

Informe de Investigación

Título: Las Prohibiciones a los Patronos

Rama del Derecho: Derecho Laboral.	Descriptor: Derechos Laborales.
Palabras clave: Prohibiciones a los Patronos. Artículo 70 Código de Trabajo. Despido encubierto. Fuero Sindical. Relación laboral Estatutaria. Ius Variandi. Trabajadora embarazada.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 06 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Normativa	2
ARTICULO 70.-.....	2
3 Jurisprudencia.....	3
a)Despido encubierto: Análisis sobre concepto y distinción con renuncia	3
b)Despido injustificado: Consideraciones generales acerca de las jornadas laborales ordinarias y extraordinarias	7
c)Discriminación: Despido injustificado a trabajadora por motivos de salud	9
d)Fuero sindical: Análisis en relación al régimen de estabilidad laboral en caso de despido por reestructuración administrativa	14
e)Ius variandi: Cambio de horario no siempre constituye uso abusivo	21
f)Sindicato de trabajadores: Alcances de la protección de derechos sindicales y consideraciones acerca de la estabilidad laboral en el sector público y privado	23
g)Ausencia al trabajo: Análisis como causal de despido	25
h)Imposibilidad patronal de demostrar alegato de perjuicio efectivo a la empresa por abandono de labores por parte del trabajador	29
i)Relación laboral estatutaria: Modificación unilateral del salario por conversión de un contrato de servicios profesionales a una plaza dentro del régimen de servicio civil	34
j)Cambio de labores con reducción de jornada y salario: Responsabilidad patronal por ius variandi abusivo	40
k)Taxista que entrega por día suma fija de las ganancias al patrono.....	41
l)Despido injustificado: Trabajadora embarazada	43
m)Trabajadora embarazada o en período de lactancia: Requisitos necesarios para gozar de protección laboral	45



1 Resumen

Sobre **las prohibiciones a los patronos** y su jurisprudencia trata el presente informe. Se desarrolla por medio de normativa y jurisprudencia, citando el artículo 70 de nuestro Código de Trabajo, el cual contiene punto a punto los actos absolutamente prohibidos a los patronos. La jurisprudencia citada es sobre el mismo y trata variados temas como despidos y otras acciones prohibidas realizadas por los patronos.

2 Normativa

[Código de Trabajo]¹

ARTICULO 70.-

Queda absolutamente prohibido a los patronos:

- a. Inducir o exigir a sus trabajadores a que compren sus artículos de consumo a determinados establecimientos o personas;
- b. Exigir o aceptar dinero de los trabajadores como gratificación para que se les admita en el trabajo o por cualquier otra concesión o privilegio que se relacione con las condiciones de trabajo en general;
- c. Obligar a los trabajadores, cualquiera que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan, o influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas;
- d. Retener por su sola voluntad las herramientas u objetos del trabajador, sea a título de indemnización, garantía o de cualquier otro no traslativo de propiedad;
- e. Hacer colectas o suscripciones obligatorias en los establecimientos de trabajo;
- f. Portar armas en los lugares de trabajo, excepto en los casos especiales autorizados debidamente por la ley. La sanción en este caso será la que determina el artículo 154 del Código de Policía;
- g. Dirigir los trabajos en estado de embriaguez o bajo cualquier otra condición análoga;



h. Omitir, en tratándose de fincas rurales, el plazo de que habla el artículo 691, párrafo final, del Código de Procedimientos Civiles, en caso de desalojamiento por cesación del contrato de trabajo u otro motivo, e

i. Ejecutar cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley.

3 Jurisprudencia

a)Despido encubierto: Análisis sobre concepto y distinción con renuncia

[Sala Segunda]²

Voto de mayoría

“ III.- ACERCA DE LA FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR LA VOLUNTAD UNILATERAL DEL TRABAJADOR: Antes de entrar a examinar el caso en estudio, deben hacerse algunas consideraciones de orden teórico y jurisprudencial sobre la materia. No debe confundirse la renuncia al trabajo con el rompimiento o disolución justificada del contrato, por parte de la persona asalariada. Resulta fundamental distinguir entre las dos figuras, pues aunque ambas dependen de la voluntad del trabajador, las indemnizaciones que se derivan de cada modalidad varían. Así, cuando el empleado renuncia, no se hace acreedor del pago del preaviso y del auxilio de cesantía, mientras que, en caso de ruptura justificada del contrato, sí existe responsabilidad patronal (artículo 83 del Código de Trabajo). La renuncia es una típica manifestación de la autonomía de la voluntad, consciente y unilateral, que encuentra amparo en el artículo 28 del Código de Trabajo, mediante la cual la parte trabajadora extingue el vínculo jurídico que la une a su patrona, sin más obligación que la de otorgarle el preaviso o la de pagarle la indemnización sustitutiva. Por tratarse de un acto jurídico unilateral, no requiere del concurso de otro - aceptación- ni de la existencia de una causa justa para ser plenamente eficaz, y lo es desde el momento mismo en que se expresa y se comunica, salvo, claro está, que se haga depender de alguna condición o término. Aunque nada impide que pueda existir, también, una aceptación de la renuncia, es lo cierto que la negativa del empleador o de la empleadora a admitirla, no la deja sin efecto (consultar los votos n.ºs. 66 de las 9:20 horas del 27 de febrero y 120 de las 10:00 horas del 6 de mayo, ambos de 1998). La segunda figura, por su parte, también conocida como despido indirecto o autodespido, previsto, en lo fundamental, por el numeral 84, en concordancia con el 83 ibídem, consiste en *“la disolución del contrato de trabajo por iniciativa del trabajador, basándose en las que califica de justas causas para ello debidas al patrono o al empresario. Para Russomano, se está ante un acto del empresario por el cual se crean condiciones que imposibilitan la continuidad de la prestación de servicios. El patrono no declara la rescisión contractual, pero, al violar sus deberes legales y contractuales, coloca al trabajador, so pena de perjuicios morales y económicos, en el trance de no poder proseguir sus tareas en la empresa”* (CABANELLAS (Guillermo), Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, p. 778). Al respecto, la Sala ha resuelto: *“Sin duda, un acto de esa naturaleza constituye una modalidad de despido, es decir, un acto del empleador, que se manifiesta, en la realidad, como encubierto o velado. Por su medio, el patrono*

ubica al trabajador en una difícil posición: mantener su trabajo a costa de la vulneración de sus derechos o concretar, en la práctica, lo que aquél no ha tenido la deferencia de hacer. En estos casos, la resolución del contrato laboral no es, entonces, imputable al trabajador, aunque sea una acción suya la que le haya dado efectividad, sino que tiene su causa en la voluntad unilateral del empresario, exteriorizada irregularmente. Se trata, pues, de un típico cese patronal que es evidentemente contrario a la buena fe, que debe imperar siempre en toda relación jurídica y más aún en las laborales". (voto n° 141 de las 16:00 horas del 4 de julio de 1997).

Ahora bien, cuando la persona asalariada decide romper la relación con plena responsabilidad patronal, "necesariamente" debe comunicárselo así a su contraparte, indicándole, también, los hechos en que se fundamenta. De igual modo, considerando tanto la necesaria estabilidad del contrato de trabajo, su contenido ético y los principios de buena fe y de equidad, que resultan consustanciales a los vínculos jurídicos laborales o de servicio, como la envergadura de la máxima medida a la que puede recurrir la parte afectada por un despido encubierto, la jurisprudencia ha sido conteste en señalar que, por regla general, de previo a ejecutarla, es preciso procurar el agotamiento de las vías conciliatorias (ver, sobre el particular, los votos n°s. 88 de las 9:30 horas del 21 de abril de 1992; 21 de las 10:00 horas del 21 de enero, 31 de las 15:10 horas del 26 de enero, 284 de las 10:10 horas del 30 de setiembre, los tres de 1994; 80 de las 14:00 horas del 1° de marzo de 1995; 281 de las 9:00 horas del 14 de noviembre de 1997; 131 de las 14:50 horas del 27 de mayo y 318 de las 9:30 horas del 23 de diciembre, ambos de 1998; y 354 de las 10:10 horas del 12 de noviembre de 1999). En definitiva, la parte asalariada no puede recurrir a las vías de hecho y romper el contrato de trabajo, unilateralmente y con responsabilidad patronal, sin el indispensable y oportuno requerimiento a su contraparte. Además, a efecto de evitar que se incurra en abusos, con perjuicio directo para la parte empleadora, las causas que originan esa medida deben ser diáfnas y han de tener un adecuado sustento probatorio, recayendo la carga de la prueba en el trabajador (ver el voto n° 184 de las 14:10 horas del 14 de julio de 1999). En materia de carga probatoria, se ha señalado que, en el Derecho Procesal Laboral, normalmente, es el patrono demandado, sobre quien recae una mucho mayor responsabilidad -no toda-, en cuanto a la aportación de la prueba relacionada con las particularidades de la relación de trabajo; por cuanto, al ser la parte más fuerte de la contratación, tiene mayor facilidad de preconstituir, durante el transcurso de la relación, la tendente a demostrar los normales hechos aducidos, en un juicio de tal naturaleza laboral. Sin embargo, también está claro que, esa mayor responsabilidad del patrono está referida, precisamente, a los elementos normales de una contratación de ese tipo y, además, que ello no puede implicar, jurídica ni legítimamente, una liberación total, para el trabajador, de su propia e ineludible carga probatoria; pues, respecto de ciertos hechos, sobre él pesa, siempre y necesariamente, aquel determinado "onus probandi" (sobre este tema puede consultarse PASCO COSMÓPOLIS (Mario), Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial AELE, segunda edición, 1997).

IV.- EN CUANTO A LA FINALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL CASO CONCRETO: Según el recurrente, el tribunal se equivocó al apreciar la prueba que consta en el expediente, pues quedó acreditada la razón que le impidió seguir laborando, sea la falta de pago del aguinaldo, las vacaciones y las diferencias salariales; por lo que la ruptura debe tenerse como justificada. Sin embargo, la Sala estima correcta la valoración de la prueba efectuada por el órgano de alzada. Como se explicó en el considerando anterior, era al demandante a quien correspondía demostrar los hechos constitutivos de la justa causa de ruptura. Para ello, ofreció los testimonios de Adan Jiménez López, Gerardo Sánchez Rojas y Rafael Ángel Méndez Vargas. De estas declaraciones, sólo a la tercera hace referencia don Eladio, argumentando que el señor Méndez Vargas fue claro en externar que el actor le expresó al demandado la ruptura del contrato de



trabajo, así como los hechos en que se fundaba. Este testigo expuso: "*hace como unos 6 meses llegó don Eladio a buscarme para que yo le sirviera como testigo de una carta que Eladio le hizo a don Jaime, estuvimos hablando junto con don Otto y les dijimos que porque no llegaban a un arreglo, Eladio nos dijo que él había tratado de hablar pero que no habían llegado a un arreglo, y que Don Jaime no quería ningún arreglo, fuimos pero no hablamos del tema. La carta le (sic) hablaba a don Jaime de parte de Eladio, donde éste último el (sic) solicitaba que le cancelara las deudas salariales, y don Jaime tomó la carta, no firmó el recibido de ella, no leyó la carta delante de nosotros*" (folio 66). La declaración testimonial de don Rafael Ángel fue tomada el veintiséis de septiembre del dos mil cinco, es decir, que los hechos a los cuales se refirió, ocurrieron en el mes de marzo de ese año. De lo narrado por el testigo Méndez Vargas, queda claro que el actor en el mes de marzo de dos mil cinco, reclamó a su empleador el pago de las deudas salariales, pero éste no quiso llegar a ningún arreglo. No hay ninguna duda, don Eladio le entregó una carta al demandado reclamando sus derechos, pero éste no resolvió la situación. La fecha del reclamo (marzo de dos mil cinco), según lo narrado por el testigo, concuerda con la solicitud de comparencia laboral y la cédula de citación del Ministerio de Trabajo (folios 3 y 4), las cuales, si bien es cierto, no se conoce si fueron debidamente entregadas al demandado, son un indicio de que el trabajador se encontraba descontento con su situación laboral, y pueden analizarse como parte de la problemática existente entre las partes. En el hecho enumerado como once, el actor sostiene que en diversas ocasiones le solicitó a su empleador el pago de aguinaldo, diferencias salariales y las vacaciones atrasadas de todo el tiempo laborado. Señaló que acudió al Ministerio de Trabajo en defensa de sus derechos, lo que concuerda con lo anterior. Don Jaime, al contestar la demanda señaló que al accionante se le debía el aguinaldo de 2004 y fracción de 2005, negando deudas por vacaciones y diferencias salariales. Sin embargo, quedó demostrado que a don Eladio no se cancelaron las vacaciones ni los aguinaldos de toda la relación laboral, y el salario que percibía era menor al mínimo de ley; por eso, tales rubros han sido reconocidos en esta vía, sin que la parte demandada lo haya protestado en la instancia precedente. Mediante carta del 30 de abril de 2005, el accionado le informa al actor que deberá tomar 30 días de vacaciones con el fin de reponer **parte de los períodos de vacaciones de años anteriores que no había disfrutado** (ver folio 5). Según indicamos, por una cuestión de equilibrio, así como el empleador tiene la potestad de poner término a la relación laboral sin responsabilidad de su parte cuando el trabajador cometa alguna falta que, conforme a la ley, justifique su despido, el legislador previó también, dentro del Código de Trabajo, los supuestos en los que el trabajador puede poner fin a la relación laboral conservando los derechos que le corresponderían en la eventualidad de un despido injustificado. Sobre el particular, y en lo que interesa para la resolución del caso en examen, el numeral 83 inciso i) -en relación con el 70 inciso i)- establece como causa justa que faculta al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, el que el empleador ejecute cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley, violando así una de las prohibiciones contenidas en ese último canon; o bien, cuando la parte empleadora incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato (artículo 83 inciso j). Ahora bien, el trabajador debe prevenir la corrección de la falta a su contraparte antes de dar por rota la relación, indicándole los hechos y motivos en que basa su decisión. Quedó demostrado con la prueba documental y testimonial evacuada que don Eladio solicitó en varias ocasiones a su empleador el pago de deudas salariales, pero, éste no atendió los reclamos, lo que dio pie para que el trabajador rompiera con justa causa el contrato de trabajo, debiendo acogerse la demanda en cuanto a los extremos de preaviso y auxilio de cesantía y rechazar en cuanto a estos rubros la excepción de defensa de falta. El demandante laboró para el accionado del tres de diciembre de mil novecientos noventa y tres al treinta y uno de mayo de dos mil cinco, un total de 11 años, 5 meses y 28 días. El actor devengaba treinta mil colones por semana, devengando por este concepto un salario mensual de ciento veintinueve mil novecientos colones más el cincuenta por ciento de salario en especie reconocido en segunda instancia, para un total de ciento noventa y cuatro mil



ochocientos cincuenta colones de salario por mes. De conformidad con el artículo 28 del Código de Trabajo, por **preaviso** le corresponde un mes de salario, **¢194.850.00 colones**. La **cesantía** debe ser calculada en atención a la reforma introducida por la Ley de Protección al Trabajador al artículo 29 del Código de Trabajo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Transitorio IX. Así, se tiene que antes de que entrara en vigencia el sistema previsto en dicha ley, lo que ocurrió el 1° de marzo de 2001, el actor había laborado un total de siete años, tres meses, por lo que ha de otorgársele un mes de salario por cada año, es decir, ciento noventa y cuatro mil ochocientos cincuenta colones multiplicado por siete meses, la cantidad de ¢1.363.650,00. Por el período restante, de cuatro y tres meses (1550 días), que debe ser calculado con base en la norma reformada, aplicando el inciso f), le corresponde el salario de veintidós días por cada año. Si la remuneración promedio mensual se estableció en ¢194.850,00, el salario diario asciende a ¢7.494,23 y por ochenta y cuatro días deben concedérsele ¢629.515,32, para un total por cesantía de **¢1.993.465,32**.

V.- EN CUANTO A LA JORNADA EXTRAORDINARIA: La Constitución Política tiene un capítulo referido a los derechos y garantías sociales de los trabajadores, en el cual se reguló lo relacionado con las jornadas de trabajo. En el artículo 58 se estableció que la jornada ordinaria de trabajo diurno no podría exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Los límites de la nocturna se fijaron en seis horas diarias y treinta y seis semanales. Asimismo, se dispuso que el trabajo realizado fuera de esos límites, debe ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los salarios estipulados, salvo casos de excepción muy calificados. Las regulaciones contenidas en el Código de Trabajo sobre el tema, armonizan con lo dispuesto por el constituyente. En dicho cuerpo normativo se estableció que, salvo casos excepcionales y razonablemente justificados, la jornada ordinaria, sumada a la extraordinaria, no podría exceder de las doce horas diarias. Por otro lado, es importante destacar que en los trabajos peligrosos o insalubres no puede laborarse en tiempo extraordinario (artículo 141). Existen excepciones a los límites de la jornada ordinaria. Así, el artículo 136 dispone la posibilidad de fijar una jornada diurna de hasta diez horas; y, mixta hasta de ocho, siempre que el trabajo semanal no exceda de aquellas cuarenta y ocho horas máximas, cuando se trate de trabajos que no sean insalubres o peligrosos. Por su parte, el numeral 143 establece: *"Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media"*. A la luz del artículo 139, todo trabajo ejecutado fuera de la jornada ordinaria, constituye jornada extraordinaria, así: *"El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado. No se considerarán horas extraordinarias las que el trabajador ocupe en subsanar los errores imputables sólo a él, cometidos durante la jornada ordinaria."/ El trabajo que fuera de la jornada ordinaria y durante las horas diurnas que ejecuten voluntariamente los trabajadores en las explotaciones agrícolas o ganaderas, tampoco ameritará remuneración extraordinaria"*. En el caso concreto, el actor alega haber trabajado un determinado número de horas extra cuyo pago reclama, por lo que el litigio se circunscribe a establecer si le asiste derecho a esa pretensión. Para ello, según criterio reiterado, es al patrono a quien le incumbe la carga probatoria respecto de las regulaciones básicas o normales de la contratación, por ser la parte que durante la efectiva vigencia de la relación, tiene



mayores posibilidades de recabar las pruebas que demuestren las verdaderas condiciones de ejecución del contrato. Mientras que, cuestiones invocadas por el trabajador como excepcionales, tal es el caso del trabajo en jornada extraordinaria, es a éste a quien le corresponde acreditar su dicho en ese sentido. Claro está, que dicha regla se aplica únicamente cuando la jornada se invoca como excepcional dentro de la relación de trabajo -como lo es en el caso sometido a estudio- pero no cuando ha sido impuesta como la normal jornada que debe laborarse, supuesto este último en que la parte empleadora tendría la carga procesal de probar el hecho que le interesa.

VI.- La valoración de la prueba en esta materia se rige por lo dispuesto en el artículo 493 del Código de Trabajo, el cual dispone: "*Salvo disposición expresa en contrario de este Código, en la sentencia se apreciará la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas del Derecho Común; pero el Juez, al analizar la que hubiere recibido, está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier naturaleza en que funde su criterio*". Esa norma debe interpretarse a la luz de los parámetros de constitucionalidad contenidos en el voto de la Sala Constitucional número 4448 de las 9:00 horas, del 30 de agosto de 1996; quedando claro que las reglas del derecho común en la apreciación de las probanzas no son de obligado acatamiento para el juez laboral. Sin embargo, eso no significa que pueda resolverse el caso simplemente con base en su fuero interno, sin brindar ninguna explicación. En este supuesto, estaríamos en el campo de la arbitrariedad, con quebranto de principios fundamentales consagrados en la propia Constitución Política (artículos 39 y 41), como lo son el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. En la misma norma de comentario se obliga al juzgador a expresar los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza en que funde su criterio, dentro de los cuales, se ubican las reglas de la sana crítica, a saber, la lógica, la experiencia y la psicología."

b) Despedido injustificado: Consideraciones generales acerca de las jornadas laborales ordinarias y extraordinarias

Empleado de hotel despedido luego de visita de inspectora de trabajo

[Sala Segunda]³

Voto de mayoría

III.- La Constitución Política tiene un capítulo referido a los derechos y garantías sociales de los trabajadores, en el cual se reguló lo relacionado con las jornadas de trabajo. En el artículo 58 se estableció que la jornada ordinaria de trabajo diurno no podría exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Los límites de la nocturna se fijaron en seis horas diarias y treinta y seis semanales. Asimismo, se dispuso que el trabajo realizado fuera de esos límites, debe ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los salarios estipulados; salvo casos de excepción muy calificados. Las regulaciones contenidas en el Código de Trabajo sobre el tema, armonizan con lo dispuesto por el constituyente. En dicho cuerpo normativo se dio cuenta que, salvo casos excepcionales y razonablemente justificados, la jornada ordinaria, sumada a la extraordinaria, no podría exceder de las doce horas diarias. Por otro lado, es importante destacar que en los trabajos que, por su naturaleza, sean peligrosos o insalubres no puede laborarse en tiempo extraordinario (artículo 141). Existen excepciones a los límites de la jornada ordinaria. Así, el artículo 136 dispone la posibilidad de fijar una jornada diurna de hasta diez horas; y, mixta, hasta de ocho, siempre que



el trabajo semanal no exceda de aquellas cuarenta y ocho horas máximas, cuando se trate de trabajos que no sean insalubres o peligrosos. Por su parte, el numeral 143 establece: *“Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”*. A la luz del artículo 139, todo trabajo ejecutado fuera de la jornada ordinaria, constituye jornada extraordinaria, así: *“El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado. No se considerarán horas extraordinarias las que el trabajador ocupe en subsanar los errores imputables sólo a él, cometidos durante la jornada ordinaria. El trabajo que fuera de la jornada ordinaria y durante las horas diurnas que ejecuten voluntariamente los trabajadores en las explotaciones agrícolas o ganaderas, tampoco ameritará remuneración extraordinaria”*. Ha sido criterio reiterado de que es al patrono a quien le incumbe la carga probatoria respecto de las regulaciones básicas o normales de la contratación, por ser la parte que durante la efectiva vigencia de la relación, tiene mayores posibilidades de recabar las pruebas que demuestren las verdaderas condiciones de ejecución del contrato. Mientras que, cuestiones invocadas por el trabajador como excepcionales, tal es el caso del trabajo en jornada extraordinaria, es a éste a quien le corresponde acreditar su dicho en ese sentido. Claro está, que dicha regla se aplica únicamente cuando la jornada se invoca como excepcional dentro de la relación de trabajo, pero no como en el caso sometido a estudio, cuando el actor ha alegado que se le impuso como la normal jornada que debe laborarse, supuesto este último en que la demandada tendría la carga procesal de probar el hecho que le interesa.

IV.- Según se indicó, al trabarse la litis, el actor invocó haber laborado en jornada extraordinaria, durante toda su relación laboral, con un horario de siete de la mañana a siete de la noche. Ese hecho fue negado por la accionada, quien manifestó que el trabajo se desempeñó de las siete de la mañana a tres de la tarde y, por ende, no laboró horas extra. Al amparo de lo expuesto en el considerando precedente, la parte empleadora tiene la carga procesal de acreditar su dicho en ese sentido. Es cierto, como se indica en el recurso que en el expediente se evacuaron los testimonios de Marlon Ocampo Camacho (folio 92) y Carlos Enrique Ocampo Sánchez (folio 93), quienes afirmaron la tesis de la empleadora sobre el punto. No obstante, para la Sala, al igual que para los juzgadores de las instancias precedentes, esas declaraciones devienen insuficientes para tener por acreditada la jornada y el horario de trabajo indicados por la demandada. En primer término, debe tomarse en cuenta que, hasta en el propio recurso interpuesto ante esta Sala, se refieren a esas personas como representantes patronales, así: *“Pregunto entonces, la versión de los representantes patronales en ninguno de los casos sirve para el esclarecimiento de una situación laboral, será acaso que todo lo que se dijo de parte de los Señores Marlon y Carlos lo asume la juzgadora como una mentira”*. Lo anterior denota el grado de cercanía que ellos tenían con la demandada, lo cual se evidencia también por el hecho de que don Marlon con anterioridad fungiera como administrador del hotel y sea hermano de quien aparece en este proceso como representante de la sociedad. Además, llama la atención que en su declaración dijo no recordar si tiene representación en la empresa demandada. Por otro lado, don Carlos Enrique es el padre de Carlos Diego Ocampo al igual que de don Marlon, dijo haber laborado en todos los hoteles, incluido el

Hotel Ceos como gerente y también declaró no recordar si tiene representación o acciones en la sociedad accionada. No es razonable considerar que sus declaraciones sean suficientes para variar lo resuelto, precisamente, porque resulta evidente que su posición en juicio se confunde con los intereses de la parte patronal. Además, el testimonio de don Carlos Enrique en sí mismo es contradictorio. Mientras que por un lado el deponente afirmó cubrir personalmente el lapso entre las tres de la tarde y las siete de la noche (hora de entrada del otro recepcionista), por el otro, manifestó: *“A medida que me he envejecido me he ido retirando. No recuerdo desde hace cuanto fui dejando el hotel, en general como dije ya eran varios años que he dejado de salir”*. A mayor abundamiento, es importante tomar en consideración que la señora Mayra Chaves Ramírez, vecina del actor, afirmó haber pasado a recogerlo (sobre todo cuando llovía) entre seis o siete oportunidades, todas a las siete de la noche, lo que evidencia su hora normal de salida. El cuestionamiento que se le hace a ese testimonio, en el sentido de que esa persona no tenía conocimiento de si en la mañana se dirigía al centro de trabajo o a otro lugar, resulta a todas luces intrascendente, pues, al trabarse la litis, la hora de entrada al trabajo no fue un hecho controvertido. Por último, si bien es cierto la inspectora de trabajo Alba Ruiz Mora, a folios 89 y 90, no manifestó haber verificado que el señor Valerio Murillo trabajara en jornada extraordinaria, el punto también es irrelevante, dada la declaración de doña Mayra y tomando en cuenta que la demandada -se repite- tenía la carga procesal de acreditar el horario y jornada por ella referidos al trabarse la litis y no la cumplió. En ese sentido, la Sala echa de menos la aportación de otras probanzas, como por ejemplo, la declaración de compañeros de trabajo, que pudieran describir las condiciones de empleo en el hotel y, específicamente, los hechos que interesan con relación al demandante.

V.- Es importante tomar en consideración que conforme con lo dispuesto por los numerales 82 y 464 del Código de Trabajo, también a la parte demandada le correspondía acreditar las faltas sustento del despido. Mas, no lo hizo, pues, sobre el particular sólo declaró el señor Carlos Enrique Ocampo, cuyo testimonio, por las razones ya externadas, deviene insuficiente para, razonablemente, tener como justificado el rompimiento de la relación laboral. Además, no se puede sostener, sin lugar a dudas, la existencia de problemas entre las partes con anterioridad a la visita de la inspectora de trabajo, siendo evidente, que la relación se vio deteriorada con posterioridad a ella. Ante la ausencia de prueba en otro sentido, esa circunstancia debe apreciarse como una práctica patronal lamentable y reprochable, a la que se recurrió en detrimento de los derechos de los trabajadores y con quebranto de lo dispuesto en el numeral 12 y en el inciso d) del artículo 70, ambos del Código de Trabajo.”

c)Discriminación: Despido injustificado a trabajadora por motivos de salud

[Sala Segunda]⁴

Voto de mayoría

“IV.- A diferencia de lo previsto en el supuesto del despido liberalidad, en el cual el artículo 28 del *Código de Trabajo* le exige a la parte empleadora ejercer por escrito esa potestad resolutoria del contrato de trabajo por tiempo indefinido, tratándose del cese disciplinario no existe una norma jurídica expresa con un contenido similar. No obstante, es de esperar que, en atención al principio de buena fe (ordinales 19 *ibidem* y 21 del *Código Civil*), ese trascendental acto sea documentado



del mismo modo y se comunique personalmente a la contraparte. Dentro de esta tesitura, la Sala Constitucional ha puntualizado en forma reiterada que, con el fin de evitar el eventual abuso de la libertad de despedir y garantizar los derechos fundamentales de la persona asalariada al trabajo, a la igualdad y al debido proceso si tuviese que recurrir a los tribunales a reclamar sus derechos, es obligación del patrono o patrona entregarle la certificación a la que alude el numeral 35 del *Código de Trabajo*, tanto cuando la despide como cuando es otro el motivo por el cual deja de estar a su servicio, con absoluta independencia de si la solicita o no (voto n.º 2170-93, de las 10:12 horas, del 21 de mayo de 1993, reiterado, entre otros, en los n.ºs 6585, de las 15:24 horas, del 26 de julio de 2000; 14363, de las 10:02 horas, del 17 de diciembre de 2004; 2724, de las 18:55 horas, del 28 de febrero y 12606, de las 17:18 horas, del 30 de agosto, ambos de 2006). En el voto n.º 2003- 4101, de las 10:30 horas, del 16 de mayo de 2003, esa Sala puntualizó lo siguiente: *“La importancia de la obligación patronal de certificación tiene relación con los principios de igualdad y del debido proceso pues la desigualdad material de patronos y trabajadores ha de encontrar y encuentra en el derecho de la Constitución -y aún en la legislación ordinaria- compensaciones jurídicas: la obligación de certificar la causal del retiro o de la cesación del contrato -incluso cuando expresamente no lo reclame el trabajador- es una de ellas, como lo son las social y doctrinariamente pacíficas normas atinentes a la nulidad absoluta de las renunciaciones a las disposiciones del código, el “in dubio pro operario”, la presunción de existencia del contrato individual de trabajo, el privilegio especialísimo de que gozan en caso de quiebras y otros supuestos los créditos a título de preaviso y cesantía, la absoluta prohibición de obligar a los trabajadores por cualquier medio a “retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezca”... (Código de Trabajo, respectivamente, artículos 11, 17, 18, 33, 70 inciso c). La libertad e igualdad jurídicas, consustanciales a las personas, requieren para su traducción real de normas procesales y sustanciales como las referidas para reducir la desigualdad material, como se infiere del artículo 50 constitucional. Este, eje del Estado Social de Derecho inaugurado en los años cuarenta, introduce al título de las garantías sociales con una aspiración a la libertad e igualdad reales. El artículo 74 cierra el mismo título invocando el “principio cristiano de justicia social” y el equilibrio entre los factores de la producción, lo cual hace de la justicia social un valor constitucional de primer orden”*. Sin embargo, ni de las normas citadas ni de los pronunciamientos de la Sala Constitucional -vinculantes erga omnes, de conformidad con el artículo 13 de la *Ley de la Jurisdicción Constitucional*- puede desprenderse que la falta de expedición del certificado o su debida notificación conviertan en nulo el acto de desvinculación patronal. De ahí que, precisamente para resguardar los derechos de las personas trabajadoras, esta Sala haya admitido el despido tácito en casos en que la parte empleadora las excluyó de planillas y dejó de posibilitarle el cobro del subsidio por su incapacidad a la Caja Costarricense de Seguro Social o de pagarle el salario (ver los votos n.ºs 2000-505, de las 14:20 horas, del 19 de mayo de 2000 y 2007-256, de las 9:35 horas, del 25 de abril de 2007).

V.- Es cierto que la empresa accionada documentó su decisión de cesar a la actora sin responsabilidad patronal atribuyéndole no haber justificado sus ausencias del 21, 22 y 23 de octubre de 2003. En apariencia, lo hizo el 3 de noviembre siguiente, fecha de la carta de despido aportada, visible a folio 39. Pero también es verdad que nunca le entregó esa comunicación o, cuando menos, no se ocupó de acreditar que lo hizo, conforme le correspondía. El hecho de haber insertado en ella las firmas de dos testigos de actuación y un sello de recibido del Departamento de Trámites de Personal no desvirtúa ese aserto, pues no se hizo constar que esas actuaciones obedecieran a la negativa de doña Patricia Margarita a recibirla. Y aun cuando, como ya se mencionó, cabía esperar una notificación formal por parte de la empleadora, el no haber actuado así no excluye que la demandante se haya dado por enterada de su despido ni lo torna inexistente, pues, como lo indicamos en el voto n.º 174, de las 10 horas, del 29 de julio de 1992 y conviene



reiterar ahora, “(...) la ausencia de la comunicación del despido por escrito (...), no imposibilita a la parte patronal para aplicar la medida disciplinaria. El Código de Trabajo, únicamente hace referencia en su artículo 35 a una solicitud del trabajador, para que se le extienda un certificado que indica datos generales como la fecha de inicio y de término de la relación laboral, la clase de trabajo, así como el motivo de retiro (...). La falta de entrega del mismo (sic), por parte del patrono, en modo alguno puede condicionar la validez (...) del despido (...). Si bien es cierto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, son uniformes en reconocer la importancia de la misma (sic), en algunos casos, de acuerdo con las peculiaridades que se presenten, no siempre es posible contar con el documento, debiendo dilucidarse la procedencia del mismo (sic), en la vía que corresponda”. En consecuencia, para efectos de contabilizar el plazo de prescripción de la potestad disciplinaria, el momento a partir del cual la señora García Muñoz tuvo noticia cierta del cese. En su escrito inicial, ella afirmó lo siguiente: “(...) laboré para la demandada desde el 04 de febrero del (sic) 2003 hasta el 22 de noviembre del (sic) 2003. (...) El día 22 de noviembre del (sic) 2003, como la suscrita se encontraba incapacitada, envié a mi hijo a la empresa (...) para que le autorizaran el cobro de mis incapacidades n° 0111906 I y 846147 F, con la finalidad de presentarlas al cobro en la CCSS. No obstante lo anterior, en el Departamento de Recursos Humanos de dicha Empresa no le quisieron recibir dichos documentos a mi hijo, y más bien le dieron a él, una liquidación de mis derechos laborales indicándole que la suscrita se encontraba despedida desde el 03 de noviembre del (sic) 2003 por abandono de trabajo”. (Hechos primero y quinto, a folios 1 y 2-3). El folio 20 del expediente lo ocupa la copia de la referida liquidación de derechos laborales, aportada por ella misma y fechada 22 de noviembre de 2003. Así las cosas, aunque el acto de desvinculación patronal no le haya sido comunicado personalmente, es inquestionable que en esa data se dio por enterada de su existencia y, para todos los efectos, ese conocimiento suyo sustituye a la notificación que echa de menos (ver, en similar sentido, el voto n.º 2002-393, de las 10:50 horas, del 7 de agosto de 2002). Y como para ese momento no había transcurrido el mes previsto en el numeral 603 del *Código de Trabajo*, contado desde la fecha de comisión de la falta imputada -23 de octubre de 2003- la potestad disciplinaria se debe tener por ejercida de manera oportuna, como bien lo resolvió el tribunal de alzada.

[...]

XIII.- La empresa accionada ha insistido en que el pago de las boletas de incapacidad correspondientes a los periodos comprendidos entre el 20 y 24 de octubre; 25 de octubre y 5 de noviembre y 6 y 15 de noviembre, todas esas fechas de 2003, se produjo porque “(...) la actora aún estaba cubierta por el seguro pagado en la última planilla de la empresa, antes de ser excluida de la misma (sic), no porque el pago de dicha incapacidad haya sido autorizado por la empresa”. (Escrito de contestación de la demanda, a folio 32). Para la Sala, ese alegato es inadmisibles pues es requisito para cobrar el subsidio que la parte patronal declare a la persona incapacitada como su trabajadora. Así lo explicó el doctor José Martín Rojas Castro, director médico de la Clínica de Barva, en su declaración: “El trámite que debe seguir una incapacidad extendida en una clínica como la que yo trabajo es que al paciente se le dan dos comprobantes, uno es para el mismo paciente y otro es para que lo firme el patrono y realice el trámite de pago en la sucursal correspondiente”. (Folios 69-70). Es más, el *Reglamento del seguro de salud*, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en la sesión n.º 7082, celebrada el 3 de diciembre de 1996 (artículo 19) y publicado en La Gaceta n.º 25, del 5 de febrero de 1997, prevé un trámite ante la negativa patronal a completar las boletas de incapacidad. Su artículo 54 establece lo siguiente: “Si el patrono se niega a llenar y entregar al trabajador la constancia para el cobro de subsidio, la fórmula será llenada por los inspectores de leyes y reglamentos de la Caja, con fundamento en los procedimientos que se estimen necesarios”. Por otro lado, Kathleen Tatiana



Chavarría Rojas, empleada de recursos humanos, expresó que *“El caso de ella es particular y es difícil de olvidar, el hijo de ella llegó a dejar la (sic) incapacidades a la oficina, lo es que es normal, se revisa en el sistema de planillas y estaba reportada con un abandono de trabajo, por lo cual no se le recibe las incapacidades al muchacho y se le dice que el Departamento de Ventas hizo la notificación de la salida de ella”*. (Folio 67). Sin duda, esa parte del relato está referida a la visita del 22 de noviembre, no a las anteriores y de ella se desprende que las autorizaciones en cuestión se dieron porque para cuando las tres boletas fueron presentadas aún no constaba en el sistema el acto de despido. En consecuencia, no solo debe tenerse como cierto el otorgamiento de las autorizaciones correspondientes, sino también el carácter sorpresivo y de mala fe de la ruptura pues las boletas de incapacidad sí habían sido recibidas y tramitadas. Es más, ese hecho torna sospechosa esa decisión, conforme se explica de seguido.

XIV.- La resolución del contrato de trabajo por voluntad de la parte patronal puede ser justificada, cuando es el resultado del ejercicio legítimo de la potestad disciplinaria dado el incumplimiento, imputable a la persona trabajadora, de sus obligaciones contractuales (despido-sanción) -ver, al respecto, los numerales 19, 71, 72 y 81 del Código de Trabajo-, o bien, puede ser injustificado, cuando es la consecuencia, directa o encubierta, de la libertad de despedir, de la que, en principio, es titular toda parte empleadora (despido-liberalidad) -artículos 28, 31 y 80 del Código de Trabajo-. Esas dos modalidades se diferencian, en el plano sustancial, por el efecto necesariamente indemnizatorio del segundo que, por regla general, no lo tiene el primero. Suele suceder, sin embargo, que el despido-liberalidad esté vedado porque se esté en presencia de una protección jurídica especial en favor del asalariado o de la asalariada en atención de una particular condición suya, como es el caso, entre otras, de las personas embarazadas, de las hostigadas sexualmente y de las representantes sindicales (ver, en igual sentido, el voto n.º 235-98, de las 9:45 horas, del 18 de setiembre de 1998). Tratándose de quien se encuentra obligada a guardar reposo por razones de salud, los numerales 79 y 80 del *Código de Trabajo* prohíben su cese injustificado, cuando menos durante los primeros tres meses (ver el voto n.º 198, de las 15:10 horas, del 13 de diciembre de 1989, reiterado en los n.ºs 49, de las 11:20 horas, del 13 de febrero de 1998; 2002-150, de las 14:40 horas, del 9 de abril de 2002; 2002-150, de las 14:40 horas, del 9 de abril de 2002 y 2005-326, de las 9:10 horas, del 11 de mayo de 2005). Ello es así porque la incapacidad por enfermedad es una causal de suspensión de la relación laboral. Al tenor de lo previsto en el primero de esos artículos, en ese supuesto es obligación de la parte patronal concederle licencia a la persona trabajadora para que pueda estar protegida por las normas de seguridad social mientras se logra restablecer totalmente (votos n.ºs 2000- 945, de las 10:20 horas, del 13 de noviembre de 2000 y 2003-516, de las 9:30 horas, del 1º de octubre de 2003). Es cierto que el último ordinal referido, el 80, está impugnado ante la Sala Constitucional (expediente n.º 08-008837-0007-CO) y que esa acción fue admitida desde el pasado 25 de junio de 2008. Sin embargo, ha de quedar claro que el cuestionamiento no abarca la prohibición ahí establecida, sino el plazo durante el cual rige.

XV .- Ahora bien, si se atiende a la letra y al espíritu de esas disposiciones resulta evidente que la protección especial dada a las personas trabajadoras que coyunturalmente sufren un quebranto en su estado de salud que les impide trabajar queda vacía de contenido si pudieran ser despedidas por decisión patronal, sin que mediara causa legal objetiva que lo justificase. Desde esa perspectiva y en vista del interés social comprometido, el pago de las denominadas prestaciones sociales es insuficiente para garantizar el cumplimiento de la prohibición referida, pues un patrono o una patrona inescrupulosa podría endilgarle ilegítimamente la comisión de una falta a sus obligaciones y, de ese modo, burlar la prohibición. De ahí que la utilización de cualquier medio tendiente a menoscabar la estabilidad relativa de quien se encuentra incapacitado para laborar y, en especial, el despido, debe considerarse contraria a derecho. Como ha señalado la Sala



Constitucional, *“La Sala reconoce el derecho de los patronos de reorganizar su empresa y de reducir gastos, tendientes a estabilizar su economía, pues no aceptarlo sería violentar el derecho constitucional a la libertad de comercio, pero en un Estado Social de derecho como el vigente en Costa Rica, no pueden vulnerarse impunemente las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos”*. (Voto n.º 5000-93, de las 10:09 horas, del 8 de octubre de 1993). En el voto n.º 2007-17971, de las 14:51 horas, del 12 de diciembre de 2007, emitido a propósito de una acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 9 y 10 del *Reglamento para otorgamiento de incapacidades y licencias a beneficiarios del Seguro de salud*, ese mismo órgano jurisdiccional estableció: *“La necesidad de un trabajador a (sic) incapacitarse, certificado así responsablemente por un médico, es un asunto que no puede ser valorado únicamente en términos económicos, pues dicha condición refleja precisamente la existencia de un estado vulnerable en la salud de la persona y frente a esto, el Estado tiene el deber de tutelarle, garantizarle la atención requerida y de conformidad con los derechos laborales además, garantizar su reestablecimiento en condiciones dignas y justas. Lo anterior valorado a la luz del derecho fundamental al trabajo y al de salud, sin atender a un plazo, sino a las condiciones médicas establecidas, con las responsabilidades de lo recomendado por dicho profesional. Esto por cuanto, como se indicó, existen supuestos en los cuales no se califica para optar por una pensión por invalidez, quedando como opciones para el patrono el término del contrato laboral con responsabilidad laboral o, para el trabajador, regresar al trabajo en condiciones precarias de salud. Situación, que como se advierte, resulta no solo inconstitucional, sino también contraria a los derechos humanos”*. Y, en uno más reciente, el n.º 2008-1573, de las 14:55 horas, del 30 de enero de 2008, expresó: *“Importa también recordar que la jurisprudencia constitucional ha vedado, aún en el campo de las relaciones laborales entre sujetos de derecho privado, que la enfermedad se convierta en un factor de discriminación en contra del empleado, que le haga derivar consecuencias perjudiciales a su situación (sentencias # 2005-13205 de las 15:13 horas del 27 de septiembre del 2005 y #2007-3168 de las 10:30 horas del 9 de marzo de 2007). En síntesis, el despido –aún mediando el pago de prestaciones completas– no es una solución que derive ni comulgue con los principios de justicia social ni de solidaridad”*.

XVI.- Para la Sala, más que un quebranto accidental de la prohibición referida por un error de aplicación de la normativa vigente, la decisión patronal de despedir a la señora García Muñoz es un acto claro y concientemente dirigido a desconocerla y dejar sin efecto la especial protección de la que ella era titular por su situación de salud. Las circunstancias en que se dio permiten inferir, sin duda, ese ilegítimo móvil. Desde esta perspectiva, se está ante un típico acto de discriminación por razones de salud y, como ha resuelto la Sala Constitucional, *“(…) el Principio del Estado Social de Derecho, el derecho a no sufrir trato discriminatorio por cualesquiera causas y el respeto a la dignidad humana son elementos esenciales de nuestro orden constitucional que coexisten pacíficamente, cuya salvaguardia le corresponde no solo al Estado, sino también a todos los integrantes de la comunidad. En tal sentido, toda clase de discriminación, sin importar que provenga de la Administración o de un particular, resulta violatoria del orden constitucional. En el caso concreto de la discriminación laboral por enfermedad, por una parte, el inciso b) del primer artículo del Convenio 111 admite la posibilidad de especificar, a través de cierta vía, cualquier tipo de discriminación que anule o altere la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación y, por otra parte, tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos proscriben de manera expresa cualquier tipo de trato discriminatorio, tesis que, de igual forma, profesa nuestro régimen constitucional al amparo de lo regulado en el numeral 33 de la Ley Fundamental. Por lo demás, el despido discriminatorio de que fue víctima (...), afecta colateralmente los derechos constitucionales al trabajo y a la salud. En cuanto al primero, es evidente que todo despido por discriminación irremediablemente implica una lesión al mismo (sic) y, en general, al deber de solidaridad inherente al Estado Social de Derecho y*



al principio cristiano de justicia social (artículo 74 de la Constitución Política). Además, dada la edad del amparado y el motivo real de su despido, su enfermedad, éste (sic) queda postrado en una situación particularmente perjudicial tanto para su salud como para su dignidad como ser humano, pues cuenta con menos posibilidades de encontrar otra opción laboral y, consiguientemente, de obtener los recursos necesarios para atender su problema de salud y obligaciones familiares, aparte de que en la práctica, lamentablemente, a una persona de cierta edad, despedida abruptamente y afectada por una enfermedad tan severa (...), se le dificulta enormemente la obtención de un empleo digno, habida cuenta de los problemas operativos y de costo que podría depararle a un nuevo empleador el tener que encontrar sustituto para eventuales incapacidades por internamiento hospitalario o algún tipo de tratamiento médico". (Voto n.º 2005-13205, de las 15:13 horas, del 27 de septiembre del 2005; reiterado en el n.º 2007-3168, de las 10:30 horas, del 9 de marzo de 2007). En todo caso, como hemos señalado antes, "(...) además del necesario cumplimiento, acorde con los cánones de la buena fe, es claro que el ejercicio de un derecho, no es libre e irrestricto. Uno de esos límites lo constituye, precisamente, el respeto al derecho ajeno. Por eso, cuando con el ejercicio de un derecho estimado como propio, se transgrede el de un tercero, se incurre en uso abusivo o antisocial del mismo (sic). De forma expresa, el numeral 22 del Código Civil, aplicable en esta materia como normativa supletoria, en forma expresa deniega el amparo a quien abusa del derecho, realiza un ejercicio antisocial del mismo (sic), o bien, que en una relación contractual, sobrepasa los límites normales en su ejercicio. En todos esos casos, se reconoce la obligación que tiene de indemnizar, quien ha abusado de su derecho, en franco deterioro del derecho ajeno (ver, en este sentido, las sentencias de esta Sala No. 141- 97, de las 16:00 horas, del 4 de julio de 1997; y, la No. 229-99, de las 9:10 horas, de 13 de agosto de 1999). Lo importante es, entonces, determinar las reglas vigentes en cada caso, para poder fijar el límite de la indemnización". (Voto n.º 2001-200, de las 9:50 horas, del 4 de abril de 2001)."

d)Fuero sindical: Análisis en relación al régimen de estabilidad laboral en caso de despido por reestructuración administrativa

[Sala Segunda]⁵

Voto de mayoría

"VI.- DE LA INDEMNIZACIÓN CONCEDIDA A LOS INTEGRANTES DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL SINDICATO: En la demanda se afirmó que el 1º de setiembre de 2000, el INS rompió unilateralmente el vínculo laboral que mantenía con los agentes de seguros aduciendo una reestructuración administrativa, cuando el verdadero motivo de ello fue disminuir las cargas sociales, ya que la mentada reorganización quedó en el papel, pues el INS siguió suministrando el trabajo a los agentes en las mismas condiciones que antes. Igualmente, en ese libelo inicial se arguyó que, en el contexto de esa terminación unilateral de los contratos de trabajo, la Junta Directiva en pleno de ANDAS también fue destituida, como parte de una política del INS encaminada a eliminar la organización gremial, violentándose de ese modo el fuero sindical, concretamente el numeral 367, inciso b), del Código de Trabajo, que concede estabilidad laboral a los dirigentes sindicales mientras ejerzan sus cargos y hasta seis meses después del vencimiento del periodo para el que fueron electos. En ese orden de ideas, se indicó que, con base en los artículos 368 del Código de Trabajo y 138 de la convención colectiva INS-ANDAS, debía declararse



la nulidad e ineficacia del despido del directorio gremial, por haber quedado acéfalo el sindicato en virtud de un cese sin justa causa, debiendo procederse a la reinstalación con el pago de los salarios caídos. En síntesis, se pidió: *“Que con fundamento en el denominado “Fuero Sindical” que ordena la Ley 7360, se declare nulo e ineficaz el despido de los dirigentes gremiales de ANDAS y en consecuencia el Instituto deberá reinstalar o cancelarles a todos los miembros de la Junta Directiva (...) que cubre esa normativa y el artículo 138 de la Convención Colectiva vigente de ANDAS, lo establecido en el artículo 367 inciso b) de la supracitada ley, por el plazo que les restaba en el cargo de dirigentes sindicales, sea del 1° de setiembre del 2000 al 31 de abril del 2001, más los seis meses posteriores al vencimiento de sus respectivos períodos, sea un total de trece meses adicionales de cesantía”*. Como prueba, a folio 90 del tomo II se aportó una certificación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social acerca de la integración de la junta directiva de ANDAS durante el periodo que corrió del 26 de abril de 2000 al 30 de abril de 2001: Carlos Ubico Muñoz (presidente), Alcides Granados Jiménez (vicepresidente), Hugo Quesada Monge (secretario), José Anglada Rodríguez (tesorero), Laura Fernández Dengo (vocal 1), Rafael Soto Solano (vocal 2), Randall Contreras Montes de Oca (vocal 3), Marco A. Campos Solís (primer suplente), Miguel Campos Castillo (segundo suplente), Alcides Chinchilla Vega (tercer suplente), Luis Bonilla Benavides (prosecretario) y Joaquín Calivá Corella (fiscal) -todos ellos actores en este proceso-. En la contestación de la demanda se sostuvo que, en función de sus necesidades y buscando un mayor dinamismo, el INS implementó una reorganización en su fuerza de ventas, de modo que los servicios de comercialización de seguros fueron contratados a través de agencias comercializadoras (personas jurídicas) y, en algunos casos, mediante contratos administrativos con personas físicas. En esa línea de pensamiento, se manifestó que no procedía ninguna indemnización para los dirigentes sindicales, dado que su destitución fue parte de una medida general que afectó a todos los agentes de seguros, sin que mediara ningún motivo de persecución en razón de su investidura. En el expediente está la carta de despido que se les cursó a los agentes de seguros con motivo de la reestructuración: *“Mediante Acuerdo I, Sesión 8375 del 7 de agosto del 2000, nuestra Junta Directiva autorizó el proceso de reorganización de la Fuerza de Ventas del Instituto y la implementación de un nuevo modelo comercializador de seguros denominado “agente independiente”. Con motivo de dicha reorganización, la Junta Directiva autorizó el pago de una indemnización a los agentes de seguros con cargo a planilla, considerando el total de años laborados y el promedio salarial de los últimos seis meses. En virtud de lo anterior, le informamos que a partir del próximo 01 de setiembre del 2000 se concluye la relación laboral con el Instituto, mediante el pago de la indemnización correspondiente (...)”* (prueba n° 10, tomo II). Además, hay una nota que el Presidente Ejecutivo del INS mandó a Radio Columbia el 25 de agosto de 2000, exponiendo algunos detalles sobre la reestructuración desarrollada en dicha entidad: *“Es así como en 1996 se procedió con la primera etapa del proceso de reorganización, que fue la creación de las agencias comercializadoras de seguros. En esta etapa algunos agentes que lo quisieron, instalaron su comercializadora y también se les dio oportunidad a las empresas privadas y bancarias para que participaran en la venta de seguros. La segunda etapa, que culmina con el proceso de reorganización, es la que iniciaremos el 30 de agosto del presente año, al pasar a una nueva figura de agente de seguros con carácter independiente, no sujeto al derecho laboral y que lo ubica como un agente comisionista, regulado por el derecho mercantil (...). Le repito que la intención de la reorganización es mejorar el servicio al cliente (...) para dar mayor penetración y cobertura de mercados y sobre todo, un mejor direccionamiento de las ventas como estrategia comercial, aspectos que conllevan a un mayor incremento en las ventas (...)”* (folios 41-43, tomo III). Los actores, en su memorial de folio 385, alegan que dicha reestructuración fue ilegal por no contar con el aval del MIDEPLAN, argumento que resulta inatendible dado que se ventila por primera vez hasta estas alturas de casación, es decir, nunca se discutió a lo largo del proceso. En ese mismo escrito, los demandantes sostienen que la supuesta reestructuración en realidad no fue tal porque, en la práctica, los agentes continuaron prestando sus servicios en iguales condiciones

que antes, para demostrar lo cual adjuntan a folio 424 un informe de inspección elaborado por la C.C.S.S. Este planteamiento, a diferencia del anterior, no es novedoso, pues fue hecho desde la demanda. No obstante, en ese libelo inicial los accionantes no adujeron que la “falsa” reestructuración fuera para disfrazar el despido de los dirigentes sindicales, sino que lo que dijeron fue que el móvil oculto de esa medida era evadir las cargas sociales, lo que resulta muy distinto a una finalidad discriminatoria por motivos antisindicales. Una vez aclarado lo anterior, cabe señalar que los actores fundan su reclamo en dos normas, a saber, los artículos 138 de la convención colectiva INS-ANDAS y 368 del Código de Trabajo, por lo que debe examinarse si, a la luz de tales preceptos, los demandantes tienen derecho a la protección exigida. El ordinal 138 del referido instrumento colectivo rezaba: *“A los miembros de la Junta Directiva de ANDAS que se remuevan sin causa justificada durante el tiempo que desempeñan sus cargos y 2 años después de haber cesado en sus funciones, se les deberá pagar, además de todas las prestaciones e indemnizaciones que les correspondan por ley, 6 meses del promedio de comisiones de los últimos 6 meses como indemnización adicional. Esta disposición ampara a todos los miembros propietarios y suplentes de la Junta Directiva. En el evento de que el director renuncie a su cargo o sea destituido por sanción disciplinaria, no es aplicable la presente norma. Lo mismo ocurrirá si el despido se debe a fuerza mayor o caso fortuito”*. Con independencia de la vigencia o no de esa norma, se desprende que no brinda la protección reclamada, ya que excluye del beneficio en ella contemplado al dirigente que renuncie, sea despedido por falta grave o cuando el cese obedezca a caso fortuito o fuerza mayor, siendo indudablemente la reestructuración administrativa una hipótesis de fuerza mayor. En cuanto a las disposiciones del Código de Trabajo invocadas como sustento de la demanda, estas estatuyen, en lo de interés: *“Artículo 367: Sin perjuicio de disposiciones más favorables, establecidas en virtud de convenciones colectivas de trabajo, las personas que se enumeran a continuación gozarán de estabilidad laboral, para garantizar la defensa del interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales como mínimo y por los plazos que se indican: (...) b) Un dirigente por los primeros veinte trabajadores sindicalizados en la respectiva empresa y uno por cada veinticinco trabajadores sindicalizados adicionales, hasta un máximo de cuatro. Esta protección se brindará mientras ejerzan sus cargos y hasta seis meses después del vencimiento de sus respectivos períodos”; y “Artículo 368: Al despido sin justa causa de un trabajador amparado en virtud de la protección que establece la presente Ley, no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 28 de este Código. El juez laboral competente declarará nulo e ineficaz ese despido y, consecuentemente, ordenará la reinstalación del trabajador y el pago de los salarios caídos, además de las sanciones que corresponda imponer al empleador, de acuerdo con este Código y sus leyes supletorias y conexas. Si el trabajador manifiesta expresamente su deseo de no ser reinstalado, se le deberá reconocer, además de los derechos laborales correspondientes a un despido sin justa causa, una indemnización equivalente a los salarios que le hubiesen correspondido durante el plazo de la protección no disfrutada, de conformidad con el artículo anterior”*. Estos preceptos tampoco tutelan a los accionantes porque, en el caso concreto, no existió persecución sindical, que es lo que busca sancionar la norma. Para una mayor claridad, conviene citar -aunque extenso- el voto n°. 42-98 de esta Sala: *“ IV.- ACERCA DE LA LIBERTAD SINDICAL: La libertad sindical puede considerarse desde distintas perspectivas. Por un lado, concierne al individuo (aspecto individual) y consiste en la libertad de constituir sindicatos o de afiliarse o no a ellos, o retirarse de los que pertenezcan y por el otro se refiere a estas mismas asociaciones, su organización, administración y funcionamiento, así como al ejercicio de la libertad sindical de segundo grado (autonomía sindical o colectiva) (KROTOSCHIN, Ernesto. “TRATADO PRACTICO DE DERECHO DEL TRABAJO”. Ediciones Depalma. 1987, Buenos Aires, Argentina. Pág. 25). Siendo la libertad de sindicalización un derecho subjetivo, no bastará con que un ordenamiento jurídico permita la sindicalización o no, sino que es necesario protegerla contra los que la irrespetan, es decir, asegurar su efectividad. Por ende, los sindicatos deben gozar de protección adecuada contra todo acto de injerencia por parte de un empresario u organización de empresarios*



en su formación (SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. "DERECHO SINDICAL". Libros Tirant lo blanch, Valencia, España, 1996). V.- Esta protección usualmente es conocida como "fuero sindical", o sea el "conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical, que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical" (ERMIDA URIARTE, Oscar. "LA PROTECCION CONTRA LOS ACTOS ANTISINDICALES". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1985, pág. 9). En un principio, el concepto de "fuero sindical", estuvo dirigido a la protección del dirigente sindical contra el despido, sin embargo, la tendencia, legislativa como doctrinaria, ha sido la de extenderlo en el ámbito subjetivo y como en el objetivo: protegiendo a todo trabajador sindicalizado o que simplemente desarrolla alguna acción sindical o colectiva y, consiguiendo que la protección contra el despido alcanzara a todo acto perjudicial (vid. ERMIDA URIARTE, Oscar. "LA PROTECCION CONTRA LOS ACTOS ANTISINDICALES"). No obstante, conforme se analizó líneas atrás, la noción de tutela sindical en su concepción amplia, "llega a incluir no solamente la protección de todo trabajador contra todo acto que lo perjudique en o por su actividad sindical, sino que tiende a incluir también aquellas prerrogativas o facilidades que se conceden a dirigentes o representantes sindicales o, eventualmente, a los trabajadores en general para facilitar, promover o favorecer la actividad gremial..." (JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. "LA LIBERTAD SINDICAL: Bases para una legislación sobre sindicatos protección internacional de la libertad sindical". Fundación de Cultura Universitaria. Uruguay, 1980). VI.- LA TUTELA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA LIBERTAD SINDICAL: El reconocimiento de la libertad sindical se ha generalizado, en las Constituciones, las declaraciones internacionales y en los Pactos y Convenciones, confiriéndole mayor rango a esta libertad, incluyéndola entre los "derechos fundamentales" o "derechos humanos". Por consiguiente, estas normas otorgan una especial protección al libre desenvolvimiento de las organizaciones sindicales, no siendo ya un derecho propio del individuo, sino más bien, un derecho de este tipo especial de asociación, de comunidad de individuos, lo que lo diferencia del resto de los derechos fundamentales. (vid. JIMENEZ DE ARECHAGA, Justino. "LA LIBERTAD SINDICAL"). Entre esas normas, tenemos el Convenio número 135 de la Organización Internacional del Trabajo, -denominado "CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCION Y FACILIDADES QUE DEBEN OTORGARSE A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA" (aprobado mediante ley N° 5968 del 9 de noviembre de 1976)-, que establece que los representantes de los trabajadores deben gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor (artículo 1). Estos principios fueron plasmados en la ley número 7360, del 4 de noviembre de 1993, que adicionó al Título V del Código de Trabajo el Capítulo III, llamado "De la Protección de los Derechos Sindicales", cuya norma más representativa de esa tutela, es el numeral 363 que prohíbe las acciones u omisiones que tiendan a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, sus sindicatos o las coaliciones de trabajadores, sancionando la nulidad absoluta e ineficacia de cualquier acto originado en esas prácticas. A su vez, mediante el numeral 367, se estableció una protección "específica", pero no limitante, para los fundadores, dirigentes, candidatos a dirigentes, ex-directores, la estabilidad, creando además un proceso específico. La explicación a esta situación que, podría generar alguna duda, creemos que se encuentra en que, dada la amplitud del concepto del párrafo primero del numeral 363 -no era necesario incluir la protección específica del numeral 367-, porque siempre tendrían esa protección. Por ello, procede afirmar que la intención del legislador fue no dejar la menor duda de que dentro de las conductas protegidas por el artículo 363, esta contemplada la estabilidad laboral de las categorías ahí establecidas (vid. VAN DER LAAT ECHEVERRIA, Bernardo. "LAS PRACTICAS LABORALES DESLEALES". Revista estudiantil Hermenéutica. N° 9, pág. 18). En cuanto a la jurisprudencia, es



especialmente significativa la sentencia de la Sala Constitucional, Voto número 5000-93, de las 10:09 horas, del 8 de octubre, que indicó: "...resulta evidente que la protección especial dada a los representantes de los trabajadores, a quienes se les concede "protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido", constituye lo que en la materia se conoce como un fuero especial en beneficio particular, de dichos representantes y como protección de los derechos de los trabajadores mismo, quien verían menoscabados sus derechos humanos fundamentales si sus líderes no fueran inamovibles mientras ostenten el mandato válidamente concedido y pudieran ser despedidos unilateralmente por decisión patronal, sin que mediara causa legal objetiva que justificara el rompimiento del contrato laboral. Desde esta perspectiva y en vista del interés social comprometido, el pago de las denominadas prestaciones sociales es insuficiente para amparar el despido el cual, cuando proceda, debe fundamentarse en una causal comprobada que demuestre, mediante el debido proceso, que el representante como tal, ha violado sus obligaciones particulares y generales. Concordante con la normativa transcrita, el artículo 70 del Código de Trabajo establece las obligaciones y prohibiciones de los patronos, y específicamente en el inciso c) expresa: "ARTICULO 70- Queda absolutamente prohibido a los patronos: ...c) obligar a los trabajadores, cualquiera que sea el medio que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan, o influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas;" (El subrayado no es del original). En virtud de este artículo, la utilización de cualquier medio tendiente a menoscabar la labor de representación laboral, y en especial el despido, debe considerarse contraria a derecho, pues el retiro de un representante de los trabajadores implica indefensión de los representados y la obstaculización de toda negociación colectiva que éstos pudieran realizar, máxime en aquellos casos en que los patronos procedan al retiro porque consideren que un representante determinado es peligroso para sus intereses particulares...". VII.- LAS PRACTICAS LABORALES DESLEALES: La reforma legislativa del año 93, que incorporó el concepto de "práctica laboral desleal" en el ordenamiento jurídico costarricense, tuvo una especial transcendencia, porque fue el fruto de un acuerdo tripartito entre Gobierno, sindicatos y organizaciones patronales, quienes hicieron causa común ante las graves amenazas al comercio internacional del país, por alegadas violaciones de las normas internacionales sobre libertad sindical. La reforma, además, tiene un profundo sentido ético, propio del Derecho del Trabajo, en cuya esencia esta la exigencia de la buena fe en las relaciones colectivas del trabajo y, en resguardo de ella se sancionan las acciones de esta índole que se ejecuten contra los trabajadores, sus sindicatos o coaliciones (artículo 363 del Código de Trabajo), como aquellas en que incurran los trabajadores, sus dirigentes sindicales u organizaciones (artículo 369 ibídem). La reforma también comprendió la inclusión de una protección específica para los fundadores, directivos, candidatos a puestos de dirección y, en ausencia de un sindicato, a los representantes libremente elegidos por los trabajadores. VIII.- "Fuero sindical", "protección contra actos de discriminación antisindical" y "protección contra prácticas desleales" son nociones que se encuentran estrechamente relacionadas y se utilizan frecuentemente como sinónimos. No obstante existen entre ellas algunas diferencias conceptuales, pues el fuero sindical se refiere normalmente a la protección de "ciertos" trabajadores, mientras que la protección contra las prácticas antisindicales tiene una cobertura más amplia, ya que se entiende por tales a cierto número de conductas del empleador en desmedro de los derechos colectivos de todo trabajador. La protección general contra las prácticas desleales está concebida como una manera de defender los derechos sindicales de los trabajadores que no están amparados por el fuero sindical como de aquellos que sí lo están, pero también se extiende a la protección frente a actos de injerencia del empleador en la constitución y funcionamiento de los sindicatos, o frente a actos o hechos que implican la negativa a reconocer un sindicato, o a tratar con grupos de trabajadores no sindicalizados (BRONSTEIN, Arturo S. "EL DERECHO SINDICAL EN AMERICA LATINA: PROTECCION DE LA LIBERTAD SINDICAL". Fundación de cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1995, pág. 107). El Código de Trabajo presenta una característica muy importante, toda



vez que, salvo la práctica señalada en el artículo 370, no se señalan conductas expresas que se consideren actos antisindicales, sino que en forma amplia se proscriben las acciones u omisiones que las tienden a evitar, limitar, constreñir o impedir el libre ejercicio de los derechos colectivos. Esto no constituye un defecto de la ley, toda vez que es tan amplia la gama de atentados que puede sufrir la libertad sindical que resulta necesario emplear "...formulaciones amplias y flexibles para caracterizar las conductas antisindicales a partir del reconocimiento de la gran diversidad de actos a través de los que la libertad sindical puede verse afectada" (SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. "LESION DE LA LIBERTAD SINDICAL Y COMPORTAMIENTOS ANTISINDICALES". Estudio de la estructura y contenido del juicio de antisindicalidad, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1993, p. 78). Por ello, corresponde al juzgador determinar los límites y modalidades que, en la práctica puede tener la acción antiética en las relaciones laborales. En estos casos el bien jurídico protegido es la libertad sindical, concebida en forma amplia y comprendiendo, por lo tanto, la libertad de asociación, la autonomía, la negociación colectiva y que comprende también a los representantes libremente elegidos por los trabajadores para quienes la protección va más allá de la constitución y promoción sindical, ya que comprende el ejercicio de la huelga y de la negociación colectiva y abarca no sólo al sindicato sino a otras entidades como las coaliciones y delegaciones de los trabajadores..." (Sic.). El despido que terminó con la relación laboral de los agentes de seguros -dentro de los cuales estaban los representantes de ANDAS- fue una medida general, donde no medió ningún afán de persecución sindical. Lo que se produjo fue una reestructuración administrativa de la fuerza de ventas, que no tuvo como propósito debilitar a la agrupación sindical. En el fallo n° 266-99 de esta Cámara se resolvió un caso parecido al que ahora nos ocupa, indicándose: "Ahora bien, la Sala, con apoyo en el Voto 5000-93 de la Sala Constitucional, ha indicado que existe una presunción de ilegalidad de la acción de despido "...cuando la causa expresa o tácita, sea su pertenencia a una asociación o sindicato, se violentan derechos fundamentales, vale decir que la vinculación a dichas organizaciones, como simples afiliados, pone en juego valores superiores de convivencia y armonía social y laboral frente a los cuales el resarcimiento económico, representado por el pago de las prestaciones sociales, carece de validez legal, ello porque la voluntad patronal queda constitucional y legalmente inhibida o limitada desde la perspectiva general de los derechos humanos de los trabajadores y desde la perspectiva específica del derecho laboral, que tutela el interés público general". Sin embargo, esa presunción no se aplica al despido del co-actor A.Z., puesto que realmente fue acreditado que se dio un proceso de reestructuración y de reorganización de la empresa demandada, a partir de la Ley N° 7330, del 13 de marzo de 1993. Esa circunstancia motivó a la accionada para prescindir de los servicios del actor, con responsabilidad patronal". Resulta importante apuntar que la jurisprudencia de esta Sala ha desarrollado el tema del derecho de prioridad que le asiste al líder sindical en caso de una reorganización administrativa: "La situación aquí planteada evidencia, sin duda alguna, una contraposición entre la posibilidad de remover al servidor público, ante un supuesto de reducción forzosa de servicios y la protección de una garantía fundamental, cual es la de libertad sindical. Este tema ya ha sido objeto de estudio por parte de esta Sala; llegándose a la conclusión de que la posibilidad del Estado para remover a un servidor público, por las razones indicadas, debe hacerse respetándose el especial fuero de protección. En ese sentido, se ha señalado que al disponerse un despido, basado en un proceso de reestructuración, con base en la salvedad que se prevé en el artículo 192 de la Constitución Política; tal proceso debe llevarse a cabo, de forma tal que no lesione el derecho de libertad sindical de los servidores públicos; o bien que la lesión sea la menor posible. Por consiguiente, si resulta procedente la remoción de un representante sindical e inclusive de cualquier trabajador sindicalizado, la Administración deberá justificar las razones por las cuales resulta ineludible la supresión de un determinado puesto. En ese sentido, resulta de interés citar la sentencia número 983, de las 10:20 horas del 7 de diciembre del 2.000, en la que se resolvió un asunto similar al que se conoce e inclusive se estaba en presencia de una situación extrema, en la cual se procedió a suspender el servicio público. En



dicho fallo se indicó: “IV.- En el caso concreto, es un hecho público y notorio, la grave crisis económica enfrentada por el ente demandado, para la época del despido de los demandantes; y como una de las consecuencias directas fue suspendido el servicio ferroviario (de lo cual se ha dado cuenta en el expediente), así como la obligada terminación de algunas de las relaciones de servicio, por un hecho objetivo y no subjetivo, como lo fue, la inmanejable escasez de fondos. Mas, al problema planteado, no puede brindársele un tratamiento igual al del despido de simples trabajadores cesados por ese motivo, porque los demandantes ostentaban, en aquel momento, la representación sindical y, en esa condición, tenían una protección especial del ordenamiento jurídico, según se explicó. En consecuencia, el despido no podía fundarse simplemente en la indicada crisis económica, como lo hizo la Administración. Semejante proceder no puede ser tutelado por la Sala, porque fue violatorio de la normativa proteccionista de la libertad sindical de raigambre constitucional y específicamente, de la referida Recomendación 143, que obliga a dar prioridad a los representantes de los trabajadores, respecto de su continuación en el empleo, en caso de reducción de personal. Es decir, la Administración no estaba autorizada ante la crisis y con fundamento en ella para y simplemente despedir a los dirigentes sindicales; pues, necesariamente, debía haber motivado el por qué debía escogerse a ellos, entre el grupo de despedidos, en lugar de otros de los servidores que no tenían tal carácter. En este supuesto, se debieron invocar razones aceptables y justificadas, según las cuales no era posible mantenerlos, como por ejemplo, que ya la actividad donde trabajan no se iba a desplegar más del todo y que carecían de requisitos, condiciones o aptitudes para ocupar alguno de los puestos, que sí fue necesario mantener. Las reglas según las cuales en estos casos se puede afectar a los representantes sindicales, se aplica sólo si no es posible mantenerlos, y funcionan como parámetros, de manera que, a ellas, debe ajustarse el acto de la escogencia, necesariamente. Si al hacerse esa escogencia, en lo que a los actores respecta, no se dio ninguna justificación, para no mantenerlos en el empleo, el acto deviene en absolutamente nulo, pues, por esa omisión, se torna arbitrario. La parte demandada se ha limitado a invocar la situación de crisis como fundamento del despido y ha omitido dar fundamentos de la escogencia de ellos, dentro del grupo de despedidos; lo cual, no es suficiente, pues, si se mantuvieron setenta puestos de trabajo, según ha quedado establecido en el expediente, era indispensable, como se dijo, que la Administración realizara el ejercicio de mantenerlos y sólo sería justificable su inclusión, en dicho grupo de despedidos, si existiera, como se dijo, alguna razón objetiva (artículos 132 y 139 de la Ley General de la Administración Pública)” (voto n° 389-03). Sin embargo, en este caso no se podía aplicar este derecho de prioridad dado que todos los puestos de agentes de seguros fueron eliminados con la reestructuración. En conclusión, al contrario de lo considerado por los integrantes del tribunal, la mayoría de esta Sala no estima que en el caso concreto se haya conculcado el fuero sindical. Por consiguiente, se debe revocar lo resuelto por ese órgano en cuanto concedió a todos los miembros de la Junta Directiva del Sindicato de los Agentes de Seguros trece meses de salario con sus respectivos pluses y ordenó el recálculo de la cesantía otorgada en la sede administrativa, debiéndose rechazar en su lugar este extremo petitorio por tener acogida a su respecto la excepción de falta de derecho.”

e) *Ius variandi*: Cambio de horario no siempre constituye uso abusivo

[Sala Segunda]⁶

Voto de mayoría

“IV.- POSIBILIDAD DEL EMPLEADOR DE VARIAR LAS CONDICIONES DE LA CONTRATACIÓN: La figura del “*ius variandi*” ha sido analizada ampliamente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional y foránea. Así, por ejemplo, Rodríguez Pastor refiere: “*El empresario tiene reconocido por el ordenamiento jurídico un poder de especificación o concreción de la prestación laboral (ius variandi) que implica la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo*” (Guillermo Rodríguez Pastor, *La Modificación del horario del trabajo*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1997, p. 48). En relación con el caso de España, agrega: “*Los tribunales han considerado que determinadas variaciones de la prestación de trabajo, bien del contenido bien de las condiciones, no son sustanciales y, en consecuencia, “pertenece a la esfera del poder de dirección del empresario, el cual, en uso de su poder de ius variandi, puede concretar o especificar el contenido necesariamente genérico de la prestación laboral en el marco de un contrato como el de trabajo que es de tracto sucesivo o ejecución continuada en el tiempo”* (op. cit., pp. 48-49). En nuestro país, esta Cámara se ha pronunciado sobre el tema en numerosas ocasiones, entre las que cabe citar: “*En efecto, con la figura jurídica del “ius variandi”, se denomina genéricamente la facultad jurídica que tiene el empleador, para poder modificar, legítimamente y en forma unilateral, las condiciones de la relación laboral, en el efectivo ejercicio de sus propias potestades de mando, de dirección, de organización, de fiscalización y de disciplina, que se le confieren, de principio, ante el innegable, por necesario, poder directivo del cual goza dentro de la contratación. Ahora bien, esta facultad debe ejercerse siempre que las medidas tomadas no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni mermen los beneficios del trabajador. En efecto, si el patrono ejerce su derecho de manera abusiva o arbitrariamente, con perjuicio directo a los intereses del empleado, queda éste colocado en una clara situación que le permite romper justificadamente la respectiva relación”* (en este sentido pueden consultarse las sentencias n.º 143, 403 y 567, todas del 2002). El horario, a diferencia de la jornada, no se considera como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, por lo que, de no implicar perjuicios para el trabajador, puede ser modificado por el empleador, de acuerdo con las necesidades que puedan eventualmente surgir durante la relación laboral. En ese orden de ideas, se ha indicado que “*para que sea lícito cualquier acto decidido unilateralmente por el empresario, cuando modifique las condiciones contractuales, debe estar ineludiblemente inspirado en imperativos de la producción y en las necesidades de la empresa. El patrono no es sino el director de la industria, pero en beneficio de la producción, a la cual se encuentra a su vez subordinado. Sería despotismo todo criterio unilateral no basado sino en la conveniencia personal y subjetiva del empresario. De ahí que, si bien éste cuenta con facultad de disponer la forma, tiempo, modo y lugar en que cumplirá las tareas el personal, siempre será con la condición de que no se alteren formas sustanciales de las prestaciones primitivas, y con respeto de las características esenciales del contrato de empleo. Si la modificación es arbitraria, puede causar injuria para los intereses del trabajador y autoriza a éste a colocarse en situación de despido injusto”* (CABANELLAS de TORRES, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, Buenos Aires, tercera edición, Editorial Heliasta, S.R.L., 1992, p. 625). Concretamente en lo que respecta al cambio de horario, generalmente se ha aceptado la posibilidad de que el empleador pueda variarlo, siempre que tal modificación no atente gravemente contra los derechos del trabajador. Sobre este particular se ha externado: “*En principio, el patrono o empresario tiene poder*



*discrecional para modificar el horario de trabajo, según las necesidades de la empresa. Pero esa facultad discrecional cesa cuando se ejerce arbitrariamente o cuando las condiciones particulares del vínculo contractual demuestran que el cambio es antijurídico. De no haberse pactado en un principio la potestad patronal para introducir modificaciones en este aspecto, cuando el trabajador no acepte el cambio, y éste se base en el capricho o mala intención del patrono, deberá sufrir el empresario la responsabilidad por incumplimiento de las condiciones contractuales (...). Por eso, toda alteración de importancia debe ser consentida por la otra parte, salvo ser obligada por motivo razonable que no perjudique seriamente al trabajador” (CABANELLAS, *ibid.*, pp. 625-626). En esta misma orientación, Carro Zúñiga y Carro Hernández opinan: “Por regla, el cambio de horario no procede si significa una violación sustancial del contrato individual, del convenio colectivo, laudo arbitral o del reglamento interior de trabajo, si los hubiese. Tampoco procede cuando atente de modo importante contra los intereses materiales del empleado, su salud física o moral, o valores de análoga jerarquía; o si limita o impide en forma apreciable el desarrollo normal de sus actividades culturales, sociales, económicas, etc.; o si de algún modo lesiona legítimos y especiales derechos adquiridos por el trabajador, o si le impide continuar desempeñando funciones en otra empresa, singularmente si este hecho es conocido del empleador” (Derecho Laboral Costarricense: Cincuenta ensayos sobre temas usuales, Tomo I, San José, Editorial Juritexto, pp. 37-38).*

V.- PROCEDENCIA DE LA RUPTURA DEL CONTRATO CON RESPONSABILIDAD PATRONAL EN EL CASO CONCRETO:

Por una cuestión de equilibrio, así como el empleador tiene la potestad de poner término a la relación laboral sin responsabilidad de su parte cuando el trabajador cometa alguna falta que, conforme a la ley, justifique su despido, el legislador previó también, dentro del Código de Trabajo, los supuestos en los que el trabajador puede poner fin a la relación laboral conservando los derechos que le corresponderían en la eventualidad de un despido injustificado. Sobre el particular, y en lo que interesa para la resolución del caso en examen, el numeral 83 inciso i) -en relación con el 70 inciso i)- establece como causa justa que faculta al trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo, el que el empleador ejecute cualquier acto que restrinja los derechos que el trabajador tiene conforme a la ley, violando así una de las prohibiciones contenidas en ese último canon; o bien, cuando la parte empleadora incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato (artículo 83 inciso j). Ahora bien, el trabajador debe prevenir la corrección de la falta a su contraparte antes de dar por rota la relación, indicándole los hechos y motivos en que basa su decisión. Lo anterior, con fundamento en el principio de buena fe que debe regir las relaciones laborales, así como por exigencias de razonabilidad que también son inherentes a estas. Al respecto, este Órgano en la resolución n.º 966- 04 dispuso: “*Ahora bien, esta Sala, atendiendo a la indispensable estabilidad del contrato laboral, a su contenido ético y, en especial, al precepto 19 del Código de Trabajo, ha señalado la conveniencia de que, previamente a la extinción del vínculo, el trabajador agote siempre las vías conciliatorias, dándole la oportunidad, a la contraparte, de reconsiderar su eventual actuación ilegítima y de ajustar su proceder a derecho (ver, sobre el particular, los votos N° 88 de las 9:30 horas del 21 de abril de 1992; 21 de las 10:00 horas del 21 de enero, 31 de las 15:10 horas del 26 de enero y 284 de las 10:10 horas del 30 de setiembre, los tres de 1994; 80 de las 14:00 horas del 1° de marzo de 1995; 281 de las 9:00 horas del 14 de noviembre de 1997; 131 de las 14:50 horas del 27 de mayo y 318 de las 9:30 horas del 23 de diciembre, ambos de 1998; 184 de las 14:10 horas del 14 de julio de 1999; y 245 de las 9:25 horas del 25 de febrero del 2000; así como el de la antigua Sala de Casación N° 144 de las 15:45 horas del 5 de diciembre de 1969). Del análisis de la prueba testimonial evacuada, se concluye que el actor realizó el reclamo pertinente frente a su empleador, antes de proceder a dar por roto su contrato de trabajo, ante el no pago del salario mínimo correspondiente, con lo que agotó la instancia conciliadora.” En el subjúdice se acreditó que el accionante, mediante misiva de fecha 18 de setiembre del 2002, comunicó a la demandada*

su disconformidad con el cambio de horario (folio 9), obteniendo como respuesta la carta datada 21 de setiembre del mismo año, en la que se le explicaban los motivos que dieron origen a la variación (folio 10). En vista de lo anterior, el señor Chaves Chavarría dio por rota la relación de trabajo el día 23 siguiente (folio 16), una vez fracasadas las vías conciliatorias, con lo que se tiene por cumplido el requisito en cuestión. Una vez sentado lo anterior, debe insistirse en que en el caso concreto lo que operó fue una modificación en el horario y no en la jornada de trabajo, pues el número de horas diarias laborables quedó intacto; eso sí, sufriendo el horario un cambio drástico con respecto al que venía cumpliendo el accionante antes de la variación. Los graves perjuicios que esa medida le ocasionó al actor no requieren de mayor prueba, pues bastan la lógica y la experiencia para poder deducirlos (no desconocen los suscritos que en el voto n.º 80-06 de esta Cámara se resolvió un asunto idéntico contra la misma empresa demandada en sentido contrario a como ahora se resuelve, pero ello se explica porque la integración de la Sala en esa oportunidad era distinta). En primer lugar, es obvio que si el actor tenía 4 horas encajonadas no se iba a quedar esperando en las instalaciones de la empresa, sino que se devolvía a su casa, con lo que incurría en un doble gasto de traslado o transporte. En segundo término, es claro que el accionante no podía disfrutar plenamente esas 4 horas de ocio, pues debía estar pendiente de entrar puntualmente a la segunda fracción de la jornada, lo que sin duda constituía una limitante para poder disponer de su tiempo de descanso con plena libertad. En tercer lugar, el cambio introducido por la compañía fue demasiado radical, es decir, no se trató de simplemente correr el horario para, por ejemplo, entrar una hora más tarde y salir una hora después de la acostumbrada, sino que se trató de una modificación significativa que en la vida de cualquier persona ocasionaría serios trastornos familiares, sociales y culturales. Por tales razones, y sin necesidad de analizar el resto de agravios esbozados en el recurso, la ruptura del contrato ha de reputarse como justificada, lo que le da derecho al actor al pago de 1 mes de preaviso y 193 días de auxilio de cesantía (no 7 meses, como se pide en la demanda, en virtud de la reforma introducida al artículo 29 del Código de Trabajo por la Ley de Protección al Trabajador), más los respectivos intereses legales desde la fecha de extinción del nexo hasta la efectiva cancelación, dejándose los cálculos para la fase de ejecución de sentencia por no constar en el expediente la información necesaria que permita obtener el salario promedio del último semestre laborado. En cuanto a los salarios caídos a título de daños y perjuicios, no es posible otorgarlos, por no estarse en presencia del supuesto de hecho previsto en el numeral 82 del Código de Trabajo, ya que la firma demandada no le imputó ninguna falta al actor que luego no lograra comprobar en juicio (en este sentido puede leerse nuestro voto n.º 248-00)”

f) Sindicato de trabajadores: Alcances de la protección de derechos sindicales y consideraciones acerca de la estabilidad laboral en el sector público y privado

[Tribunal de Trabajo Sección III]7

Voto de mayoría

“III. [...]Respecto del segundo punto sobre que la empresa acecha constantemente a los representantes del sindicato para hostigarlos, buscando eliminar la organización, y que tal situación enmarca a los trabajadores despedidos, no es posible compartir tal punto. Dentro del expediente principal y sus incidencias en aplicación de la sana crítica racional y el principio de la experiencia, es posible preveer "un tiempo prudencial previo de sospecha" es decir, se entiende que los trabajadores de la empresa inicien conversaciones y hasta pueden manifestar su interés de



plantear un conflicto económico social a los representantes empresariales, lo que puede coadyuvar para que se inicien acciones como las que mencionan los y las incidentistas, es decir, de despedir a los y las trabajadoras con el ánimo de dejar acéfalo un movimiento de trabajadores o simplemente de presionarles para que desistan de las negociaciones reivindicadoras o de mejoramiento de las condiciones de su relación laboral, lo cual no está permitido en nuestro país bajo la óptica legal ni constitucional tal como lo ha indicado la Sala Constitucional en voto 5000-93 que a la letra señala: "...Atendiendo a la letra y al espíritu de todas las disposiciones transcritas resulta evidente que la protección especial dada a los representantes de los trabajadores, a quienes se les concede: protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido, constituye lo que en la materia se conoce como un fuero especial en beneficio particular, de dichos representantes y como protección de los derechos de los trabajadores mismos, quienes verían menoscabados sus derechos humanos fundamentales si sus líderes no fueran inamovibles mientras ostenten el mandato válidamente concedido y pudieran ser despedidos unilateralmente por decisión patronal, sin que mediara causal legal objetiva que justificara el rompimiento del contrato laboral. Desde esa perspectiva y en vista del interés social comprometido, el pago de las denominadas prestaciones sociales es insuficiente para amparar el despido el cual, cuando proceda debe fundamentarse en una causal comprobada que demuestre mediante el debido proceso, que el representante como tal, ha violado sus obligaciones particulares y generales. Concordante con la normativa transcrita, el artículo 70 del Código de Trabajo establece las obligaciones y prohibiciones de los patronos, y específicamente en el inciso c) expresa: **ARTICULO 70-** Queda absolutamente prohibido a los patronos: c) obligar a los trabajadores, cualquiera que sea el medio que se adopte, a retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezcan, o influir en sus decisiones políticas o convicciones religiosas...". Más adelante se indica "... Aunque hasta el momento se ha venido considerando la situación de los representantes de los trabajadores, sindicalizados o no, cabe decir que con igual sustento normativo y con igual criterio debe resolverse el despido de los simples trabajadores cuando la causal, expresa o tácita, sea su pertenencia a una asociación o sindicato, porque ello también viola sus derechos fundamentales, vale decir que la vinculación a dichas organizaciones, como simples afiliados, pone en juego valores superiores de convivencia y armonía social y laboral frente a los cuales el resarcimiento económico, representado por el pago de las prestaciones sociales, carece de validez legal, ello porque la voluntad patronal queda constitucional y legalmente inhibida o limitada desde la perspectiva general de los derechos humanos de los trabajadores y desde la perspectiva específica del derecho laboral, que tutela el interés público general...". Tal voto como puede apreciarse es más amplio en sus alcances que la propia modificación que sufrió el Código de Trabajo por Ley 7360 de cuatro de noviembre de 1993. Para discutir o conocer de las pretensiones propias de la finalización de la relación, de la procedencia o no del despido o de la extemporaneidad de este o no tal como lo manda el Artículo 402 del Código de Trabajo, debe acudir, si a bien lo tienen a la vía declarativa o plenaria. Todo lo anterior ya que el artículo 509 pone de manifiesto que el momento en que se entregue el pliego de peticiones a la autoridad administrativa o judicial, se entenderá planteado el conflicto, y dentro de los hechos probados esta fecha es el 28 de marzo de 2007 y no permite interpretación diferente primero por su claridad y luego por no existir otra norma que prevea una retroactividad, todo lo anterior en aras de la certeza y la seguridad jurídica. Por lo cual el segundo punto se tiene que rechazar. C) Reclama la protección de los Convenios 135 OIT y la Recomendación 143, artículos 363 y 368 del Código de Trabajo. D) Se reclama la protección del fuero sindical más allá que un conflicto colectivo de carácter económico social. Ambos puntos fueron valorados supra. En todo caso no existe prueba alguna que se haya traído al proceso que otorgue sustento para que este Tribunal tenga por sentado que se trata de una violación al derecho fundamental de sindicación. No es suficiente aportar copia de juicio anterior, se requiere elementos determinantes. Por las razones indicadas, la resolución impugnada, en cuanto ha sido motivo de agravio, se debe confirmar."

**g) Ausencia al trabajo: Análisis como causal de despido**

[Sala Segunda]⁸

Voto de mayoría

"III.- EN RELACIÓN CON LOS DÍAS DE DESCANSO SEMANAL, FERIADOS Y LAS HORAS

EXTRA: La recurrente se limita a indicar que se tuvieron por pagados dichos derechos con base en declaraciones de testigos complacientes y sin que fuera posible admitir tal prueba, por lo regulado en el artículo 144 del *Código de Trabajo*. Dicho numeral, en forma expresa, señala: *"Los patronos deberán consignar en sus libros de salarios o planillas, debidamente separado de lo que se refiera a trabajo ordinario, lo que a cada uno de sus trabajadores paguen por concepto de trabajo extraordinario"*. Ese numeral necesariamente debe relacionarse con lo regulado en el artículo 176, que indica: *"Todo patrono que ocupe permanentemente a diez o más trabajadores deberá llevar un libro de salarios autorizado y sellado por la Oficina de Salarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se encargará de suministrar modelos y normas para su debida impresión./ Todo patrono que ocupe permanentemente a tres o más trabajadores, sin llegar al límite de diez, está obligado a llevar planillas de conformidad con los modelos adoptados por la Caja Costarricense de Seguro Social o el Instituto Nacional de Seguros"*. En el caso bajo análisis, no se acreditó que la demandada ocupara permanentemente diez o más trabajadores, pero sí puede concluirse que estaba en el segundo supuesto de la norma (véase declaración de Trinidad Jiménez Araya, en la última parte, folio 64). Ahora bien, debe quedar claro que dicha normativa está prevista únicamente para la jornada extraordinaria y no en relación con los días feriados y de descanso semanal, como lo pretende hacer ver la recurrente. La Sala estima que la jornada extraordinaria quedó debidamente acreditada, no obstante ello, se tiene que el agravio planteado no puede acogerse, pues la juzgadora de primera instancia omitió pronunciarse sobre este punto y la recurrente en esta tercera instancia no atacó el fundamento jurídico del fallo del Tribunal para denegar este derecho, cual fue que las horas extra no integraron la pretensión de la demandante. En ese sentido, en la sentencia recurrida se indicó: *"Por otro lado, como segundo argumento de apelación, la demandante se muestra inconforme porque en la sentencia no se condenó a la demandada al pago de horas extra, pago de días feriados y salarios de los días de descanso semanal; ahora bien, en cuanto a estos extremos debemos señalar, en primer lugar, que dentro de las pretensiones de la actora no se encuentra ninguna reclamando el pago de horas extra; por eso, no existe razón alguna para que ese extremo se le hubiere podido conceder; debe quedar claro, eso sí, que no es que en la sentencia de primera instancia o en esta otra se le hubiese denegado el reclamo de horas extra, sino simplemente que no hubo pronunciamiento al respecto por no haber sido parte de la pretensión..."* (folio 117). Ese fue el argumento jurídico utilizado por el Tribunal para denegar ese derecho; sin embargo, como se apuntó, la recurrente no lo impugna sino que solo acusa que no puede tenerse por acreditado el pago, lo que hace improcedente su reclamo sobre este punto (en sentido similar pueden consultarse, entre las más recientes, las sentencias de esta Sala números 199, de las 10:10 horas del 31 de marzo y 293, de las 9:40 horas del 10 de mayo, ambas del 2006). Luego, en cuanto a la prueba de la concesión y pago de los días de descanso semanal y de los días feriados, debe indicarse que la normativa que regula esos derechos no establece una forma probatoria determinada, por lo que aunque la prueba ideal sería la documental, debe aplicarse la regla general de valoración prevista en el artículo 493 del *Código de Trabajo*, de conformidad con la cual las pruebas se valoran en conciencia, sin sujeción a las reglas del Derecho Común. (Sobre este tema, puede consultarse la sentencia número 637, de las 10:00



horas del 19 de julio de este año 2006, donde se dejó claramente establecida la posibilidad de acreditar el pago de los días feriados mediante prueba testimonial). Así, se tiene que las testigos aportadas por la demandada, cuyas deposiciones se valoran con el cuidado que el caso amerita por ser todas trabajadoras de aquella, fueron claras y contestes en el sentido de que la accionante disfrutaba normalmente de un día de descanso semanal que se le otorgaba el día martes. También fueron coincidentes al señalar que cuando laboraban días feriados estos les eran pagados el mismo día, en dinero en efectivo. De sus declaraciones no se desprende alguna intención de perjudicar a la actora, las testigos fueron claras y sus declaraciones coincidieron. Luego, en lo tocante a la jornada extraordinaria, también todas declararon sobre la existencia de dicha jornada, por lo que no se desprende alguna circunstancia que haga dudar sobre la veracidad de sus deposiciones. Así, en lo tocante a los derechos reclamados, la testigo Frania Patricia Arrieta Rojas declaró: *“Se tenía un día libre a la semana y se trabajaba de lunes a domingo. Los sábados siempre se trabajaban. Maruja sacaba los martes libres y los sábados los sacaba mucho también. Ella sacaba casi de sábado por medio para ir a pasear con el novio, pero pedía permiso. Los días feriados se laboraban si estábamos de acuerdo, pero no era obligado, y si los trabajábamos lo pagaban doble... Cuando la actora laboraba días feriados se los pagaban, yo vi que se los pagaban y se lo pagaba Irene o Milena...”* (folios 50-52). Por su parte, la testigo Hellen Milena Navarro Araya apuntó: *“Ella tenía libre los martes, ese día no llegaba a trabajar. En ese negocio se trabajan días feriados, solo el Viernes Santo no se trabaja. Cuando se laboran los días feriados nos paga aparte del salario el día que trabajamos feriado, sea ese día aparte del salario fijo. Yo sabía que me lo pagaban porque me daban el dinero aparte del salario que estábamos recibiendo, pero no nos daban comprobante de pago... Me consta que pagaban los días feriados porque yo casi siempre era la que pagaba eso. También a veces pago salario también, porque Irene me dice 'tome pague eso'... Yo le pagué algunos feriados a la actora. Siempre doña Irene cancelaba los días feriados el mismo día que los laborábamos... Yo en algunas ocasiones le pagué días feriados a Maruja... También le pagué días feriados a la actora, pero los pagaba en efectivo y no entregaba recibo...”* (folios 55-59). Por último, Trinidad Jiménez Araya también manifestó: *“Tenía libre los martes y a veces cogía los sábados también, no sé como se entendía con Irene. Incluso a veces cogía los miércoles para ir al doctor. El martes definitivamente era libre no llegaba, todas tenemos un día libre. Creo que trabajaba días feriados, pero lo que sí me consta es que si es feriado y uno lo quiere trabajar lo trabaja y se lo pagan doble y si no lo coge y se lo pagan...”* (folios 62-64). De conformidad con lo expuesto, el reclamo en cuanto a horas extra, días feriados y de descanso semanal no puede ser acogido.

IV.- SOBRE LA EVENTUAL VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 35 DEL CÓDIGO DE TRABAJO: La recurrente considera que el Tribunal violó el artículo 35 del *Código de Trabajo* y la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional relacionada con esa norma, así como la emanada de esta otra Sala. Al respecto, cabe señalar que a partir de ese numeral y del voto constitucional número 2170, de las 10:12 horas del 21 de mayo de 1993 se ha elaborado un criterio jurisprudencial conforme al cual se ha establecido que una vez determinadas las faltas atribuidas a la persona que trabaja para tratar de justificar un despido, en el transcurso del proceso no pueden analizarse sino únicamente las faltas expresa y concretamente señaladas, en salvaguarda de los derechos de defensa y del debido proceso, sin que le resulte válido al empleador modificar o ampliar las faltas atribuidas y sin que el juzgador pueda tampoco analizar otras distintas (sobre el tema pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias de esta Sala números 951, de las 9:50 horas del 16 de noviembre del 2005; 369, de las 14:12 horas del 23 de mayo y 543, de las 9:30 horas del 28 de junio, estas del 2006). En el caso bajo análisis no es cierto, como lo acusa la recurrente, que los integrantes del órgano de alzada hayan violentado la norma citada. Si se analiza el fallo impugnado se tiene que únicamente procedieron a valorar el comportamiento expresamente atribuido en la comunicación



del despido y a determinar que se trataba de una falta grave suficiente para poner fin al contrato de trabajo, con independencia de la calificación legal que la empleadora le hubiera dado, en el tanto en que es a la persona que juzga a la que le corresponde realizar dicha calificación, criterio este último avalado por la Sala (546, de las 9:00 horas del 22 de junio y 794, de las 14:40 horas del 16 de setiembre, ambas del 2005). En consecuencia, no se valoraron hechos diferentes a los atribuidos en la comunicación del despido, por lo que no medió violación alguna a la norma invocada.

V.- EN CUANTO A LA EXISTENCIA DE UN DESPIDO ENCUBIERTO Y SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA FALTA QUE PUSO FIN AL CONTRATO: La recurrente sostiene que en el caso concreto medió un despido encubierto, pues el día 12 de junio la empleadora retiró del local comercial que ella atendía la mercadería que debía vender y en los subsiguientes días cerró el establecimiento, lo que a su juicio constituye una forma encubierta de despido. Analizado el agravio, en primer lugar se tiene que fue un argumento que no formó parte de la litis, pues cuando esta quedó trabada, al contestarse la demanda, la parte actora nunca había argumentado, en su favor, la existencia de un despido velado. No fue sino cuando planteó el recurso de apelación que invocó este argumento, momento en el cual la parte demandada no tenía ya la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en cuanto a este punto. Es más, véase que en el propio escrito de demanda, la actora argumentó que fue despedida el día 12 de junio y el Tribunal concluyó sobre la existencia de un despido directo el día 15 siguiente. En cualquier caso, del análisis de las pruebas que de seguido se hace, se desprende que el cierre del negocio no se debió a una decisión para impedir que la trabajadora pudiera desempeñar sus labores, sino que precisamente este no se abrió por la inasistencia de la actora, quien en todo caso hubiera podido laborar en los otros negocios adjuntos que también eran propiedad de la demandada. En consecuencia, el agravio planteado no resulta admisible, pues ello implicaría la violación del derecho de defensa de la parte accionada, aparte de que, como se verá, carece de sustentó probatorio. De conformidad con el documento del folio 8, se tiene que la actora fue despedida por haberse ausentado los días 13 y 14 de junio y por su decisión de no desempeñar sus labores el día 12 de junio anterior, aunque permaneció en el lugar de trabajo. La comunicación fue redactada en los siguientes términos: *“Por haber incurrido usted en la causal establecida en el artículo 81 inciso g del Código de Trabajo, al haberse ausentado del lugar de trabajo los días 13 y 14 de junio del año dos mil cuatro, y por haberse presentado a trabajar el día 12 de junio del año 2004 y NO haber laborado... queda usted despedida a partir de hoy 15 de junio del año 2004 sin responsabilidad patronal”*. De las declaraciones que constan en los autos, se desprende que el día 12 de junio del 2004, la empleadora procedió a llamar la atención a la actora, pues dio un mal trato a unas personas que estacionaron su vehículo al frente del negocio, momento a partir del cual la accionante mostró una actitud negativa y de confrontación, negándose a realizar sus labores, de forma tal que inclusive se iba a hablar a un teléfono público cercano al local comercial. Ante esa situación, la demandada decidió trasladar parte de la mercadería a otro establecimiento mercantil de su propiedad, cercano al que estaba bajo el cuidado de la accionante. El día siguiente esta no se presentó a laborar y al otro día lo hizo, pero hasta las cuatro de la tarde aproximadamente, pero sus ausencias no tuvieron como causa que el local estuviere cerrado, pues inclusive ella misma, dentro de la normalidad de la prestación, se encargaba de abrirlo cuando la demandada no lo hacía y en cualquier caso debió cumplir con su deber de asistencia y comprobar de esa forma que no se le iba a permitir que laborara, tal y como ahora lo aduce. Las declaraciones testimoniales confirman la situación que se presentó. En ese sentido la testigo Arrieta Rojas señaló: *“La actora dejó de laborar porque tuvo un problema con unos clientes, porque se le parquearon en frente y se puso a alegar y gritarles y entonces Maruja (sic) le llamó la atención y no quiso seguir laborando. Ella siguió ahí, pero solo hablar por teléfono y no atendía a la gente y no quiso trabajar más. Lo anterior fue en la mañana.*



Ese mismo día como a las tres de la tarde llegaron unos policías y llegaron porque Irene los tuvo que llamar, porque como Maruja no quiso seguir trabajando había que sacar unas cosas que se ponían malas y Maruja es una persona muy problemática y no se sabía qué iba a hacer... Yo estuve presente cuando estuvo la policía y ellos solo cuidaban mientras Irene sacaba lo que era la natilla y más delicado y yo le ayudé a sacar los productos... El día que llegó la policía el negocio siguió abierto, pero la actora no quiso laborar más. No sé a qué hora se fue ese día. Al día siguiente ella no llegó a laborar, yo sí estaba laborando, pero el negocio que ella atendía estaba cerrado. Al día siguiente ella llegó como a las cuatro de la tarde, pero no se sabía a qué llegaba, no habló conmigo y no sé con quién habló. El día que llegó a las cuatro de la tarde llegó malcriada y no llegó a trabajar, solo a quedarse ahí. No sé si pidió las llaves del negocio. No vi con quien habló ese día cuando llegó a las cuatro...” (folios 50-52). Lo declarado por esta testigo fue confirmado con la declaración de Hellen Milena Navarro Araya, quien en cuanto a los hechos sucedidos relató: “La actora dejó de laborar para la accionada, porque tuvo unos problemas con unos clientes e Irene le llamó la atención y ahí empezó de que ella ya no quiso trabajar más. Lo anterior había pasado varias veces, porque ella siempre se enojaba. Luego de ese día que le llamaron la atención al día siguiente no llegó a laborar y al día siguiente llegó pero como a las cuatro y media y venía buscando las llaves y yo lo que hice fue tratar de comunicarme con Irene que tenía al papá mal en el hospital, pero no pude, entonces yo le dije a ella que no podía localizar a Irene y se fue. Anteriormente ella siempre entraba y cogía las llaves, pero ese día, como había llegado y el día anterior no llegó, seguro por ese me las pidió a mí. El mismo día que le llamaron la atención a la actora, en la tarde llegó la Guardia, pero yo estaba ocupada y lo único que sé es que Iris quería sacar algunas cosas de ahí, porque la mercadería había que venderla, pero como ella estaba muy brava se llamó a la Guardia. Ella es una persona de gritar, de ofender, no es una persona con la que usted pueda hablar, ella se enoja... Ese día que llegó la guardia ella estaba en el local pero desde que le llamaron la atención no quiso trabajar. Fue Frania mi compañera, sacó los productos que pudieran ponerse malos, como quesos, pan, natillas y otros,... Ese día ella estuvo ahí todo el día, solo que no quiso trabajar, al otro día sí estuvo cerrado todo el día y al otro estuvo cerrado también, ella vino como a las cuatro y media, pero el negocio estuvo cerrado. El negocio lo abría a veces ella o a veces Irene, la que llegara primero... El día que se sacó alguna mercadería, en el negocio quedó mercadería como para seguir trabajando... También pudo presenciar que la actora le gritaba cosas muy feas a la accionada,... Cuando ella le dijo a la accionada que no trabajaba, solo se sentó y renegaba y a veces se iba a hablar por teléfono afuera... El día que llegó la actora a buscar la llave como a las cuatro y media de la tarde no recuerdo a qué hora se había ido doña Irene, solo recuerdo que ella tenía el papá muy grave. Recuerdo que ese día estuvo temprano, pero a la hora que llegó la actora al negocio no estaba ella. Ese día temprano no se intentó abrir el negocio y no se abrió porque no había quien lo trabajara. Doña Irene ese día no me dejó instrucciones de qué hacer si llegaba María Eugenia, de hecho no la esperábamos por (sic) era tarde y uno no se iba a imaginar que iba a llegar a esa hora... Antes de que llegara la policía doña Irene no había intentado sacar la mercadería porque la actora estaba muy brava... y la actora solo alegaba sola... la actora no nos agredió, ella lo que hizo fue alegar...” (folios 55-59). Por último, en lo que resulta de interés, la testigo Jiménez Araya manifestó: “Sé que doña Irene quería hacer algo por la agresión de Maruja y ese día nos comentó que qué hacía que si los llamaba o qué. Luego de la llamada de atención ya Maruja estaba de mal humor... Luego oí que las chiquillas decían que habían sacado el queso y algunas cosillas más, pero en realidad yo donde vi mejor me quedé en la cocina... El tramo cuando no lo abría Maruja lo abría Irene...” (folios 62-64). Como se indicó, de esos testimonios se desprende que efectivamente el día 12 de junio del 2004 la actora dejó de realizar sus labores, dado su enojo ante una llamada de atención que le hiciera su empleadora. De igual forma, quedó acreditado que el día 13 de junio no se presentó a laborar. La recurrente pretende primero justificar su ausencia, indicando que se trataba de un día domingo, de descanso obligatorio. Sin embargo, ella misma se desdice al argumentar que no tenía día de descanso

semanal. En cualquier caso, como quedó apuntado, el descanso semanal obligatorio se le concedía los días martes y no los domingos. Después señala que buscó asesoría legal en la oficina del Ministerio de Trabajo ubicada en Naranjo, lo que carece de prueba; pero, de todas formas, tal proceder, aparte de ilógico, pues está claro que esa dependencia no labora sábados ni domingos, no sirve para justificar la ausencia al trabajo. El día lunes 13 indicó que acudió a buscar aquella asesoría y no se presentó a laborar sino hasta las cuatro o cuatro y treinta de la tarde, cuando su jornada laboral estaba pronta a acabar. Con base en esos hechos demostrados, la Sala estima que sí se configuró la falta grave atribuida a la accionante, en el tanto en que se tienen por configuradas las dos ausencias injustificadas y continuas al trabajo. El hecho de que la actora hubiere llegado el lunes 14 de junio casi al finalizar su jornada constituye una ausencia, pues no puede considerarse que con solo llegar al final de la jornada se tenga por bien cumplido su deber esencial de asistencia. Tal comportamiento no constituyó un abandono de labores y tampoco puede subsumirse como falta de puntualidad, pues esta se da dentro de un plazo razonable, a la hora de iniciar las labores. Luego, está claro que ambas ausencias fueron inmotivadas, sin que el argumento de la recurrente, en el sentido de que buscó asesoría en el Ministerio de Trabajo constituya causa justificada. Ya esta Sala, en la sentencia 939, de las 10:00 horas del 3 de noviembre del 2004, indicó que las diligencias que deban hacer los trabajadores en el Ministerio de Trabajo no justifican las ausencias o abandonos en que incurran, pues para ello pueden realizar la consulta vía telefónica, utilizar su tiempo libre o solicitar un permiso al empleador. En ese sentido, en dicho fallo se apuntó: *“Si no estaba conforme con esa decisión patronal, bien pudo el actor hacer su consulta al Ministerio de Trabajo vía telefónica, o utilizar su hora de almuerzo para ello. En último caso, también tuvo la posibilidad de gestionar un permiso sin goce de salario para atender asuntos personales”*. Luego, está claro que el despido no se dispuso en el caso bajo análisis por las gestiones que la actora realizó ante el relacionado Ministerio, sino por las faltas en que incurrió, razón por la cual no es cierto que se hayan violentado los numerales 12 y 70 inciso i) del *Código de Trabajo*, como lo aduce la recurrente. Por consiguiente, debe concluirse que no medió en el caso concreto el supuesto despido velado que se acusa en el recurso. Tampoco violentaron los juzgadores de las instancias precedentes el artículo 35 del *Código de Trabajo* y quedó claro que la falta grave atribuida para justificar el despido fue debidamente acreditada.”

h) Imposibilidad patronal de demostrar alegato de perjuicio efectivo a la empresa por abandono de labores por parte del trabajador

[Sala Segunda]⁹

Voto de mayoría:

“III.- SOBRE LA FALTA ATRIBUIDA AL TRABAJADOR. El recurrente objeta que el Tribunal no tuviera por probado que el abandono de trabajo por parte del actor constituyera una causal de despido por la comisión de una falta grave, debido a que tuvieron que suspenderse los trabajos de bacheo ante la imposibilidad de sustituir al actor en el manejo de la niveladora, por lo que acusa el vicio de falta de sana crítica; así como que no volvió a laborar ese día 21 de julio, ni el siguiente, 22, y que aunque no se incluyó en la nota de despido la ausencia de ese último día, lo cierto es que hubo continuidad, lo que evidencia la gravedad de la falta, la que estima se mantiene aún eliminando la ausencia de ese día. La falta que se atribuye al actor por abandono de trabajo reviste carácter cuantitativo, pues requiere de un apercibimiento previo para que constituya justa causa de



despido. Así se desprende de la relación de los artículos 72, inciso a) y 81, inciso i) del Código de Trabajo, según los cuales es causa justa que faculta al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo, cuando el trabajador, después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en abandono de trabajo en horas de labor sin causa justificada o sin licencia del patrono. La jurisprudencia de esta Sala ha establecido que la reiteración debe darse en el término de tres meses después del apercibimiento (Voto N° 536, de las 9:40 horas del 7 de setiembre del 2001), lo que supone un elemento de actualidad y contemporaneidad. En relación al abandono de trabajo, la doctrina consultada considera: “... *El trabajador que deja de concurrir a sus tareas, si permanece en esta situación un tiempo superior al prudencial, debe considerar que la empresa no está obligada en forma indefinida a reservarle el empleo; por ello, ante esa ausencia sin aviso, cabe estimar la reincorporación del trabajador a su empleo y, de persistir en esa actitud, considerar que su voluntad es la de no reintegrarse ya a su trabajo, con el consiguiente abandono de su empleo ... En el abandono de trabajo, y por ser imposible la ejecución forzosa del contrato laboral, intimado el trabajador, no cabe otra solución que la de dar por disuelto el nexo contractual por hecho imputable al subordinado. La rebeldía laboral cuadra en la esfera de las obligaciones personalísimas, de imposible cumplimiento forzoso. Por la jurisprudencia argentina se ha incluido en general el abandono de trabajo entre las causas justificativas de despido. Aunque no se trata de una causa de despido, es necesario examinar esas normas jurisprudenciales para determinar lo que los tribunales laborales requieren para dar por configurado el abandono de trabajo. El trabajador que, intimado para ello, no se presenta a trabajar, debe considerarse incurso en abandono de empleo. Se exigen para ello los siguientes requisitos: a) que exista una falta de asistencia al trabajo sin aviso y, en consecuencia, sin justificar; b) que se produzca una intimación por parte del empresario que el trabajador reanude sus tareas; c) que el trabajador haga caso omiso de esta intimación y persista en su actitud de no concurrir a su trabajo sin dar razón de ello; d) que el apercibimiento para considerar consumado el definitivo abandono del empleo se haga efectivo poniéndolo en conocimiento del trabajador. Con diversas variantes en cuanto al inmenso casuismo, es ésta la doctrina mayoritaria en los tribunales argentinos ...*” (Cabanellas, Guillermo, *Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Derecho Individual del Trabajo, Volumen 3, Contrato de Trabajo, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1989 p.175*) . En resolución final del proceso administrativo que se siguió contra el actor, de fecha 31 de octubre de 2003, por denuncia del jefe inmediato del actor, Aniceto Carrillo Castrillo, presentada el 21 de julio de ese año, la Municipalidad demandada le atribuyó: a) que ese día 21 de julio del 2003, a las 11:30, en Barrio San Jorge, carretera que da al Comando Sur, se constató por el señor Carrillo, que el operario Dennis Ugalde de la niveladora, no se encontraba realizando los trabajos y tampoco la niveladora; b) que no fue sino hasta las 12:15 horas que pudo ubicar al señor Dennis Ugalde en casa de Luis Ángel Peña donde también tenía guardada la niveladora, y c) que luego de los trabajos regresó donde se encontraba el señor Dennis Ugalde y en esa ocasión le faltó el respeto con palabras obscenas (folio 158). Por otra parte, en la contestación se reiteró la imputación transcrita, y se añadió como antecedentes de esos hechos, en lo que interesan, los siguientes: a) el 5 de diciembre de 1997 se le impuso a Dennis Ugalde Rodríguez por parte del Ejecutivo Municipal de Corredores, “suspensión de sus labores sin goce de salario, por un lapso de tiempo seis días hábiles a partir del lunes 8 de diciembre y hasta el 15 de diciembre de 1997 por abandono de trabajo”; b) el 23 de noviembre de 1998, se presentó denuncia del señor Enrique Alegría, encargado de Maquinaria, donde atribuye al trabajador Dennis Ugalde Rodríguez haberle gritado toda clase de improperios y palabras obscenas en virtud de que esta no es la primera vez que lo hace; c) como resultado de esa denuncia el día 27 de enero de 1999, se le hizo apercibimiento por parte del Alcalde Municipal, que dicha situación no se volviera a presentar para evitar futuras sanciones; d) el 5 de abril del 2002, el señor Álvaro Barrios Alfaro, encargado de maquinaria, reportó que el trabajador Dennis Ugalde Rodríguez se ausentó de sus labores y no presentó ningún comprobante del Hospital ni ninguna justificación, por lo que se le hizo el rebajo de ese día de trabajo; e) el 15 de mayo de 2002, el



señor alcalde municipal de esa época, José Manuel Núñez Torres, reportó al Comité de Base que el 12 de mayo a las 2 p.m. el trabajador Dennis Ugalde Rodríguez conducía la vagoneta de la Municipalidad y cuando se le acercó a hablar con él le sintió "que expedía olor a licor"; f) el 21 de julio de 2003, se dieron los hechos que se investigan en este proceso administrativo; y g) el 22 de julio de 2003, no se presentó don Dennis Ugalde a laborar ni justificó debidamente la ausencia, por lo cual fue reportado por el encargado de maquinaria, Aniceto Carrillo Castrillo (folios 177 y 178). Interesa entonces destacar que administrativamente la imputación se limitó al abandono de trabajo del día 21 de julio del 2003, a las 11:30, día en que fue ubicado a las 12:15 horas, y al irrespeto al jefe inmediato por palabras obscenas (folio 158), no lo relativo al día siguiente, 22 de julio, que se indicó en la contestación de la demanda como antecedente (folios 177 y 178). Incluso así lo entendió el recurrente, al decir: "... y si bien, no se incluyó en la nota de despido la ausencia del día 22, lo cierto es que existió una continuidad, pues abandonó el trabajo el 21 de julio y no volvió a trabajar ese día ni tampoco el siguiente ..." (folio 310). Por ello, no es posible considerar la ausencia del día 22 de julio de 2003, como falta imputada, pues significaría dejar al trabajador en estado de indefensión, alterándose el derecho de defensa, ya que él planteó la demanda con fundamento en lo que en su oportunidad le fue comunicado. La Sala Constitucional ha desarrollado este tema. Particularmente ilustrativo es lo dispuesto en el Voto N° 2170, de las 10:12 horas del 21 de mayo de 1993: "...TERCERO: "El Estado", manda el artículo 56 constitucional, debe evitar el establecimiento de "condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía." Según el artículo 74 de la Constitución "los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere con irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional" (énfasis agregado). Así, el derecho del Constitución está orientado a favorecer el equilibrio de los factores de la producción. En la sociedad civil capital y trabajo han de desenvolverse libremente dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad constitucionales. La legislación y los tratados internacionales han ido desarrollando el principio general, tratando de equilibrar las potestades y derechos patronales (el libre despido, por ejemplo) con disposiciones a favor de los trabajadores que pretenden armonizar la esfera de acción de estos y la de los empresarios: las normas protectoras de la actividad sindical y solidarista, las disposiciones que restringen el despido de mujeres embarazadas y en estado de lactancia, las convenciones colectivas previsoras del derecho a la reinstalación, el párrafo segundo del artículo 82 del Código Laboral... Precisamente, la preocupación constitucional y legal por el equilibrio entre los factores de la producción cuenta con una norma medular en el artículo 35 del Código de Trabajo: la obligación patronal de extender un certificado al momento de expirar todo contrato de trabajo; norma cuya violación puede falsear el equilibrio procesal en caso de contención acerca de la causal de despido. En efecto, examinaremos por ejemplo el artículo 82, párrafos primero y segundo, del Código de Trabajo: "El patrono que despida a un trabajador por alguna o algunas de las causales enumeradas en el artículo anterior no incurrirá en responsabilidad. Si con posterioridad al despido surgiere contención y no se comprobare la causa del mismo, el trabajador tendrá derecho a que se le paguen el importe del preaviso y el del auxilio de cesantía que le pudieran corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono (...)" . O sea, cuando el contrato no se hubiere extinguido por causas justas (artículo 81 ibidem) el patrono debe compensar la improcedencia del despido en los términos señalados, pues libertad hay de despido, pero no ilimitada. Sin embargo, cuando el trabajador, lo solicite o no, no se extiende la certificación que manda el artículo 35 del Código de Trabajo, se le ocasiona un serio desequilibrio, traducido en términos constitucionales, en un atentado directo e inmediato al derecho al trabajo y al debido



proceso, pues en el eventual caso de acudir a la jurisdicción común a hacer valer sus derechos, disposiciones como las citadas del artículo 82 se tornan inocuas: al trabajador no se le documenta la presunta causal de terminación del contrato e incoado el proceso ordinario correspondiente se le pueden alegar todas y cada una de las causales de justo despido. Sería mero ritualismo alegar que puede ocurrir a la jurisdicción ordinaria para obtener el certificado y luego, con la presunta justa causal documentada, incoar acción en reclamo de sus prestaciones correspondientes. Si a un trabajador se le especifica por escrito la falta en que incurrió y por la cual se le despide, la empresa no podría posteriormente en el juicio alegar que fue otra diferente, ni aducir que existen faltas concomitantes, salvo que por convención colectiva o por ley así se hubiera establecido. Por lo demás, la obligación de certificación también permite documentar el tiempo y clase de trabajo ejecutado, facilitando a la parte débil de la relación laboral el reclamo de sus derechos. Vemos, entonces, la trascendencia de la obligación patronal de certificación. En el caso presente la relación laboral concluyó por retiro voluntario del trabajador, y sigue teniendo trascendencia la certificación porque éste tiene derecho a documentar su "currículo" laboral y a que con posterioridad, dentro o fuera del juicio, no se le impute una presunta renuncia inducida por causas perjudiciales a su dignidad personal. CUARTO: Entran igualmente en juego para resolver este amparo los principios de igualdad y del debido proceso pues la desigualdad material de patronos y trabajadores ha de encontrar y encuentra en el derecho de la Constitución -y aún en la legislación ordinaria- compensaciones jurídicas: la obligación de certificar la causal del retiro o de la cesación del contrato -incluso cuando expresamente no lo reclame el trabajador- es una de ellas, como lo son las social y doctrinariamente pacíficas normas atinentes a la nulidad absoluta de las renunciaciones a las disposiciones del código, el "in dubio pro operario", la presunción de existencia del contrato individual de trabajo, el privilegio especialísimo de que gozan en caso de quiebras y otros supuestos los créditos a título de preaviso y cesantía, la absoluta prohibición de obligar a los trabajadores por cualquier medio a "retirarse de los sindicatos o grupos legales a que pertenezca"... (Código de Trabajo, respectivamente, artículos 11, 17, 18, 33, 70 inciso c). La libertad e igualdad jurídicas, consustanciales a las personas, requieren para su traducción real de normas procesales y sustanciales como las referidas para reducir la desigualdad material, como se infiere del artículo 50 constitucional. Este, eje del Estado Social de Derecho inaugurado en los años cuarenta, introduce al título de las garantías sociales con una aspiración a la libertad e igualdad reales. El artículo 74 cierra el mismo título invocando el "principio cristiano de justicia social" y el equilibrio entre los factores de la producción, lo cual hace de la justicia social un valor constitucional de primer orden..." Conforme a lo expuesto y en aplicación a la jurisprudencia citada, no es posible tener como falta imputada, la ausencia que se alega del día 22 de julio de 2003, tal y como lo estimó el *ad quem*, al señalar que no puede considerarse para cuantificarse el perjuicio, la ausencia del acusado el día indicado, por cuanto no le fue intimado en sede administrativa, y que existiendo una falta de correlación entre los hechos atribuidos al actor en sede administrativa, y los imputados en sede judicial, ello es motivo suficiente para revocar la sentencia (folio 288).

IV.- SOBRE LA PRUEBA RECIBIDA. El reclamante objeta que el Tribunal no tuviera por demostrado que la falta cometida por el actor fuera grave, si con los testimonios de Aniceto Carrillo Castrillo, Luis Ángel Peña Espinoza y Álvaro Barrios Alfaro, se demostró que el día de los hechos, los empleados de la Municipalidad realizaban un bacheo en San Jorge, y que cuando llegó el encargado de esos trabajos, Aniceto Carrillo, no encontró al actor ni a la niveladora, así como que no volvió a laborar ese día ni el siguiente, haciendo abandono de esas labores. En declaración rendida por *Aniceto Carrillo Castrillo*, refirió: "... *Lo que sucedió es que yo llegué a las once y media a San Jorge carretera frente al Comando, y la niveladora no se encontraba ahí ni Dennis tampoco. Entonces me di a la tarea de buscarlo y como a las doce y quince lo encontré en la casa de Luis Peña, estaba sentado en una silla, yo lo dejé quieto, no le hablé y me regresé a donde estaban*



trabajando los muchachos para que echaran el material de forma que no estorbara. Regresé otra vez a la casa de Luis, a buscar a este muchacho para traerlo a la casa y entonces le pregunté te vas a ir para la casa pero me contestó con malas palabras ahí, me trató mal me dijo carepicha, hijueputa, yo no le contesté nada y me regresé a la Municipalidad ... Después de eso no trabajé más. La niveladora quedó guardada en la casa de Luis Ángel Peña, siempre la dejábamos ahí. Eso está como a dos kilómetros del corte donde estábamos trabajando ... El día de los trabajos era reparación de caminos estábamos rebalastreando, lo que llaman bacheo, el horario es de seis de la mañana a dos de la tarde ... Don Dennis ese día trabajó hasta las once y media y luego no lo hizo más ... La maquinaria se guardaba a las dos de la tarde, antes de esa hora, porque esa es la hora de salida ... Dennis no se presentó a trabajar al día siguiente ... Esas faltas afectaron la labor que estaba haciendo porque había que distribuir el material y al día siguiente hubo que hacer otra labor porque no se encontraba el de la niveladora ... Yo no vi cuando Dennis se fue del lugar del trabajo con la niveladora, porque cuando llegué ya no estaba ... Ese día yo conversé con Dennis sobre el material, que estaba muy malo, eso fue antes de las once. Sí, don Álvaro también maneja la niveladora. Los vagoneteros eran Santamaría y Seferino ...”(folios 224 a 226). En sentido similar, lo hizo el testigo Luis Ángel Peña Espinoza, al decir: “... Ratifica la declaración rendida ante la Junta de Relaciones Laborales visible a folio 120 ... Aparte de Dennis, la niveladora la maneja Álvaro Barrio y el mismo Don Aniceto ...Usualmente la maquinaria se guarda a las dos de la tarde. El parqueó la niveladora en posición de guardarla ya ...” (folios 226 y 227). En la declaración que ratificó, señaló: “... El día de los hechos yo estaba en mi casa enfermo incapacitado en ese momento como a las once de la mañana llegó el señor Denis Ugalde y me pidió el servicio prestado y luego que salió me manifestó que no se sentía bien y se sentó en una silla en el corredor de mi casa como para descansar el había guardado la niveladora en el patio de mi casa un rato después llegó el señor Aniceto Carrillo a mi casa y posteriormente llegaron las vagonetas ... la niveladora quedó guardada ese día como en otras ocasiones en el patio de mi casa ...” (folio 120). Con esta prueba queda demostrado que el 21 de julio del 2003, el actor, quien se encontraba realizando labores como operario de niveladora, hizo abandono de sus labores a las 11:30 a.m., siendo localizado a las 12:15 horas, en casa del señor Luis Ángel Peña, donde tenía guardada la niveladora. Como se expresó en líneas precedentes, el abandono de trabajo en horas de labor sin causa justificada o sin licencia del patrono, no constituye por sí misma causal de despido del trabajo. Para que ascienda a ese nivel se requiere de un apercibimiento previo por parte del patrono, el que la jurisprudencia (y no la ley), ha establecido que debe darse en los tres meses anteriores. Este supuesto no se ha dado en el caso en estudio, ya que lo acontecido el 8 de diciembre de 1997 (folio 12), no reviste el carácter de actualidad y contemporaneidad respecto a los hechos atribuidos y, en consecuencia, no puede ser considerado para tener por constituida la falta.

V.- El casacionista insiste en que esa ausencia es grave, por el puesto que desempeñaba el actor. Contrario a lo que se afirma en el recurso, la gravedad de la ausencia no se mide en sí misma, sino en razón de las consecuencias de ésta en la empresa o en el centro de trabajo; es preciso observar sus alcances y repercusiones en el terreno de los hechos, para determinar si constituye falta grave que autorice el despido. Con la declaración de Carrillo Castrillo, queda claro que la ausencia no alcanzó a suspender las labores de bacheo que se estaban realizando, pues éste señala que giró la instrucción al resto de los trabajadores para que echaran el material de forma que no estorbara. Agrega que el día siguiente hicieron otras labores. Esto denota que no hubo un perjuicio efectivo, es decir, que las labores no fueron suspendidas por el hecho de la ausencia. Tampoco existen evidencias objetivas que demuestren que se trataba de un trabajo urgente, como para suponer que la ausencia afectó a la Municipalidad y a los intereses generales que ésta debe satisfacer. En todo caso, de existir duda en cuanto a la gravedad de la falta, en virtud del principio “in dubio pro operario”, que rige en esta materia, la misma debe resolverse a favor de la parte más débil de la

relación de trabajo.

VI.- El recurrente alega que el Tribunal no analizó la falta atribuida al actor, relativa al irrespeto del jefe inmediato, por considerar que no fue objeto de recurso, ya que el *a quo* tuvo por no probado ese hecho. Indica que sin embargo eso no es así, pues no es cierto que se tuviera por no demostrado ese hecho. Agrega que en todo caso, solamente se podía recurrir en los aspectos de la sentencia que le fueron desfavorables a la parte, en este caso, la condenatoria en costas a cargo de la Municipalidad. Concluye que así las cosas debió el Tribunal analizar la procedencia de la causal de falta de respeto al superior, sopesando las declaraciones de los testigos, especialmente la del propio Aniceto Carrillo. Al respecto interesa indicar que en la sentencia que se recurre, se avala el hecho no probado que contiene la sentencia de primera instancia, en cuanto a que la parte accionada cancelara los extremos de vacaciones y aguinaldo del actor, y se agrega como tal el siguiente: "2) La Municipalidad de Corredores no demostró que el abandono de trabajo por parte del actor constituyera una causal de despido por la comisión de una falta grave debido a que tuvieran que suspenderse los trabajos de bacheo de calles ante la imposibilidad de sustituir al actor en el manejo de la niveladora" (folios 249 y 285). En lo que fue objeto de recurso por parte del apelante, el Tribunal refirió: "... En relación con la falta de respeto al jefe inmediato, el juez *a quo* tuvo como no demostrado ese hecho, y siendo que ese punto no fue impugnado por ninguna de las partes, la sentencia impugnada se mantiene firme en tal sentido ..." (folio 289). En efecto, tenemos que el *a quo* reseñó: "... En el presente proceso no ha sido demostrada la falta de respeto, por lo tanto no se puede tener como causal justa para proceder a su despido, los testigos han indicado que no escucharon la conversación entre ellos dos el día de los hechos, por el ruido que hacia los motores de las vagonetas y por la distancia en donde se encontraban no les permitió oír la conversación entre el señor Aniceto y el actor ..." (folios 262 y 263). Ciertamente, no fue objeto de recurso por parte de la Municipalidad recurrente, lo que no era necesario porque en lo único que la sentencia la perjudicaba era en la condenatoria en costas. Sin embargo, al revocarse la sentencia, y tenerse el despido como injustificado, nace su interés para que la Sala conozca de este agravio. El único testigo que hace referencia a este hecho es el propio ofendido, señor Aniceto Carrillo Castrillo (folios 224 a 226), sin que exista prueba alguna que lo confirme, por lo que no es posible concluir que el demandante incurriera en la falta que se le endilga, concretamente el irrespeto con palabras obscenas. No hay prueba fehaciente en autos que permita llegar a esta conclusión."

j)Relación laboral estatutaria: Modificación unilateral del salario por conversión de un contrato de servicios profesionales a una plaza dentro del régimen de servicio civil

[Sala Segunda]¹⁰

Voto de mayoría

" **I.-** Doña Nuria Loaiza Brenes solicitó que se declarase por tiempo indefinido el contrato que suscribió con la Junta Administrativa del Registro Nacional, para prestarle servicios como programadora, y que, con base en ello, se le otorgasen los aguinaldos y las vacaciones correspondientes al período comprendido entre el 22 de marzo de 1994 y el 30 de junio de 1997. Reclamó, también, el preaviso y el auxilio de cesantía proporcionales, dado el cambio en sus condiciones salariales operado el 1° de julio de 1997, cuando fue nombrada en una plaza cubierta



por el Servicio Civil; así como los intereses legales y las costas. Pidió, además, la declaratoria de que, en esta última fecha, inició una nueva relación laboral. La demandada opuso las excepciones de falta de legitimación, falta de interés, prescripción y la genérica de sine actione agit. En primer lugar, destacó la naturaleza eminentemente administrativa de los contratos celebrados y su sujeción a lo establecido en el Reglamento de la Contratación Administrativa, hoy derogado. De seguido, negó que tal relación jurídica reuniese los elementos característicos de las de índole laboral y reputó como un fraude procesal pretender darle ese calificativo y pedir el reconocimiento de las prestaciones legales. La jueza de primera instancia otorgó los aguinaldos, las vacaciones y los intereses reclamados y resolvió el asunto sin especial condenatoria en costas. Por sentencia No. 235, de las 18:20 horas, del 7 de junio de 2002, la Sección Cuarta del Tribunal de Trabajo confirmó esa decisión. En esta sede, el licenciado Francisco Calvo Domingo, apoderado especial judicial de la actora, aduce una indebida interpretación de los numerales 41, 56 y 74 de la Constitución Política y 28 y 29 del Código de Trabajo, al igual que de los principios de continuidad, buena fe, razonabilidad y protector, este último en sus tres manifestaciones de in dubio pro operario, aplicación de la norma más favorable y aplicación de la condición más beneficiosa. En su criterio, la ausencia de norma expresa que resuelva el conflicto planteado obliga a interpretar la legislación vigente a la luz de los nuevos tiempos para lograr una solución satisfactoria. Ya sea que se acoja una u otra de las tesis planteadas en la demanda –prestaciones parciales o existencia de dos relaciones diferentes- estima indiscutible el derecho de su representada a ser resarcida, atendiendo al tiempo servido, por los perjuicios ocasionados por su contraparte con el cambio de las condiciones del contrato. Por último, insiste en que el 30 de junio de 1997 se produjo el rompimiento –aún cuando no haya sido material- de la primera relación y en que, para tener derecho a las prestaciones parciales, resulta irrelevante haber aceptado continuar laborando bajo las nuevas condiciones salariales o que la situación se haya presentado en una institución del Estado, pues la responsabilidad por la indebida contratación debe recaer sobre quienes la hicieron y no sobre sus legítimos derechos. Solicita la revocatoria del fallo recurrido y que, en su lugar, se acoja la demanda, en todos sus extremos, incluida la condenatoria en costas.-

II.- El 22 de marzo de 1994, la señora Loaiza Brenes y la Ministra de Justicia, Elizabeth Odio Benito, en su condición de presidenta de la Junta Administrativa del Registro Nacional, suscribieron un documento denominado “*contrato de servicios profesionales en el área de informática*” mediante el cual la primera se comprometía a prestar sus servicios como programadora en el proyecto Bienes Muebles, a cambio de setenta mil colones mensuales, por un periodo de 6 meses, contado a partir de esa misma fecha (folios 8-10). Desde entonces y hasta el 30 de junio de 1997, con excepción del período comprendido entre el 23 de setiembre y el 10 de octubre de 1994, ambas datas inclusive, la actora se mantuvo trabajando para el Registro Nacional, cumpliendo siempre funciones en el área de informática (folio 37). En cada una de las sucesivas prórrogas o de los nuevos contratos celebrados, se produjeron aumentos en su remuneración -a la cual, desde un inicio, se le dio el nombre de “*honorarios*”- por aplicación de la fórmula matemática del reajuste de precios prevista en el artículo 49 del hoy derogado Reglamento de la Contratación Administrativa (ver documentos de folios 13-16, 17, 18, 21-22, 25-26, 28-29, 86-87, 98, 124-125, 154, 168-169, 174-175, 177, 183-184, 206, 225, 243, 264-267, 270-272 y 273-275). Durante los últimos seis meses –del 2 de enero al 30 de junio de 1997- percibió un monto promedio mensual de ciento ochenta y dos mil setenta colones con diecisiete céntimos -¢ 182.070,17- (folios 86-87, 89, 93 y 94-95). Con base en el acuerdo del Poder Ejecutivo No. 970082, del 27 de junio de 1997 y al amparo del artículo 12 del Estatuto de Servicio Civil, fue nombrada como analista de sistemas de informática 3, a partir del 1° de julio de 1997 (folio 31). Los motivos de hecho de tal acto administrativo fueron los siguientes: “2°- *Que tal y como es de conocimiento público, la actividad registral ha aumentado considerablemente en los últimos tiempos, teniendo como consecuencia*

que el Registro Nacional se encuentre en crisis con respecto al personal, principalmente del **área de análisis y producción del Departamento de Informática**, el cual **es imprescindible para el funcionamiento institucional y por ende para la prestación del servicio público**. / 3°- Que en dichas áreas se realizan funciones muy específicas, que implican necesariamente, que el personal que labore en la misma cuente con una amplia capacitación y conocimiento absoluto del sistema, perfecto dominio de las herramientas de desarrollo utilizadas y una vasta experiencia en labores de análisis, razón por la cual el Registro Nacional se ve en la imperiosa necesidad y para no ocasionar un caos registral, de seguir contando con los servicios de los cinco profesionales que hasta el día de hoy han estado destacados en dichas áreas y que prestan sus servicios bajo la modalidad de servicios profesionales. / 4°- Que el Registro Nacional [es] consciente de que no es posible prorrogar los contratos de servicios profesionales citados, los cuales tienen vigencia hasta el 30 de junio de 1997 y dado que la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, mediante oficio STAP-0104-97 autorizó a la Junta Administrativa del Registro Nacional la **creación de 25 plazas dentro de las cuales se incluyen los puestos que se han venido ocupando bajo la modalidad de servicios profesionales...**" (Las negritas son agregadas. Folio 31). De conformidad con la acción de personal No. 97-000616, entre el 1° de julio y el 31 de agosto de 1997, la actora devengó un sueldo por mes de ciento sesenta y dos mil setenta y tres colones netos -¢ 162.073,00-, conformado por el salario base más un 30 % por concepto de prohibición y 4 anualidades (folio 30). A partir del 1° de noviembre de 1997, doña Nuria renunció a su puesto de trabajo, debido a que el tipo de nombramiento le impedía solicitar un permiso sin goce de salario para poder disfrutar de una beca por espacio de tres meses (carta de renuncia de folios 67-68 y 70).-

III.- En esta instancia, el debate sobre la naturaleza del vínculo jurídico que existió entre las partes antes de la conversión del puesto de trabajo en una plaza cubierta por el Régimen de Servicio Civil y de la designación de la actora en la misma es ya un asunto precluido. En todo caso, no sobra destacar que, de conformidad con lo previsto en los numerales 192 de la Constitución Política, 111 y 112 de la Ley General de la Administración Pública, 23 y concordantes de la Ley de Creación del Registro Nacional, No. 5695, de 28 de mayo de 1975, 2, 3, 5 y 7 de la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia, No. 6739, de 20 de abril de 1982 y 51 del Estatuto de Servicio Civil, en relación con los ordinales 2, 4 y 18 del Código de Trabajo y habiéndose acreditado la presencia de sus elementos constitutivos y distintivos, esto es: la prestación personal de servicio, la remuneración y la dependencia o subordinación jurídica, no podía más que considerársele, conforme lo hicieron las autoridades de instancia, como una relación genéricamente laboral y por tiempo indefinido, al margen del nombre y de la duración que se le haya querido atribuir en los documentos suscritos. En un asunto idéntico a éste, resuelto mediante el voto No. 2001-669, de las 9:40 horas, del 9 de noviembre de 2001, esta Sala expresó: "*Resulta fundamental, para determinar la laboralidad del vínculo, la información brindada en el contrato por servicios profesionales, acerca de la manera como, en la práctica, efectiva y realmente se desarrolló la prestación. La demandante asistía todos los días, a trabajar; cumplía con un horario, de ocho horas, que debía llevarse a cabo dentro de la jornada ordinaria de la institución y en sus instalaciones. La Jefatura del Departamento de Informática y la Dirección General del Registro Nacional, le supervisaban la correcta ejecución de las funciones establecidas en el contrato de servicios profesionales. Ese cúmulo de indicios, analizados en su conjunto y según las reglas de la sana crítica racional, llevan a la Sala a resolver del mismo modo en que lo hicieron ya los juzgadores de instancia; también calificar como laboral de servicio público, la relación que existió, entre las partes.*". En otras palabras, las condiciones en que la actora se comprometió a prestar sus servicios no son las propias del contrato de servicios profesionales, regulado por la Ley de Administración Financiera de la República, el Reglamento de la Contratación Administrativa y la circular de la Contraloría General de la República publicada en La Gaceta No. 133, del 15 de julio de 1991; normas todas que hoy han perdido vigencia. En su



momento –noviembre de 1997-, así se lo hizo ver a la Junta accionada el Jefe del Departamento de Asesoría Legal: “...si bien es cierto existen los procedimientos de excepción, mediante los cuales la Administración pueda contratar servicios profesionales para proyectos determinados, se ha venido desvirtuando el principio que rige la contratación administrativa, toda vez, que a la finalización de cada contrato subsiste la necesidad inminente por parte de la Administración y por ende proceden a solicitar prórroga de los mismos. / ...no es posible utilizar la modalidad de servicios profesionales para satisfacer necesidades o cumplir tareas de carácter permanente, debiendo utilizarse únicamente los procedimientos de contratación administrativa, cuando se trate de la contratación de típicos servicios profesionales, entendiéndose por tales, aquellos de carácter temporal, sin relación de subordinación y retribuidos con honorarios profesionales.” (Folio 211). Sobre el particular, en el voto No. 2001-717, de las 9:40 horas, del 30 de noviembre de 2001, indicamos: “La circunstancia de que, para contratar sus servicios, se hayan empleado los procedimientos dispuestos por el derogado Reglamento de la Contratación Administrativa, no es suficiente para negarle aquella condición; si, de acuerdo con las disposiciones contenidas en los numerales 3 y 174 del mencionado Reglamento, esas normas no son de aplicación para la contratación de servicios de esta naturaleza; es decir, de aquellos contratos que tengan por objeto la prestación de servicios técnicos o profesionales, con relación de subordinación; y, en este caso, de acuerdo con la realidad operada, los servicios del actor fueron ejecutados en esa condición.” A propósito de este tema, en una sentencia más reciente, la No. 2002-194, de las 15:10 horas, del 25 de abril de 2002, se consideró lo siguiente: “Los tres contratos que suscribió, carecen de la virtud necesaria para enervar esas conclusiones, pues no son otra cosa que un mero subterfugio, fraudulentos, aunque con visos de legitimidad- con el propósito definido de intentar desconocer las consecuencias constitucionales y legales en su favor, derivadas del vínculo que formalizó con el ente demandado y que, por eso mismo, son contrarios al elemental principio de legalidad que debió presidir, en todo momento, el actuar de éste último en tanto entidad de Derecho Público; actitud verdaderamente reprochable, en un Estado Social de Derecho. Dentro de esta línea de análisis, en la sentencia No. 2001- 669, de las 9:40 horas, del 9 de noviembre de 2001 ya fuimos enfáticos, al sostener que “...ni en el ámbito laboral privado, ni en el público, le está permitido a los patronos desnaturalizar los contratos laborales o de servicio público, para disminuir la protección al trabajador, garantizada en la Constitución Política. En el sector público no hay ninguna autorización legal, para utilizar formas de negociación cuya verdadera finalidad sea eliminar, los derechos propios de una contratación de servicio público laboral. En este caso el régimen de contratación administrativa, por sí mismo, no desvirtúa la presunción de laboralidad de que se ha venido hablando; toda vez que, en la materia que nos ocupa, y en este caso concreto no interesa tanto la forma que el patrono haya querido darle al contrato, como, lo que jurídicamente resulte, al final, respecto de la naturaleza de la totalidad de lo expresamente pactado. La denominación que se le dé al contrato, no puede ser utilizada con la finalidad de evadir e intentar irrespetar las garantías laborales constitucionales y legales, desarrolladas por nuestro ordenamiento. Esta afirmación, en consecuencia, resulta válida para ambos sectores. También debe indicarse que, el Estado y sus instituciones, tienen facultades para utilizar, en su funcionamiento, institutos jurídicos diversos del “contrato de servicio público”, cuando esto no sea un mecanismo de evasión de las cargas que impone el respeto a los derechos laborales, de los servidores públicos.”” Por último, en el ya citado voto No. 2001-717 también se estimó que “Si la fórmula adoptada, por la demandada, para adecuarle el pago de los servicios al actor, era por el sistema de reajuste del precio del contrato, lo que redundaba inexorablemente en beneficio del trabajador, ello fue una decisión de la propia empleadora; la cual, en nada, puede perjudicarlo; porque su obligación debió ser la de adecuar las condiciones del trabajador a las propias que exigían su condición laboral; no pudiendo, esa omisión, revertirse en perjuicio del accionante.”.



IV.- Ahora bien, como *“La calidad de funcionario público no es producto de una concesión derivada de un acto discrecional de la Administración; [pues] el requerido nombramiento, o el acto de investidura, no es algo que queda a la libertad de la Administración; sino que su definición, en sus alcances jurídicos, quedó en manos del legislador...”* (voto No. 2001-513, de las 9:50 horas, del 29 de agosto, reiterada por los Nos. 2001-674, de las 10:30 horas, del 9 de noviembre y 2001-716, de las 9:30 horas, del 30 noviembre, los tres de 2001) y como las labores que desempeñaba son típicas y necesarias para la prestación del servicio público a cargo del órgano demandado –véase el considerando 2° del acuerdo No. 970082, antes transcrito-, no cabe duda que, de acuerdo con el párrafo 1), del numeral 111, de la Ley General de la Administración Pública, la actora ostentó, desde un principio y sin solución de continuidad, la condición de servidora, funcionaria o empleada pública –términos todos que resultan equivalentes, según lo dispuesto por el segundo párrafo ídem-. A mayor abundamiento conviene transcribir parte del oficio DI-96-433, del 11 de setiembre de 1996, dirigido al Director del Registro Nacional y suscrito por la Jefa del Departamento de Informática: *“Este personal –entre él, la señora Loaiza Brenes- está asignado básicamente a las labores de mantenimiento del Sistema Automatizado del Registro Público de la Propiedad Inmueble. Cabe recalcar que el mantenimiento al Sistema del Registro Público es una actividad de tipo permanente, que consiste en la atención de reportes de falla y nuevos requerimiento del sistema, ya que éste se encuentra en constante afinamiento y optimización.”* (Sic, folios 162-164). Así las cosas, siguiendo la reiterada jurisprudencia de esta Sala y de la Constitucional, debe destacarse que los principios aplicables a la relación jurídica que existió entre las partes no sólo son diferentes a los del derecho laboral –privado-; sino, inclusive, contrapuestos a ellos (ver, entre muchos otros, los votos de la Sala Constitucional Nos. 1696, de las 15:30 horas, del 21 de agosto de 1992; 4788, de las 8:48 horas, del 30 de setiembre de 1993; 3309, de las 15 horas, del 5 de julio de 1994; 6095, de las 9:18 horas, del 18 de octubre de 1994; 3125, de las 16:24 horas, del 14 de junio de 1995; 3865, de las 10:57 horas, del 14 de julio de 1995; y 3089 de las 15:00 horas, del 12 de mayo de 1998; así como los de esta Sala Segunda Nos. 2001-172, de las 10:10 horas, del 14 de marzo; 2001-181, de las 10:10 horas, del 22 de marzo; 2001-191, de las 9:50 horas, del 28 de marzo; y 2001-322, de las 10:10 horas, del 13 de junio, todos de 2001). Por consiguiente, principios tales como el de primacía de la realidad y el protector se ven desplazados por otros de naturaleza pública o ante las necesidades del servicio público. Dentro de los primeros, el de legalidad, contemplado, entre muchos otros preceptos, en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la Ley General de la Administración Pública, exige que todos los actos y comportamientos de las administraciones públicas, tanto centralizadas como descentralizadas, deban estar previstos y regulados por norma escrita, con pleno sometimiento a la Constitución, a la ley y a todas las otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Su vigencia conlleva, por tanto, una especial forma de vinculación de las autoridades e instituciones públicas, al bloque de legalidad y, en consecuencia, a las administraciones públicas sólo les está permitido realizar lo que esté constitucional y legalmente autorizado (ver, en igual sentido, el voto No. 2001-322, de las 10:10 horas, del 13 de julio de 2001).-

V.- Dentro de esa tesitura, la Sala no desconoce la legítima potestad de las administraciones públicas, de fijar las condiciones salariales de los puestos de trabajo que creen y su deber de tener en cuenta principios presupuestarios y de otra índole que condicionan esa actuación ordinaria. No obstante, en un caso como éste, en donde es clarísima la decisión de mantener una relación estatutaria de servicio en ejecución desde hacía varios años, sin modificación alguna en cuanto a las labores, el ejercicio de ese poder-deber con el propósito de adaptarse a los imperativos del sector público, no sólo debió haber sido realizado oportunamente, sino que también debió llevarse a cabo sin perjudicar a la contraparte o reparando los daños que no pudiesen evitarse. Nótese que la Ley General de la Administración Pública, por un lado, insiste en recabar del operador y de la



operadora del derecho administrativo que, en su actuar, garanticen un equilibrio entre la eficiencia de las administraciones públicas y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales e intereses de las personas (véanse, entre otros, sus artículos 8, 10 y 17) y, por otro, establece, en su numeral 190, que “**La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.** / 2. **La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento anormal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente.**” (La negrita es agregada). Llama la atención, además, que por el sólo hecho de haberle asignado una nomenclatura diversa, se haya disminuido de manera desproporcionada –casi un trece por ciento- la retribución de unas mismas funciones –“...Los puestos que se han venido ocupando bajo la modalidad de servicios profesionales...”, según lo consignado en el ya mencionado acuerdo 970082-. Por consiguiente, la modificación unilateral del salario de la señora Loaiza Brenes, acordada por la demandada como consecuencia de la inclusión de la plaza dentro del régimen de servicio civil, constituye un típico supuesto de responsabilidad administrativa por conducta lícita –artículo 194 ibídem-, dado que, de ese modo, se le produjo una grave y especial lesión a un derecho garantizado constitucionalmente. No está de más destacar que, por efecto de su indudable carácter oneroso, el derecho al sueldo es, como ya se dijo, uno de los tres elementos esenciales de toda relación de servicio o de trabajo, entendiéndose por tal la retribución económica que la parte patronal debe cancelarle a la servidora o a la trabajadora, como obligación nacida de la relación jurídica de servicio o de índole laboral, en reciprocidad por la prestación personal de sus servicios (trabajo subordinado). En el ámbito específico del empleo público, un ejercicio del *jus variandi* como el verificado en la especie es, por eso mismo, causal suficiente para que la parte afectada pueda dar por roto su vínculo jurídico **con plena responsabilidad patronal** (artículos 83, 70 y 84 del Código de Trabajo, aplicables por disponerlo así el 51 del Estatuto de Servicio Civil).-

VI.- Es cierto que, por regla general, el pago del preaviso y del auxilio de cesantía tiene como única causa el cese, directo o indirecto, imputable a la parte empleadora, por ser ejercicio, ilegítimo o abusivo, de su libertad de despedir (artículos 28, 29, 82, 83 y 84 del Código de Trabajo y voto de esta Sala No. 276-98, de las 9:10 horas, del 13 de noviembre de 1998); nada de lo cual se ha dado en este caso. Sin embargo, también lo es que, conforme se alega en el recurso, no es ésta la única reparación exigible ante un acto productor de un daño como el descrito. Cuando, en un caso como éste, no se opta por romper la relación de servicio, siempre puede reclamarse y concederse la correspondiente indemnización, para establecer la cual resulta adecuado el procedimiento ordinario laboral. Ése es el sentido que ha de dársele a la pretensión de la parte actora, relativa al reconocimiento de las prestaciones parciales, máxime si se considera que éstas son, al fin y al cabo, un resarcimiento. Nótese que en su recurso de apelación (folios 322-325) y en el formulado ante esta Sala (folios 377-382), ha reiterado su petición de ser reparada por el daño causado. Y conviene recordar que el proceso laboral tiene como propósito fundamental darle vigencia efectiva al derecho sustancial o de fondo (ver la relación de los artículos 16, 17, 394, 399 y 452 del Código de Trabajo; 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y 1°, 3, 97, 98 y 132 del Código Procesal Civil); pauta que debe seguirse tanto en la interpretación de las normas procesales, como en la propia de las distintas situaciones que se presenten en su aplicación concreta.

VII.- A diferencia de lo que ocurre en otras ramas jurídicas, y, algún otro, por regla general y salvo en los supuestos del artículo 31 del Código de Trabajo excepcionalmente, en el derecho laboral costarricense, el resarcimiento de los daños y perjuicios no requiere que la persona reclamante demuestre su existencia y gravedad. Ello es así porque, ante hipótesis concretas, como por



ejemplo el despido sin causa justa y los riesgos laborales, se establecen sistemas tarifados de reparación (véanse, por ejemplo, los numerales 82, 94 bis, 218 y concordantes, y 368 íbidem, al igual que los votos Nos. 31, de las 15 horas, del 20 de marzo de 1986; 110, de las 10 horas, del 17 de octubre; 355, de las 15:50 horas, del 6 de noviembre; ambos de 1996; 3, de las 14:20 horas, del 8 de enero; 93, de las 15:10 horas, del 14 de mayo; 328, de las 9:10 horas, del 19 de diciembre; los últimos de 1997; 90, de las 10 horas, del 25 de marzo; y 168, de las 15:30 horas, del 15 de julio; los dos de 1998). Esas pautas son también aplicables, por vía supletoria, en los asuntos en los que está de por medio una relación estatutaria de servicio (para lo que aquí interesa, deben consultarse los artículos 51 y 44 del Estatuto de Servicio Civil). Ahora bien, considerando las particularidades de este caso, es clara la inexistencia de alguna previsión tarifaria específica que permita resolver lo pertinente. Sin embargo, sí resulta posible recurrir, por la vía de la analogía, a una de las otras, concretamente la consignada en los numerales 29 y 30 del Código de Trabajo, antes de su reforma por la Ley de Protección al Trabajador en razón de la fecha en que se produjo la lesión. Con base en ella, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 190 y 194 de la Ley General de la Administración Pública, dada la naturaleza jurídica del acto lesivo, y considerando el menoscabo patrimonial sufrido y la antigüedad de la actora antes del cambio en su situación, se determina que tiene derecho a una indemnización que asciende a la suma de cincuenta y nueve mil novecientos noventa y un colones con cincuenta y un céntimos (¢ 59.991,51), correspondiente a las diferencias salariales de tres meses. Por tratarse de una actuación lícita de la administración demandada, la reparación no puede cubrir el lucro cesante, es decir, los perjuicios, tal y como lo estipula el inciso 2, de dicho numeral 194. De conformidad con lo previsto en los artículos 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 15 del Código de Trabajo y 12 del Código Civil y teniendo en cuenta lo solicitado en la demanda, la aplicación supletoria de todas esas disposiciones legales a este asunto, no es solamente posible; sino que resulta imperativa y constituye sustento suficiente para la condenatoria decretada. No resulta congruente con el ordenamiento laboral, negar la indemnización por no existir una norma específica y, tampoco, exigir, para obtenerla, la renuncia de la accionante a su trabajo, cuando le asistía todo el derecho a conservarlo."

j) Cambio de labores con reducción de jornada y salario: Responsabilidad patronal por ius variandi abusivo

[Sala Segunda]¹¹

Voto de mayoría

"VII.- El actor finalizó su relación laboral con la actora, alegando una variación abusiva de sus condiciones de trabajo. Demostrado que el demandante laboraba como asistente financiero, con un salario, el cambio a realizar labores de Contador, por pocas horas y con un pago inferior, constituyó un uso abusivo del ius variandi. Al respecto, el jus variandi es "...una facultad del patrono, derivada de su poder de dirección, para ir alterando las modalidades de prestación de los servicios..." (PLA RODRIGUEZ (Américo), Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Depalma, segunda edición, 1978, pp. 168). Sin embargo, tales variaciones no pueden modificar las condiciones contractuales, de modo que perjudiquen al trabajador, salvo que medie el consentimiento de éste. En el presente caso, el jus variandi, que pretendió aplicar la demandada, vulneró los derechos del actor y al no aceptar éste, tales cambios, se encontró ante la legítima facultad jurídica de dar por terminada su relación de trabajo y de solicitar el pago de sus derechos laborales. Su renuncia es

tutelada por nuestra legislación al tenor del artículo 70 inciso i) y 83 inciso i), ambos del Código de Trabajo, por cuanto se restringieron sus derechos. En consecuencia procede acoger el reclamo de su preaviso, auxilio de cesantía, vacaciones y aguinaldo."

k) Taxista que entrega por día suma fija de las ganancias al patrono

Incremento unilateral de cuota constituye abuso del ius variandi

[Sala Segunda]¹²

Voto de mayoría

"I.- El actor prestó servicios, como chofer de un taxi propiedad del demandado, de junio de 1993 a julio de 1997. En este asunto, se ha tenido por establecido que la relación entre las partes fue de naturaleza laboral. Este aspecto la Sala lo da por definido, en ese sentido, y no lo analiza porque ya el recurso no incluye cuestionamiento alguno, al respecto. La sentencia recurrida confirmó el pronunciamiento del A-quo, el cual declaró con lugar las pretensiones de la demanda, por estimar que, el patrono, incurrió en un uso abusivo del ius variandi. El recurrente se muestra disconforme con dicho fallo; niega que se produjera una variación de los términos de la contratación, en perjuicio del demandante, e insiste en el abandono injustificado del trabajo, por parte de éste.- II.- En la contestación de la demanda, el señor G.C., aceptó el haber variado las condiciones en que venía laborando el demandante (folios 19 a 20). Una de esas condiciones era, precisamente, la cuota que éste debía entregarle, del dinero recaudado diariamente, por los servicios prestados con el taxi; la cual, hasta ese momento, era de siete mil colones. Sobre el particular, la testigo G.C.C., esposa del demandado, indicó: "El carro como estuvo tanto tiempo en reparación y mi esposo que es el demandado le propuso al actor un aumento en la tarifa que le había venido cobrando a lo que don R. no estuvo de acuerdo. Lo único que sé cuando estaban conversando R. se fue y le dijo que no estaba de acuerdo con el aumento." (folio 29 frente y vuelto). En el mismo sentido, se pronunció el testigo L.A.C.C., cuñado del demandado: "Según me comentó el señor V.G. él no despidió a R., él le hizo una sugerencia a él por cuanto iba meter el carro a una reparación y el mismo estuvo cuatro semanas en un taller, después de eso el señor V. me comentó que le había propuesto a R. una alternativa, porque según él el alto costo de la reparación y dado que el carro estaba sufriendo muchos desperfectos mecánicos él decidió que iba a aumentarle la cuota y que R. no estuvo de acuerdo y se fue" (folios 30 frente a 31 frente). De esas declaraciones y de la contestación de la demanda, se deduce que, la relación entre las partes, terminó, precisamente, en virtud de que el dueño del taxi decidió, en forma unilateral, incrementar la suma de dinero que, el actor, debía entregarle. Así las cosas, se debe dilucidar si, tal incremento, constituía una variación al contrato tenido como de trabajo, en perjuicio del empleado; capaz de justificar su ruptura, con responsabilidad patronal.- III.- A la luz de lo establecido en el inciso i), del artículo 83, en relación con el inciso i), del numeral 70, ambos del Código de Trabajo, el trabajador está facultado para dar por terminado su contrato de trabajo, con justa causa, cuando el patrono ejecute cualquier acto que restrinja ilegítimamente sus derechos. En el caso concreto, tal y como se indicó, el actor debía entregar la suma de siete mil colones diarios, al patrono, de lo cual se desprende que, el resto del dinero, que generaban los servicios brindados con el taxi, constituían su salario, es decir, la contraprestación a su esfuerzo en el trabajo (artículos 4 y 18 del Código de Trabajo). Ese modo de remuneración, es común en este tipo de actividades y obedece, precisamente, a la particular forma en que se prestan las labores; la cual no posibilita un control directo, del patrono (artículo 143 del Código de Trabajo). Por esa razón, este último, en aras de obtener una ventaja fija, no sujeta



necesariamente al esmero con que el trabajador ha de desempeñar su labor, le impone la entrega diaria de una suma fija de dinero. Sobre el punto, esta Sala ha señalado: "II.- De la misma forma, se demostró que, el accionante, no era asociado de la Cooperativa y que el modus operandi establecido, consistía en laborar en turnos diurnos o nocturnos, debiendo cancelarle a la demandada una suma fija, diaria, cercana a los dos mil colones. Por su parte, los ingresos del actor provenían de lo que le quedara, luego de deducir la cuota de la Cooperativa y el pago del diesel, logrando obtener un promedio mensual de cuarenta mil colones ...III.- ...si nos remitimos a la remuneración o salario, es importante tomar en cuenta la tesis sostenida por el apoderado judicial del actor, en el sentido de que, en tratándose de conductores de taxis, existen dos tipos de remuneración: pago de un salario fijo y pago de un porcentaje de los ingresos provenientes de la operación del vehículo -Decreto de Salarios Mínimos vigente, N° 22337-MTSS, de 9 de julio de 1993-; verbigracia, véase la sentencia de esta Sala, número 191, de las 9:10 horas del 24 de setiembre de 1986. Así las cosas, la participación del actor, en las ganancias obtenidas, luego de deducir la cuota de la Cooperativa y los gastos de operación de la jornada -fundamentalmente el combustible-, sí es salario y refuerza la tesis de que, el monto entregado a la demandada, constituye el provecho promedio que ésta obtenía por el esfuerzo desplegado por don R., como trabajador -artículo 2° del Código Laboral- y convierte a aquélla en patrono -ordinal 4° ídem- (véase, a mayor abundamiento, el documento de folio 6)." (Voto Número 316, de las 9:10 horas, del 15 de diciembre de 1993). De ahí que, en tesis de principio, un aumento de la suma que debe entregarse al patrono, implicaría, necesariamente, una directa disminución salarial. No obstante, pueden presentarse casos en los cuales, dicho aumento, se imponga como una cuestión racional y objetiva, para tratar de ajustar el contrato a determinadas condiciones sobrevinientes, como lo sería un aumento significativo en la tarifa del servicio, brindado a los usuarios; y, para el otro lado, un grave aumento en los costos de mantenimiento, en los combustibles y lubricantes, etc. En el recurso se invoca la existencia del aumento de dichas tarifas, a efecto de justificar la decisión patronal, al indicarse: "Es consecuencia de la misma dinámica de este tipo de trabajo que necesariamente deba adecuarse la cuota. Con ello no se le causa un grave perjuicio al trabajador, todo lo contrario porque al actualizarse las tarifas públicas de los taxis, el taxista ve incrementado su ingreso. De no actualizarse la cuota al taxista estaría obteniendo un beneficio indebido, es decir un enriquecimiento ilícito en perjuicio del propietario del taxi, quien debe correr con el mantenimiento y depreciación de la unidad de taxi, que son los que aumentan en forma constante y provocan por ello el reajuste en las tarifas. Dicho de otra manera, la tarifa aumenta porque los costos aumentan y, por tanto, la variación de la tarifa es para compensar ese efecto y no para beneficiar al conductor del taxi." Sin embargo, el patrono omitió demostrar, como estaba obligado a hacerlo (inciso 2), del artículo 317 del Código Procesal Civil, aplicable a la materia laboral por disponerlo así el numeral 452 del de Trabajo), que existiera, realmente, tal incremento en las tarifas; que el mismo fuese significativo, al punto de ameritar un aumento de la cuota que, el actor, le debía entregar diariamente y que la nueva suma, fijada por él unilateralmente, no constituyera una lesión a lo conceptuado como el salario que venía percibiendo, el demandante.- IV.- La mayoría de la doctrina, le reconoce al patrono el poder de alterar ciertas condiciones del contrato, siempre que no se vulneren aspectos de orden fundamental, como el salario; el cual, en nuestro ordenamiento jurídico, tiene asidero constitucional (artículo 57 de la Constitución Política). Sobre el particular, expresamente, se ha dicho: "El patrono puede, en virtud de su poder de dirección, alterar ciertas condiciones del contrato, siempre que no se vulneren cláusulas fundamentales del mismo o que no cause un perjuicio al trabajador; pero si incurre en abuso, el trabajador puede oponerse a ello y disolver el contrato si no modifica la decisión tomada. En virtud del principio de pacta sunt servanda, el empleador no debe exigir trabajo distinto al contratado. Por supuesto que esta prohibición no puede entenderse en forma absoluta, pues en casos de urgencia, de extrema necesidad, sí se puede modificar lo convenido. Tampoco puede alterar el horario, la jornada, las condiciones en que se desarrolla la tarea y el salario. Todas las condiciones concertadas por las

partes deben ser respetadas y solamente en forma excepcional pueden ser alteradas." (Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A, Tomo IV, 1979, pp. 472-473). En consecuencia, en un caso como el presente, bastaba con que el patrono le comunicara, al trabajador, su decisión de exigirle que le entregara más dinero, diariamente; para que, éste, diera por rota la relación laboral con plena responsabilidad patronal, ya que esa orden debía ser cumplida por el propio actor y, de no hacerlo, podría haber sido privado del vehículo; de forma inmediata.-"

I) Despido injustificado: Trabajadora embarazada

Medios probatorios del estado de gravidez

[Sala Segunda]¹³

Voto de mayoría

"I. Para la correcta resolución del problema que se plantea, conviene, prima facie, realizar un breve análisis histórico de la protección que, el ordenamiento jurídico, le ha otorgado a la mujer embarazada. Al respecto, cítase el Voto, de esta Sala, N° 191, de las 9:55 hrs., del 23 de junio de 1995; en el cual y en lo que interesa, se señaló: "... Antes de promulgarse el Código de Trabajo, las relaciones laborales se regían por lo que establecían los artículos 1169 a 1174 del Código Civil, relativos al arrendamiento de servicios (que no contemplaban ningún tipo de protección para las trabajadoras embarazadas) y por otras normas especiales, como lo eran las contenidas en el Código de la Infancia. En este último se incluyeron las siguientes normas, que pretendieron amparar, de algún modo, a este grupo de servidoras: "Artículo 4°. La mujer en estado de gravidez que desempeñe un cargo en la Administración Pública, disfrutará de una licencia de cuatro semanas antes del alumbramiento y de cuatro después de él. Durante ese lapso el reemplazo tendrá el carácter de interinidad, pero solo la mujer casada que goce de tal licencia, disfrutará de un sueldo completo". "Artículo 5°. Queda prohibido en los establecimientos industriales y comerciales, así como en sus dependencias, sean urbanos o rurales, públicos o particulares, excepto en aquellos en que solo trabajen miembros de la familia del patrón, ocupar mujeres durante el período -que se hará constar por certificado médico-, de cuatro semanas anteriores al alumbramiento, y durante las cuatro posteriores. Las interesadas podrán abandonar el trabajo presentando un certificado médico en que conste que el alumbramiento se producirá probablemente dentro de seis semanas. El dueño o patrón que infringiere este artículo, será penado con arresto o multa menor en cualquiera de sus grados". "Artículo 6°. La mujer a quien se le haya concedido licencia, de acuerdo con las disposiciones del artículo anterior, tendrá derecho al cincuenta por ciento de su salario y a volver a su puesto, una vez desaparecidas las circunstancias que la obligaron a abandonarlo". "Artículo 7°. En el caso de que la mujer permanezca ausente de su trabajo un tiempo mayor del concedido, a consecuencia de enfermedad, que según el certificado médico deba su origen al embarazo o al alumbramiento y que la incapacite para reanudarle, no podrá ser declarada cesante". Posteriormente, el numeral 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, dispuso: "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" [...]. Y, en el 94 bis ídem de ese mismo Código, -introducido también mediante dicha reforma-, se agregó: "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". II. Las disposiciones antes señaladas, fueron dictadas en asocio capilar con el principio constitucional de la protección especial que, el Estado, tiene que darles a la madre y al ser por nacer (artículo 51 de la Constitución Política) y con la finalidad obvia de modificar el régimen de libre despido, que se venía aplicando a las mujeres en estado de gravidez, mediante ese aviso al empleador, en esos términos en que, en la misma, se disponen. De lo transcrito, se desprende que las trabajadoras que se encuentran en tal estado, para quedar bajo la protección de la ley citada, deben cumplir con dos requisitos, fundamentales; a saber: a) notificar de la gestación al patrono; y b) entregarle el certificado o la constancia médica, de su condición, suscrita por la Institución aseguradora -Caja Costarricense de Seguro Social-. Esta innovación normativa, incorpora nuevos derechos que mejoran la protección de las trabajadoras que, dentro de una relación laboral, queden embarazadas. Entre éstos, conviene citar: El de reinstalación, si fuesen despedidas injustificadamente; el del pago del pre y del post parto, y el de los salarios que hubiere dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo, por concepto de daños y perjuicios; cuando no se opte por la reinstalación; y, por último, el derecho también garantizado por la Ley y por la jurisprudencia, de un proceso sumarísimo. En consecuencia, para la correcta resolución de esta litis, debe determinarse si doña K., cumplió con esos requisitos esenciales, en cuyo caso, el despido, se tornaría en improcedente; debiendo, entonces, la entidad patronal cancelarles los extremos que correspondan. III. Ahora bien, antes de abordar el tema de lo que, la Sala, considera como el meollo del asunto, débese establecer dentro de qué plazo puede, la madre, válida y eficazmente comunicar su estado de gravidez al patrono. Reiteradamente se ha dicho que, este último, en asocio con los principios de la buena fe, que rigen la materia laboral, debe cerciorarse, ante la duda, de la existencia o no del embarazo a fin de ejercer, en toda su extensión, el derecho de despedir o de cumplir con las exigencias establecidas en la ley, en caso contrario: "...Tal y como se indicó, en el contrato laboral, las partes deben actuar con buena fe, o sea con rectitud, lo que no hizo la representación de la Sociedad demandada en este caso. 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 del fin 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..." (N° 191, de las 9:55 hrs, del 23 de junio de 1995). Lo anterior marca el norte para concluir que, el plazo señalado, por el artículo 94 del Código de Trabajo, debe fundarse tanto en la prudencia cuanto en

la equidad. Así lo ha establecido, también, esta Autoridad, ya que, ese requisito, puede "cumplirse a posteriori, en un plazo prudencial que no sería mayor de quince días naturales, a partir de la comunicación. Se indica ese plazo, por ser el mismo que la Sala ha considerado debe otorgar el trabajador al patrono, antes de dar por roto con responsabilidad patronal el contrato laboral, para que éste enmiende el agravio a sus derechos laborales". IV. Ahora bien, de la sustanciación del proceso se colige que, la actora, realmente, comunicó su estado de embarazo a la entidad patronal. Así lo tuvo por demostrado el propio Tribunal, al acoger el elenco de hechos probados, que contiene la sentencia de primera instancia; donde, en su aparte f), se dijo: "f) Que la actora al momento de ser despedida con responsabilidad patronal el día dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y cuatro le comunicó en forma verbal al asesor administrativo de la empresa señor L.G.C.G. que no podía despedirla porque creía que estaba embarazada (testimonial de folio 75, demanda y contestación). Esta afirmación, se ve complementada con las pruebas, documentales y testimoniales, vertidas en los autos. Así, el señor L.G.C.G. -quien fue el que entregó la carta de despido a la actora-, declaró: "...Yo le entregué la carta de despido, ella la leyó y me manifestó en ese momento que no la podíamos despedir ya que ella creía que estaba embarazada..." (ver folio 75). Por su parte, el propio representante judicial de la parte demandada, en el momento de la confesional de la señora N.B., le preguntó: "2. Diga la razón por la cual usted presentó la Constancia de Embarazo de la Clínica Santa Rita, hasta el 16 de setiembre de 1994, y no antes de dicha fecha?" (ver folio 85). Lo cual lleva a concluir que, efectivamente, ese día -precisamente el mismo en que fue despedida- la actora presentó un dictamen médico confirmando su estado de gravidez. A mayor abundamiento, también presentó otro, el 27 de ese mismo mes -sea solo once días después-, donde hacía constar su embarazo (folio 10); por lo cual, se encontraba dentro de un plazo prudencial, como se indicó en el acápite anterior. Téngase presente que se comprobó que, la actora, tenía al menos un mes de embarazo -véase folios 10, 11 y certificación notarial a folio 79 frente-; por lo que la "inseguridad jurídica" de la que se habla en el recurso, en este caso concreto, no se da. Al tenor de lo expuesto, se concluye, entonces, que el jefe inmediato de la señora N.B., en la Editorial, -L.G.C.G.-, conoció, aunque fuese al momento del despido, del estado de gravidez que ella presentaba, impidiéndole ello, entonces, el poder realizar el despido sin causa justificada. V. Se deduce de lo anterior, valorando la causa de la actuación (conducta del agente) y las circunstancias especiales que rodearon la decisión patronal, que el despido realizado por "E.L.R., S.A." fue la consecuencia de un ejercicio abusivo y antisocial del derecho patronal; porque, a través del mismo, se puso en práctica y se llevó a efecto un móvil ilegítimo, con el que -como quedó claro- la intención no fue otra que la de desviar o la de enervar la función protectora de la norma citada. Su actuación no solo la violentó sino que, también, dejó a la accionante en un sorpresivo e ilegítimo estado de desamparo, al suprimirle su única entrada económica; más importante aún, si se toma en cuenta que estaba embarazada y que la vida por llegar, que tenía también sus derechos fue, a su vez, igualmente desamparada. En consecuencia, debe confirmarse el fallo impugnado."

m) Trabajadora embarazada o en período de lactancia: Requisitos necesarios para gozar de protección laboral

[Sala Segunda]¹⁴

Voto de mayoría

"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" [...]. 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". II. Las disposiciones antes señaladas, fueron dictadas en asocio capilar con el principio constitucional de la protección especial que el Estado le debe dar a la madre y al ser por nacer (artículo 51 de la Constitución Política), con la finalidad obvia de modificar el régimen de libre despido, que se venía aplicando a las mujeres en estado de gravidez; con el aviso al empleador, en los términos que en la misma se dispone. De lo transcrito, se desprende que las trabajadoras que se encuentran en ese estado, para quedar bajo la protección de la ley citada, deben cumplir con dos requisitos fundamentales: a) notificar de la gestación al patrono y b) entregarle el certificado o la constancia médica, de su condición, suscrita por la Institución aseguradora -Caja Costarricense del Seguro Social-. Esta innovación normativa, incorpora nuevos derechos que mejoran la protección de las trabajadoras que, dentro de una relación laboral, queden embarazadas. Entre éstos, conviene citar: El de reinstalación, si fuesen despedidas injustificadamente; el del pago del pre y del post parto, y de los salarios que hubiere dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo, por concepto de daños y perjuicios, cuando no se opte por la reinstalación; y, por último, el derecho garantizado por la Ley y por la jurisprudencia, de un proceso sumarísimo. En consecuencia, para la correcta resolución de esta litis, debe determinarse si D. M., cumplió con esos requisitos, en cuyo caso, el despido, se tornaría en improcedente; debiendo, entonces, la entidad patronal cancelarle los extremos que correspondan. III. De la sustanciación del proceso se desprende que, la actora, efectivamente, comunicó su estado de embarazo a la entidad patronal [...]. Se concluye entonces, sin lugar a dudas, que el jefe inmediato de la señora H. R., en la C., -S. F. O.-, conocía, al momento de su despido, del estado de gravidez que ella presentaba, impidiéndoles ello el poder realizar el despido sin causa justificada. Al respecto, vale citar, el Voto de esta Sala, N° 191, de las 9:55 Hrs, de 1995, que en lo que interesa estableció: "... Aún cuando, la actora antes del despido no le había entregado a su patrona, la prueba técnica exigida por la normativa citada, ésta sí contaba con su comunicación verbal en tal sentido. Por esa razón y, ante la duda, debió cerciorarse de que no existía tal embarazo a fin de ejercer en toda su extensión su derecho a despedir o de cumplir las exigencias establecidas en la ley en caso contrario. Se debe partir de que 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". Sobre el principio de la buena fe en materia laboral, en la Enciclopedia Jurídica OMEBA se indica: "Elemento esencial en el contrato de trabajo se reputa la buena fe, la que sí debe privar en todo negocio jurídico tiene mucha mayor razón de ser en las relaciones derivadas de la prestación de servicios, ya que para que las relaciones laborales no se quebranten y pierdan consistencia es



necesaria la confianza mutua entre patronos y trabajadores, concibiéndose el objeto de las leyes laborales como de protección y amparo del trabajador, pero no para crear motivos de inestabilidad en las relaciones entre partes, ni fomentar la indebida explotación de cualquier circunstancia para rescindir el vínculo laboral." (ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo VII, Buenos Aires, 1979, Editorial Bibliográfica Argentina, Driskill S.A, p. 686). Por otra parte, el conocido autor... Américo 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.". Agrega, además que: "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, lo que no hizo la representación de la Sociedad demandada en este caso. 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 presentar 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 del fin 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. Distinto sería el caso, si el patrono hubiera dado por rota la relación laboral antes de que tuviera una notificación de la situación de la trabajadora, pues, en ese evento, sería imposible considerar que se diera una vulneración a ese principio, precisamente, porque no habría razones objetivas para sospechar de la existencia de un embarazo. Esa interpretación se impone de conformidad con la tendencia proteccionista de la trabajadora embarazada, según lo ya expuesto. Un razonamiento contrario, equivaldría a dejarla, en una posición inferior a la que tenía antes de la reforma que operó en este campo con la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, en clara contravención con el espíritu de la normativa que rige el caso". Conviene señalar, ahora, que los reparos aducidos por "C.R.L.", sobre las causas que motivaron el despido de la señora H. -estar sosteniendo en forma abierta, pública, irrespetuosa e inadecuada, una relación amorosa con un compañero de su mismo departamento-, no fueron demostrados fehacientemente, por lo que, la Sala, se pregunta: ¿Por qué si existió causal para la destitución de la actora, se le cancelaron los extremos de preaviso y de auxilio de cesantía; los cuales se pagan únicamente cuando se trata de despidos injustificados?. IV. Ahora bien, en cuanto al segundo requisito, sea la comprobación documental del embarazo, debe repararse [sic] lo siguiente: contrario a lo aducido por la actora, quedó comprobado, en el caso de marras, que ella entregó dicho documento a su patrono, el propio día del despido y no el 5 de enero de 1995, fecha en la cual se practicó el examen del caso



(Ver documento a folio 3, contestación a folio 26, contestación de audiencia a folio 31). Sin embargo, esto no obsta para que desaparezca la obligación del patrono de verificar si realmente la trabajadora se encontraba embarazada o no, pues ya existía, como se explicó en el acápite precedente, una comunicación verbal de su estado. Tampoco concuerda, esta Autoridad, con los reparos formulados por el Tribunal, en el sentido que el dictamen médico está "escrito en términos técnicos no asequibles a un lego en la materia"; pues, como bien lo afirma la recurrente, debieron asesorarse debidamente, antes de realizar el despido. Esta ha sido la constante trazada por esta Sala: "Es cierto que la jurisprudencia ha establecido que cuando la noticia del estado de embarazo de una empleada llega a conocimiento del patrono después de haber sido despedida, éste no debe responder por las prestaciones correspondientes, pero en el presente caso la parte demandada sí tuvo conocimiento de ese hecho en el momento del despido según la declaración de la propia Jefe del Departamento de Personal que quedó transcrita, y aunque es verdad también que ese estado no aparecía certificado por la Caja Costarricense de Seguro Social, o del médico de la empresa, quedó probado con ese testimonio que la señora F. no pretendía demostrar su condición con su solo dicho, sino que aportó un dictamen de un laboratorio con el cual se 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." (Voto N° 231, de las 9:10 hrs, del 5 de noviembre de 1986). V. Se deduce de lo anterior, valorando la causa de la actuación (conducta del agente) y las circunstancias especiales que rodearon la decisión patronal, que el despido realizado por "C.R.L." fue la consecuencia de un ejercicio abusivo y antisocial del derecho patronal, porque a través del mismo se puso en práctica y se llevó a efecto un móvil ilegítimo, con el que -como quedó claro- la intención no fue otra que la de desviar o enervar la función protectora de la norma citada. Su actuación no sólo la violentó sino que, también, dejó a la accionante en un sorpresivo e ilegítimo estado de desamparo, al suprimirle su única entrada económica; más importante aún si se toma en cuenta que estaba embarazada y que la vida por llegar, que tenía también derecho fue, a su vez, igualmente desamparada. En otro orden de ideas, llama poderosamente la atención, a la Sala, que la parte patronal incluso acepte que conocía que el señor S. F. O., jefe inmediato de la actora, estaba enterado del estado de gravidez de ésta sin que actuara, de forma alguna, para evitar el despido. Así las cosas, las protestas que se hacen, en el recurso respecto del proceder ilegítimo de la parte patronal, tienen pleno sustento, pues es cierto que la forma tan particular en que se cesó a la actora, tuvo como espúrea [sic] finalidad, el zarla del disfrute de una protección especial que, en ese mismo momento, estaba entrando a regir; y de ahí que proceda el revocar el fallo de que se conoce y declarar con lugar la demanda, en todos sus extremos. En consecuencia, se deben conceder los extremos correspondientes al subsidio de pre y post parto; así como los salarios que la actora hubiere dejado de percibir, desde el momento mismo del despido y hasta completar ocho meses de embarazo; las diferencias que resulten respecto del preaviso, el auxilio de cesantía, las vacaciones y el aguinaldo proporcional, calculados a esa data; los que se determinarán en la fase de ejecución del fallo; previa comprobación, mediante certificación emanada del Registro Civil, del día del nacimiento del bebé."



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

- 1 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 2 del veintisiete de agosto de 1943. Fecha de vigencia desde: 29/08/1943. Versión de la norma: 26 de 26 del 18/11/2010. Datos de la Publicación: N° Gaceta 192 del 29/08/1943. Alcance: 0.
- 2 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 446 de las nueve horas cincuenta y ocho minutos del veintiséis de marzo de dos mil diez. Expediente: 05-300124-0297-LA.
- 3 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 887 de las once horas catorce minutos del cuatro de setiembre de dos mil nueve. Expediente: 07-000492-0505-LA.
- 4 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 487 de las nueve horas treinta y cinco minutos del doce de junio de dos mil nueve. Expediente: 04-000283-0505-LA.
- 5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1034 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del diez de diciembre de dos mil ocho. Expediente: 01-002454-0166-LA.
- 6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 924 de las nueve horas treinta minutos del veintinueve de octubre de dos mil ocho. Expediente: 02-002847-0166-LA.
- 7 TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN TERCERA.- Sentencia número 64 de las ocho horas treinta y cinco minutos del primero de febrero de dos mil ocho. Expediente: 07-000727-0166-LA.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 1129 de las nueve horas diez minutos del seis de diciembre de dos mil seis. Expediente: 04-300079-0295-LA.
- 9 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 883 de las diez horas veinte minutos del veinte de setiembre de dos mil seis. Expediente: 04-300006-0424-LA.
- 10 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 143 de las nueve horas treinta minutos del veintiséis de marzo de dos mil tres. Expediente: 97-004005-0166-LA.
- 11 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 248 de las nueve horas cincuenta minutos del veinticinco de febrero de dos mil. Expediente: 96-000272-0213-LA.
- 12 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 172 de las nueve horas treinta minutos del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y nueve. Exp.: 97-300046-0216-LA .
- 13 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 340 de las diez horas diez minutos del treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis. Expediente: 96-000244-0005-LA.
- 14 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 149 de las nueve horas veinte minutos del veintidós de mayo de mil novecientos noventa y seis. Exp.: 96-000149-0005-LA.