adelantó que la trabajadora en estado de embarazo está cubierta por un fuero extraordinario que deriva de su derecho constitucional a una protección singular por parte del Estado y de la sociedad civil, al igual que del reconocimiento, a nivel internacional, de la función social de la reproducción. Al respecto, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6969, de 2 de octubre de 1984, y que, por su contenido en materia de derechos humanos, es un parámetro de constitucionalidad dentro del ordenamiento jurídico nacional (véase el artículo 48 de la Constitución Política), dispone, en el párrafo b), del inciso 2), de su artículo 11, como una obligación fundamental de los Estados, "Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales..." (la negrita no está en el original). Por su parte, el artículo 95 del Código de Trabajo establece el derecho y el deber de toda servidora en estado de gravidez, de disfrutar, durante el mes anterior y los tres posteriores al parto, de una licencia remunerada por maternidad. La naturaleza jurídica de este instituto no es, entonces, la de una incapacidad para el trabajo, que produzca la suspensión temporal del contrato, en los términos previstos en los artículos 73 y 79 ibídem, y exima del deber de cancelar el salario, sino la de una exoneración, para la trabajadora, de su obligación de ejecutar la prestación debida, por un período determinado, sin que ello afecte los demás extremos y condiciones propias de la relación de trabajo. Se trata de un instituto similar a las vacaciones o a los permisos con goce de sueldo. Por esos motivos, el pago que ella debe recibir durante la licencia, proveniente de su patrono o patrona, tiene un indudable carácter salarial. Nótese que el citado numeral 95, antes de ser reformado por la Ley No. 7621, de 5 de setiembre de 1996, era más que elocuente cuando, en la oración final de su párrafo segundo, calificaba como salario a esa remuneración. Al respecto estipulaba: "Asimismo, el patrono y la trabajadora deberán aportar a la Caja Costarricense de Seguro Social, las contribuciones sociales respectivas sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia, para no interrumpir la cotización durante ese período." (la negrita no está en el original). La redacción actual de esa norma es todavía más enfática: "Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja, sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia. / Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad." (la negrita tampoco pertenece al original). Así las cosas, la distinción que pretende hacer el recurrente, suponiendo que ello pudiera tener algún efecto para variar lo resuelto, entre el salario propiamente dicho y el "subsidio" por maternidad es legalmente improcedente. Podría discutirse si la porción que debe cubrir la institución aseguradora del riesgo de maternidad, que es la que en normas de rango inferior se cataloga aún como subsidio (ver el Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad de 4 de febrero de 1952 y el Reglamento del Seguro de Salud, de 3 de diciembre de 1996), es también salario, pero eso no es objeto de este asunto. No obstante, no huelga acotar al respecto que, desde la reforma introducida al ordinal 95 del Código de Trabajo, mediante Ley No. 7491, de 19 de abril de 1995, se desterró de su contenido la referencia al "subsidio" por maternidad.

## **b) Aviso al empleador y certificación médica.**

[Sala Segunda]<sup>8</sup>

I.-El artículo 94 del Código de Trabajo, reformado por Ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990, que entró a regir el 26 de ese mismo mes, reza que: "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" (lo evidenciado no es del original). Y el 94 bis de ese mismo Código, -introducido también mediante dicha reforma-, agrega, en lo que interesa, que "La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos...En caso de que la trabajadora no optara 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".

## **c) Despido de trabajadora embarazada<sup>9</sup>.**

"III-. ACERCA DEL DESPIDO JUSTIFICADO DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA: Este tema ya fue desarrollado por la Sala en el Voto N° 209 de las 15:20 horas del 23 de julio de 1999, indicándose en esa oportunidad: "En virtud de sus particulares circunstancias y del reconocimiento normativo, tanto en el derecho internacional como en el interno, de la función social de la reproducción humana, la trabajadora en estado de gestación está amparada por un fuero específico, que le veda, a la parte empleadora, la posibilidad de cesarla mientras no incurra en una de las causales de despido previstas en el artículo 81 del Código de Trabajo. Incluso, cuando existe un motivo justo para dar por roto, unilateralmente y sin responsabilidad, la relación laboral, el patrono o la patrona está inhibido/a de aplicar, por sí mismo/a, esa sanción; pues debe recurrir a un órgano estatal para poder hacerla efectiva. Así lo prevén los numerales 94, 94 bis y 95 ibídem, luego del texto introducido por la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, No. 7142, de 8 de marzo de 1990, y de la reforma, al último de ellos, operada por las leyes Nos. 7491 y 7621, de 19 de abril de 1995 y de 5 de setiembre de 1996, respectivamente. Al tenor de esas disposiciones, la servidora embarazada es titular del derecho a la inamovilidad relativa, el cual es garantizado por otros, debidamente instituidos, que son: a) el derecho a un procedimiento administrativo previo al despido, que debe tramitarse ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, siempre que exista mérito suficiente para ello; b) el derecho a la reinstalación, con todas sus consecuencias, si se produjese el cese ilegítimo, ya sea por la ausencia de un motivo que lo justifique o porque no se cumplió con el trámite previo obligatorio; c) en caso de que no opte por la reinstalación, el derecho al pago, junto con las prestaciones legales ordinarias, de los daños y perjuicios, consistentes, éstos últimos, en el salario de los períodos de pre y post-parto y en los que hubiese dejado de percibir, desde la data de la desvinculación patronal y hasta



completar ocho meses de embarazo; y d) el derecho, garantizado por la legislación y por la jurisprudencia, a un proceso jurisdiccional sumarísimo (...). Lo importante resulta ser, entonces, que la parte empleadora o cualquiera de sus representantes haya tenido noticia efectiva, de la gravidez de la servidora, antes de cesarla o, incluso, en el mismo momento de hacerlo, para que se vea legalmente impedida de ejercer esa potestad y para que, en el supuesto de proceder de modo contrario, quede obligada a cancelar los extremos correspondientes. La realidad de ese conocimiento puede acreditarse, en esta sede jurisdiccional, mediante cualquiera de los elementos de prueba admitidos por la legislación vigente” (el destacado es del redactor) De este modo, no lleva razón el recurrente al manifestar que a la actora no le es aplicable el fuero especial que protege a la trabajadora embarazada por el hecho de –supuestamente- haber incurrido en falta grave (lo que la Sala no entra a analizar, por los motivos que se explicarán más adelante), ya que incluso en ese caso queda cubierta por él, en el sentido de que previamente debe agotarse el procedimiento administrativo previsto por el artículo 94 del Código de Trabajo, que dice: “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 empleador debe gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta (...)”. El cumplimiento de este ineludible requisito previo no fue demostrado por el demandado (recayendo en él la carga de la prueba al respecto, artículo 317 del Código Procesal Civil), por lo que acertaron los juzgadores de instancia al calificar de ilegal el despido, con las consecuencias económicas que de ello se derivan. Tanto el A-quo como el Ad-quem tuvieron por acreditado que el accionado cesó a la demandante a sabiendas de que ésta se encontraba embarazada, lo cual no fue objeto del recurso de tercera instancia rogada (cabe acotar aquí que ello sí fue debidamente objetado en el recurso de apelación, al cual remite en términos generales el recurrente, lo que resulta improcedente, puesto que si bien el recurso de tercera instancia rogada no exige mayores formalidades, una de ellas es que se expongan de un modo claro y preciso sus motivos -artículo 557 inciso b) del Código de Trabajo-, lo que, a su vez, limita la competencia de la Sala -artículo 560 ídem-), por lo que se encontraba obligado a gestionar el despido ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo antes de materializarlo. Al no haber actuado así, debe atenerse, ahora, a las consecuencias de su incuria u omisión, cuales son la imposibilidad de analizar si existieron o no los incumplimientos laborales que le imputa a la actora y la de determinar si, de haberse dado aquéllos, califican o no como causa justa en los términos del numeral 81 del Código de Trabajo. Por ende, resulta innecesario pronunciarse sobre los agravios expresados en el recurso referentes a la valoración de la prueba de la justificación de las ausencias de los días 13 a 18 de marzo del 2000. Se impone, en consecuencia, otorgarle plena efectividad a la protección legal reclamada por la accionante, conforme se resolvió, de modo acertado, en las instancias precedentes. ”

#### **d) Protección especial de la trabajadora embarazada**

[Sala Segunda]<sup>10</sup>

"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 Belem do Para”, adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA.) 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 re-adiestramiento, 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 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 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: “Construyese 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 tomen nulatoria 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 erigirse 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).

**e) Trabajadora embarazada o en período de lactancia: Análisis normativo y jurisprudencial sobre la protección especial tendiente a evitar la discriminación**

Modificación al régimen de libre despido respecto de las mujeres que se hallen en estado de gravidez

[Sala Segunda]<sup>11</sup>

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. / 2º.- 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".* 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 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 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 erigirse 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 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 recontractarla- 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)."

**f) Trabajadora embarazada o en período de lactancia: Comunicación de gravidez con base en informe de laboratorio**

[Sala Segunda]<sup>12</sup>

Voto de mayoría

"I.- La señora C.V. solicitó el reajuste de sus prestaciones legales, la cancelación de las indemnizaciones previstas en los ordinales 94 bis y 95 del Código de Trabajo, equivalentes al salario de 11 meses de trabajo, y las costas de este proceso. Indica que fue cesada con responsabilidad patronal, habiendo comunicado que estaba embarazada. La demandada se opuso a esas pretensiones y negó cualquier relación entre el estado de gravidez y el despido. La sentencia del Juez Primero Civil y de Trabajo, confirmada por el Tribunal Superior, ambos de



Cartago, acogió la demanda y ordenó el pago de los rubros reclamados. En esta tercera instancia rogada, el apoderado judicial de la accionada acusa violación del numeral 94 del Código de la materia. En su criterio, la actora no puede disfrutar de la protección de esa norma porque omitió presentarle, a su ex-patrona, un certificado médico o una constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social que acreditara su gestación. Señala, también, que, en el sub-lite, no hubo despido, sino la liquidación y la cancelación de los extremos de ley. Cuestiona el valor probatorio otorgado al informe de laboratorio, entregado por la demandante a una personera de la Asociación, por ser muy distinto a un dictamen médico y por no considerarlo totalmente confiable. Solicita que se revoque la sentencia del Tribunal Superior y se declare sin lugar el presente juicio. II.- En virtud de su particular condición, la trabajadora en estado de gravidez está amparada por un fuero específico, que impide, a su empleador, cesarla mientras no incurra en una de las causales de despido previstas en el artículo 81 del Código de Trabajo. Cuando existe un motivo justo para dar por roto, unilateralmente y sin responsabilidad, su contrato laboral, el patrono está inhibido de aplicar, por sí mismo, esa sanción, debiendo recurrir a un órgano estatal para poder hacerla efectiva. Así lo prevén los numerales 94, 94 bis y 95 ibídem, introducidos por la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N° 7142, de 8 de marzo de 1990, y reformado, el último de ellos, por las leyes N° 7491 y 7621, de 19 de abril de 1995 y de 5 de setiembre de 1996, respectivamente. Esas disposiciones instituyen derechos que superan la regulación anterior y mejoran la protección de las servidoras gestantes, a saber: a) el derecho a un procedimiento administrativo previo al despido, que debe tramitarse ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo y siempre que exista mérito suficiente para ello; b) el derecho a la reinstalación, si fuesen cesadas ilegítimamente, ya sea por la ausencia de un motivo que lo justifique o porque no se cumplió con el trámite previo obligatorio; c) en caso de que no opten por la reinstalación, el derecho al pago, junto con las prestaciones legales ordinarias, de los daños y perjuicios, consistentes, éstos últimos, en el salario de los períodos de pre y post parto y en los que hubiesen dejado de percibir, desde la data de la desvinculación patronal y hasta completar ocho meses de embarazo; y d) el derecho, garantizado por la legislación y por la jurisprudencia, a un proceso jurisdiccional sumarísimo. Esa normativa constituye el desarrollo que, en materia laboral, el legislador ha querido darle al derecho fundamental de toda (futura) madre y de todo niño o niña a contar con una protección especial por parte del Estado [ordinales 51 de la Constitución Política; 4.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 10 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 11.1.f) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer; 9.2, 15.3 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3.2, 6, 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 5 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación]. Su consecuencia fue la modificación del derecho al libre despido, otorgado a los patronos por vía constitucional y legal [artículos 63 de la Constitución Política y 28 y 31 del Código de Trabajo], cuando está de por medio una relación de trabajo de una mujer grávida. Para gozar de esa protección extraordinaria, la servidora debe cumplir, en forma imperativa, con dos requisitos; ellos son: "... darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social." [párrafo final del numeral 94 citado]. Sin embargo, en atención a lo dispuesto por los artículos 17 del Código de Trabajo y 10 y 11 del Código Civil, para la Sala es claro que el legislador no tuvo el propósito de establecer requerimientos que pudieran prestarse para hacer nugatorios los derechos que, a través de los preceptos mencionados, se les otorgan a las mujeres embarazadas. Por consiguiente, esos derechos de la futura madre que fue despedida por su patrono, en forma incausada y con conocimiento de su condición de gestante, no están sujetos al cumplimiento del rigorismo probatorio que reclama el recurrente. Para su reconocimiento y exigibilidad debe constatar que el empleador o sus representantes se habían enterado de la



gravidez de la trabajadora. Todo ello puede acreditarse, en esta sede jurisdiccional, con cualquiera de los elementos de prueba admitidos por la legislación vigente (ver, en el mismo sentido, los votos N° 177, de las 8:10 horas del 20 de agosto de 1993; 149, de las 9:20 horas del 22 de mayo de 1996; y 340, de las 10:10 horas del 30 de octubre de 1996). III.- En concordancia con lo expuesto y a propósito de la presentación de un informe de laboratorio, como el entregado por la actora, a la accionada, de previo a su cese, esta Sala, en su sentencia N° 231 de las 9:15 horas del 5 de noviembre de 1986, emitida con anterioridad a la reforma legal apuntada, manifestó: "... en el presente caso la parte demandada sí tuvo conocimiento de ese hecho en el momento del despido (...) y aunque es verdad también que ese estado no aparecía certificado por la Caja Costarricense de Seguro Social, o del médico de la empresa (sic), quedó probado (...) que la señora (...) no pretendía demostrar su condición con su solo dicho, sino que aportó un dictamen de un laboratorio con el cual probaba su estado de embarazo. Y ese hecho permite establecer que el patrono sí se enteró de la gravidez de su empleada, precisamente al momento de despedirla, y no después, por lo que debió abstenerse de cancelar el contrato de trabajo, sin perjuicio de que a posteriori la actora obtuviera un dictamen de la Caja Costarricense de Seguro Social o del propio médico de la empresa, que vinieran a ratificar el resultado de laboratorio. En esas condiciones, la parte demandada violó la prohibición contenida en el artículo 94 del Código de Trabajo, y la sentencia recurrida debe confirmarse.". De igual modo, en un pronunciamiento posterior, el N° 191 de las 9:55 horas del 23 de junio de 1995, se resolvió lo siguiente: "... el artículo 19 del Código dicho establece que el contrato de trabajo obliga tanto a lo que se expresa en él, como a las consecuencias que del mismo se deriven según la buena fe, norma que se encuentra íntimamente relacionada con lo dispuesto en el numeral 21 del Código Civil, a saber: "Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe". (...) el conocido autor argentino Plá, refiriéndose al principio aludido expresa: "Pero lo más importante de señalar es que este principio de la buena fe tiene en el derecho laboral una significación muy especial por el componente personal que existe en esta rama jurídica. El contrato de trabajo no solo crea derechos y obligaciones de orden exclusivamente patrimonial, sino también personal. Crea, por otra parte, una relación estable y continuada en la cual se exige la confianza recíproca en múltiples planos, en encontradas direcciones y sobre todo por un período prolongado de tiempo. Para el debido cumplimiento de esas obligaciones y el adecuado mantenimiento de esas relaciones resulta importantísimo que ambas partes actúen de buena fe." (...) "La buena fe-lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Más aún: implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones." (Plá Rodríguez, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 2° Edición, Ediciones Depalma, 1978, p. 309 y 311). Tal y como se indicó, en el contrato laboral, las partes deben actuar con buena fe, o sea con rectitud (...) Es de mala fe que se procediera al despido, teniendo noticia del embarazo de la demandante, sin cerciorarse de la certeza de ese hecho (lo que no se hizo porque evidentemente no convenía para los intereses de la empresa). Definitivamente, esta actuación se enmarca dentro de lo que se ha denominado prácticas patronales desleales, que impiden a los trabajadores el pleno disfrute de sus derechos, lo que es contrario a lo establecido en el artículo 70, inciso i), del cuerpo normativo citado. La Sala no puede avalar este tipo de acciones patronales, so pretexto de que la trabajadora debió presentarle el certificado médico al empleador, lo que no consta que hizo, pues, antes que esa omisión, debemos tomar en cuenta la mala fe con que actuó el patrono al no darle tiempo de demostrarle su dicho, todo en procura de dejarla en estado de desamparo, eludiendo la aplicación y el cumplimiento de las normas protectoras aludidas. No es leal ni honesto que, ante el anuncio de un estado de embarazo se disponga la destitución

de la servidora, pues en estos casos de previo a tomar esa determinación debió la demandada



solicitarle a la trabajadora el correspondiente certificado médico otorgándole un plazo razonable para que lo presentara.". De manera más reciente, en el voto N° 359 de las 10:50 horas del 8 de noviembre del año en curso, este Tribunal estableció: "La certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social, no tiene que ser aportada necesaria y obligatoriamente al comunicarse el estado de gravidez; pues de mantenerse la relación laboral, ese requisito meramente Ad probationem, bien puede cumplirse a posteriori, en un plazo prudencial que no debería ser mayor de quince días naturales, a partir de la comunicación; o bien, en caso de despido, ante las autoridades administrativa o judicial competentes. Se indica ese plazo, por ser el mismo que la Sala ha considerado que le debe otorgar el trabajador al patrono, antes de dar por roto, con responsabilidad patronal, el contrato de trabajo, para que éste enmiende el agravio a sus derechos laborales. Ese plazo se debe conceder en aras del principio de buena fe, en que se encuentra inmersa toda relación laboral, porque si la trabajadora embarazada hace del conocimiento de la representación patronal, su estado de gravidez, en forma verbal o escrita, y ésta procede a despedirla sin conceder un tiempo prudencial, para que pueda aportar alguno de los documentos enunciados, contravendrá las normas de equidad y de buena fe, que deben imperar en toda relación obrero-patronal. Es evidente que, de actuar la parte patronal de esa manera, lo haría en forma no solo ilegal sino dolosa, perjudicando a quien se encuentra amparada bajo el alero de una disposición que le es aplicable por su estado; pero que, por la simple razón de haber omitido la presentación de un documento, se le intenta negar su protección, dejándola al arbitrio de patronos inescrupulosos, que buscan cualquier medio para obviar el pago eventual de los subsidios por maternidad y período de lactancia. De manera que, si una trabajadora despedida, demuestra que su estado era evidente, o que no siéndolo, su patrono tuvo conocimiento del mismo, por algún otro medio, le debe ser aplicada la legislación de comentario; porque, cuando la separación se produce por voluntad patronal, con conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora que, sin incurrir en responsabilidad alguna, es despedida, la indemnización y el pago de los daños y perjuicios, surge como una sanción por violación flagrante del precepto que prohíbe el despido, en esa condición. De darse esa situación, no cabe la menor duda de que se le deberán liquidar todos esos derechos, que contempla el Código de Trabajo, referentes a la compensación salarial del lapso de descanso obligatorio, durante un mes anterior y tres posteriores al alumbramiento; así como los salarios dejados de percibir, hasta el octavo mes del embarazo; esto último por concepto de daños y perjuicios. Resolver de otra manera, sería consentir que los patronos saquen provecho de su propia falta, al permitirles despedir a trabajadoras embarazadas después de enterarse de su estado; violentando así, de frente, derechos laborales fundamentales e irrenunciables, con inobservancia de los artículos 17 y 19 del Código de Trabajo, así como de las normas que tienden a la protección social directa de la mujer e indirecta del niño; normas que, por su naturaleza, son de orden público y de acatamiento obligatorio para todos los patronos, por sus rangos constitucional y legal." IV.- En el mismo sentido y en lo que interesa, la Sala Constitucional, en su voto N° 6262-94, de las 9:18 horas del 25 de octubre de 1994, indicó: "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 período 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. (...) 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.". V.- De lo expuesto se desprende, entonces, que los reparos del recurrente sobre la omisión, de la actora, de presentarle, a su ex-patrona, la constancia o certificación médica de la Caja Costarricense de Seguro Social, relativa a su embarazo, no son atendibles, ni imposibilitan su derecho al disfrute de la protección especial prevista por la normativa de trabajo vigente. Tampoco es admisible la superficial diferencia que pretende hacerse, en el escrito de interposición, entre "despido" y "liquidación y cancelación de los extremos de ley", por cuanto éstos son los efectos jurídicos ineludibles de aquél, cuando, como en este caso, se operó un cese con responsabilidad patronal y no uno de naturaleza disciplinaria. En la especie estamos, sin duda, ante una resolución unilateral del contrato de trabajo de la señora C.V., por voluntad expresa y documentada de la Asociación empleadora (ver folio 7). Se trata, pues, de un típico acto de despido. Así las cosas, la demanda planteada es, en absoluto, procedente, tal y como acertadamente lo resolvieron los juzgadores de instancia. Nótese que, en esta vía, la accionante demostró no solo la realidad de su embarazo, con la prueba requerida, al efecto, por el numeral 94 de marras -véase la constancia de folio 12, emitida por el Doctor L.G.E.Ch., Médico Asistente de la Clínica de Juan Viñas, de la Caja Costarricense de Seguro Social-, sino también el hecho indubitable de haberle comunicado a su jefa inmediata, como era debido, su estado de gravidez, dos días antes de que fuera cesada. Es más, en el mismo momento le entregó un informe de laboratorio en donde aquel se hacía constar (documento de folio 11, acta de reconocimiento de folio 46 y declaración de J.C.R.Q. e I.M.C.A., visibles, por su orden, a folios 38-39 y 40-41). En todo caso, la Asociación demandada no ha negado, en ninguno de sus alegatos, su efectivo y previo conocimiento de esa condición de la actora. Así lo tuvo por demostrado el Tribunal recurrido, al prohijar el elenco de hechos probados de la sentencia de primera instancia, cuyo aparte tercero consigna: "Por acuerdo de la Junta Directiva de la Asociación demandada, asentado en el acta número cero diecinueve-noventa y cuatro, tomado el dos de Noviembre de mil novecientos noventa y dos, SE TOMO LA DECISION DE PRESCINDIR DE LOS SERVICIOS DE LA ACTORA CON RESPONSABILIDAD PATRONAL a pesar de que la Junta Directiva tenía conocimiento ese día de que ésta se encontraba en estado de embarazo con base en un dictamen médico...". Ese aserto se desprende, diáfano, de la prueba aportada al expediente, la cual fue muy bien analizada por los jueces de primera y segunda instancias. El contenido del artículo 3-4 del acta cero diecinueve-noventa y cuatro citada, que fue aportada como prueba de y por la accionada, no deja lugar a dudas: "El Sr E.S., considera que, aunque la Sra E.C. haya presentado un dictamen de Embarazo, el no está de acuerdo, en mantenerla más tiempo como empleada de ASECON, por otra parte la Adm. de ASECON secunda la moción del Sr S., argumentando que han habido situaciones de peso para apoyar el despido de dicha sra. El Sr. S. pide que se le despidan y pague la liquidación normal." (el subrayado no es del original, como sí lo son los errores ortográficos). En conclusión, es claro que, en el caso sub-examine, estamos en presencia de un despido injustificado, indebido y contrario a derecho, en perjuicio de una trabajadora en estado de gestación. De esa manera se transgredió, abiertamente, la prohibición contenida en el numeral 94 del Código de Trabajo y se dejó en un sorpresivo desamparo a la servidora y a su niño o niña por nacer, cuyos derechos merecen y cuentan con una especial tutela por parte del ordenamiento jurídico. Se impone, en consecuencia, confirmar el fallo recurrido, en cuanto obligó a pagar los subsidios de pre y post parto y los salarios dejados de percibir, desde el despido hasta el octavo mes del embarazo, a título de indemnización legal por daños y perjuicios."



**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 Carro Zúñiga C. (2007). Derecho Laboral Costarricense. Tomo II. Editorial Juricentro. 66-67.
- 2 Briones Briones, E. (2008, Enero-Febrero 22) Cuestiones prácticas de Derecho Laboral: incapacidades, licencias por maternidad y lactancia, permisos y otros beneficios, salarios, jornadas, preaviso, días feriados y pruebas de estado de salud o comportamiento. *Ivstitia*, 253-254, 38-39.
- 3 Barrantes Chaves S. (2003). Discriminación Laboral de la Mujer por razones de maternidad. Tesis de Grado para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 160-109.
- 4 MINISTERIO DE TRABAJO DE COSTA RICA.(n.d.) Trabajadora embarazada.[en línea] Consultado el 13 de febrero de 2007 en : <http://www.ministrabajo.go.cr/Macros/Embarazada/embarazada.htm>
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 6968 del dos de octubre de 1984. Convención Eliminación Todas Formas Discriminación Mujer. Versión de la norma: 2 de 2 del 03/02/2009, Datos de la Publicación: Colección de leyes y decretos: Año: 1985. Semestre: 1.Tomo: 1. Página: 3.
- 6 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 2 del veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y tres. Código de Trabajo. Fecha de vigencia desde 29/08/1943. Versión de la norma 21 de 21 del 25/07/2009. Datos de la Publicación número de Gaceta 192 del 29/08/1943.
- 7 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 281 de las nueve horas del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 177 de las ocho horas diez minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres.
- 9 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 424 de las diez horas del primero de agosto de dos mil uno.
- 10 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 47 de las nueve horas con cincuenta minutos del tres febrero de dos mil seis.
- 11 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.
- 12 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 28 de las doce horas diez minutos del siete de febrero de mil novecientos noventa y siete.