



Informe de Investigación

TÍTULO: DESPIDO DE TRABAJADORA EMBARAZADA POR CIERRE DE NEGOCIO COMERCIAL

Rama del Derecho: Derecho Laboral	Descriptor: Cierre del negocio
Tipo de investigación:	Palabras clave: Fuero especial de trabajadoras embarazadas y en lactancia, procedimiento previo al despido de la trabajadora embarazada y en lactancia, cierre del negocio, despido por causas objetivas, despido por crisis.
Fuentes: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia	Fecha de elaboración: 09/10/201012

Contenido

1. RESUMEN	2
2. DOCTRINA.....	2
2.1 Despidos discriminatorios.....	2
2.2 Despido de las trabajadoras embarazadas y en lactancia	4
2.2 Despido objetivo por crisis (cierre del negocio)	7
2. NORMATIVA.....	7
2.1 Código de Trabajo	7
2.2 Reforma Procesal Laboral.....	12
2.3 Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo.....	15
3. JURISPRUDENCIA.....	18
3.1 Fuero de protección de la trabajadora embarazada y en lactancia frente al despido. 18	
3.2 Cese de trabajadora embarazada por motivo objetivo y legítimo	28
3.2 Despido de trabajadora embarazada frente a cierre de empresa	30
3.3 Contrato de transporte (inexistencia de relación laboral).....	33



1. RESUMEN

El presente informe contiene una recopilación doctrinaria, normativa y jurisprudencial relacionada con el despido de las trabajadoras embarazadas o en lactancia frente a un posible cierre de la empresa. A los efectos se incorporan algunas reseñas doctrinarias sobre los despidos discriminatorios, el fuero de protección de las trabajadoras embarazadas o en lactancia y los despidos objetivos por crisis o cierre de la empresa, a su vez, se hace referencia a la normativa y jurisprudencia relacionada con el tema.

2. DOCTRINA

2.1 Despidos discriminatorios

[ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE]¹

“(...) la indagación de la causa puede revelar no ya su inexistencia o insuficiencia, sino la presencia de motivaciones determinantes de la voluntad de despedir opuestas a principios esenciales del ordenamiento.

Nos hallamos entonces ante el *despido discriminatorio* fruto de elaboración doctrinal seguida por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, y por la ley procesal (...) y hoy por la sustantiva y por la procesal remozada. (...)

1.º Algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución, esto es, las que, según su art. 14, «no pueden prevalecer» por violar el principio de igualdad en o ante la ley y en su aplicación: «discriminación... por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

2.º «Algunas de las causas de discriminación prohibidas... en la ley», preferencia que hay que entender básicamente a la «versión laboral» de la prohibición constitucional de discriminación contenida en el art. 17.1 ET, que precisa o explica ésta (la referencia final del art. 14 Const. a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social») al prohibir

la discriminación por «discapacidad», «estado civil», «condición social», «orientación sexual», «vínculos de parentesco con otros trabajadores de la empresa» y «lengua dentro del Estado español», así como por las órdenes de discriminar y por el ejercicio de reclamaciones empresariales y acciones administrativas judiciales para «exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». También incluye el art. 17.1 ET la prohibición de discriminación por «adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos». La violación de estas causas de discriminación tiene también el amparo constitucional al que se refiere el apartado que sigue.

3.º O que «que se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador» como persona a la que refiere la titularidad de «los derechos fundamentales y ... libertades públicas...». Así «el derecho a sindicarse libremente» y a no «ser obligado a filiarse a un sindicato», o «el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto»... o a la libertad de expresión..., o a la tutela judicial efectiva y a su consiguiente «garantía de indemnidad»... frente al ejercicio de acciones judiciales por el trabajador en defensa de sus «derechos laborales», derechos que, por más que revistan matices específicos cuando su ejercicio se realiza en el ámbito de la relación laboral- «límites adicionales» a los en todo caso exigibles, como los de buena fe –predominan sobre y limitan los poderes contractuales del empresario, pues tales límites han de ser los «estrictamente imprescindibles» para la satisfacción de los intereses empresariales jurídicamente protegidos.

No se pide una voluntad deliberadamente torticera que busque la discriminación o violación de derechos fundamentales, *qua* discriminación. Basta su aparición como hecho objetivo, pues tanto se discrimina en un despido porque se quiera discriminar como porque no importe discriminar.

(...)

Si un contrato de trabajo a término que pudo haber sido prorrogado o sucedido por un nuevo contrato, no lo ha sido por motivo discriminatorio o lesivo de un derecho fundamental del trabajador, estamos ante una discriminación e el empleo y ante un despido nulo; nulo es también el despido si ha sido discriminatoria la no conversión en indefinido de un contrato de prácticas o la no superación del período de prueba.

Sobre los despidos nulos, no necesariamente discriminatorios, durante los períodos a que se refieren los apartados a) (suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el



embarazo, riesgo durante la lactancia natural, de menor de nueve meses, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción..., b) de trabajadoras embarazadas desde el inicio del embarazo hasta el de suspensión del contrato por maternidad; de trabajadores solicitantes o con permiso de lactancia...

Los despidos que se acaban de examinar son los únicos despidos disciplinarios nulos. Para la declaración de nulidad de este despido – de este como de cualquier otro- ha de ser impugnado...”

2.2 Despido de las trabajadoras embarazadas y en lactancia

[RAMOS MARTÍN]²

“El TJCE¹ ha sido tajante desde sus primeros pronunciamientos en el sentido de considerar que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo o por una causa basada esencialmente en ese estado sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, constituye per se una discriminación basada en el sexo, rechazando, por lo tanto, cualquier género de comparación con un hombre en una situación de incapacidad laboral por razones médicas, manifestando que el embarazo no es de ningún modo comparable con una situación patológica, ni a fortiori a una indisponibilidad de origen no médico, situaciones que si pueden motivar el despido de una mujer sin constituir despido discriminatorio por razón del sexo. Además, merece destacarse el hecho de que, el TJCE, haya establecido que en varias ocasiones que un despido de estas características constituye una discriminación directa, un tipo de discriminación que es ciertamente visible y que no admite ningún tipo de justificación. Esta línea argumental del TJCE se basa en la especial protección que se pretende dispensar a la exclusiva función biológica que las mujeres realizan en la sociedad, teniendo en cuenta que, la propia normativa comunitaria, concretamente el artículo 2 apartado 3 de la Directiva 76/207, reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo, por una parte, y de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, por otra. Como ya se ha apuntado anteriormente, el TJCE basó sus primeros pronunciamientos en materia de protección, de la trabajadora embarazada frente al despido discriminatorio exclusivamente en la citada Directiva 76/207, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, puesto que, no existía, en aquel momento, un precepto específico en el Derecho comunitario que prohibiese el despido de

¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

la trabajadora embarazada. La introducción del mismo se produjo a través de la aprobación, por parte del legislador comunitario, de la Directiva 92/85, cuyo artículo 10, como ya se ha mencionado, establece una protección especial en favor de estas trabajadoras imponiendo la prohibición de despido durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en casos excepcionales no inherentes a su estado y siempre que el empresario justifique por escrito las causas de dicho despido, precepto este último, también utilizado en su argumentación por el TJCE en el asunto en cuestión, por ser aplicable al caso concreto, en que se produce un despido motivado, sin ningún género de dudas, por el embarazo de la trabajadora.

Por otra parte, y en respuesta a las alegaciones de la empresa, que pretendía justificar su decisión vulneradora del principio comunitario de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y ocupación, y de la normativa específica protectora de la trabajadora embarazada, en el hecho de que, el despido en cuestión se basaba no en el embarazo sino en que la trabajadora no iba a poder cumplir una parte sustancial del contrato, el TJCE se refiere a su jurisprudencia anterior para negar la tesis empresarial y no admitir posibilidad alguna de justificación, frente a una clara discriminación directa por razón de sexo, como la del caso comentado, aludiendo a sus pronunciamientos previos, en los que ha declarado que, la negativa de contratación debida al embarazo no puede estar justificada por motivos basados en el perjuicio económico padecido por el empresario en caso de contratación de una mujer embarazada durante su permiso de maternidad, que la misma conclusión se impone respecto del perjuicio económico ocasionado por el hecho de que la mujer contratada no pueda ocupar el puesto correspondiente durante su embarazo, y que, aunque la disponibilidad del empleado es necesariamente para el empresario un requisito esencial para la correcta ejecución del contrato de trabajo, la protección que el Derecho comunitario garantiza a la mujer durante el embarazo y, después, tras el parto, no puede depender de si la presencia de la interesada, durante el período correspondiente a su permiso de maternidad, es indispensable para la buena marcha de la empresa en la que está empleada.

La interpretación contraria privaría de efecto útil a las disposiciones de la Directiva 76/207. Así pues, el TJCE pone de manifiesto que, en la calificación como discriminatorio de un despido basado en la incapacidad de la trabajadora para ejecutar su contrato de trabajo por encontrarse embarazada, no tiene incidencia el hecho de que el contrato celebrado sea de duración determinada o por tiempo indefinido, ni el alcance del perjuicio económico sufrido por el empresario debido a la ausencia ocasionada por el embarazo. Por consiguiente, la conclusión es que, se desautoriza el argumento empresarial para incidir en el carácter discriminatorio del despido.”

[VEGA ROBERT]³



“A manera de referencia, mencionaré algunas reformas legales importantes. Por una parte tenemos la de los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo, donde se crea un fuero de protección especial en favor de las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia. Estas dos normas son de una gran trascendencia, porque además contienen un procedimiento especial que de alguna manera se trata de reproducir en el presente proyecto. Este procedimiento especial de solicitud de reinstalación de trabajadora embarazada, tiene una naturaleza cautelar y está revestido del requisito de la sumariedad, tomándose en cuenta el bien jurídico a tutelar, es el de la no discriminación por razón de sexo y el de la protección especial a los menores. Una característica esencial de este fuero de protección, regulado de manera concreta por el Código, es la posibilidad de ordenar la reinstalación de la trabajadora. Vale decir que desde el año 1943, no existía en nuestro país ninguna norma positiva en el Código de Trabajo que contemplara la posibilidad de reinstalación. Este sería entonces el primer caso, con un trasfondo constitucional que no debemos perder de vista, cual es el de sancionar un acto discriminatorio del empresario por la condición de embarazo o lactancia de una trabajadora, lo cual le daría derecho a optar por la reinstalación a su empleo.

[MTSS]⁴

“La principal protección que se brinda es que no se puede despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia sin motivo justificado ni se puede tratar de manera discriminatoria. Esta protección no cubre a la trabajadora que comete una de las faltas señaladas por el artículo 81 del Código de Trabajo, pues en este caso la persona empleadora podrá despedirla, siempre que previamente haya sido autorizado por parte de la Inspección de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(...)

Si una trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia incurre en causal de despido, la persona empleadora deberá presentar una solicitud de autorización de despido ante la Inspección de Trabajo detallando la falta o faltas cometidas por la trabajadora y aportando las pruebas correspondientes. Dicha dependencia nombrará inspectores(as) de trabajo quienes realizarán la investigación y citarán a todas las partes involucradas a una comparecencia, para determinar la verdad de los hechos que se investigan. Concluida esa etapa, los(as) inspectores(as) rendirán un informe recomendando que se autorice o se deniegue el despido solicitado. Este informe será puesto en conocimiento la persona empleadora y de la trabajadora de que se trate, quienes podrán enviar sus observaciones sobre lo que se indique en él. Luego, el(a) Director(a) Nacional e Inspector(a) General de Trabajo dictará la resolución definitiva que autoriza o deniega la solicitud de despido. La parte que no esté conforme con lo resuelto, podrá entonces acudir a la vía judicial a presentar el reclamo correspondiente.”



2.2 Despido objetivo por crisis (cierre del negocio)

[DURÉNDEZ SÁEZ]⁵

“El despido objetivo por crisis es una causa de extinción del contrato de trabajo regulada en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual el contrato se extinguirá “por causas objetivas legalmente procedentes”. Su consideración como forma de despido se basa en el hecho de que para que se produzca la extinción es preciso el concurso de la voluntad resolutoria del empresario.

Delimitado el ámbito propio del despido objetivo por crisis, en relación con otras figuras próximas, podría definirse como aquella forma de extinción del contrato de trabajo a instancias del empresario, fundada en crisis de funcionamiento de la empresa, con afectación en un período de noventa días de uno o varios trabajadores... fijos o no, de un determinado centro de trabajo”

2. NORMATIVA

2.1 Código de Trabajo

“ARTICULO 85.-

Son causas que terminan con el contrato de trabajo sin responsabilidad para el trabajador y sin que extingan los derechos de éste o de sus causahabientes para reclamar y obtener el pago de las prestaciones e indemnizaciones que pudieran corresponderles en virtud de lo ordenado por el Código o por disposiciones especiales:

- a. La muerte del trabajador;
- b. La necesidad que tuviere éste de satisfacer obligaciones legales, como la del servicio militar u otras semejantes que conforme al derecho común equivalen a imposibilidad absoluta de cumplimiento;
- c. La fuerza mayor o el caso fortuito; la insolvencia, concurso, quiebra o liquidación judicial o extrajudicial, la incapacidad o la muerte del patrono. Esta regla sólo rige cuando los hechos a que ella se refiere produzcan como consecuencia necesaria, inmediata y directa, el cierre del negocio o la cesación definitiva de los trabajos, y cuando se haya satisfecho la preferencia legal que tienen los acreedores alimentarios del occiso, insolvente o fallido, y
- d. La propia voluntad del patrono.



e. Cuando el trabajador se acoja a los beneficios de jubilación, pensión de vejez, muerte o de retiro, concedidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, o por los diversos sistemas de pensiones de los Poderes del Estado, por el Tribunal Supremo de Elecciones, por las instituciones autónomas, semiautónomas y las municipalidades.
(Así adicionado este inciso por Ley N° 5173 de 10 de mayo de 1973, artículo 2º).

Las prestaciones a que se refiere el aparte a) de este artículo, podrán ser reclamadas por cualquiera de los parientes con interés que se indican posteriormente, ante la autoridad judicial de trabajo que corresponda. Esas prestaciones serán entregadas por aquella autoridad a quienes tuvieren derecho a ello, sin que haya necesidad de tramitar juicio sucesorio para ese efecto y sin pago de impuestos.

Esas prestaciones corresponderán a los parientes del trabajador, en el siguiente orden:

1. El consorte y los hijos menores de edad o inhábiles;
2. Los hijos mayores de edad y los padres; y
3. Las demás personas que conforme a la ley civil tienen el carácter de herederos.

Las personas comprendidas en los incisos anteriores tienen el mismo derecho individual, y sólo en falta de las que indica el inciso anterior entran las que señala el inciso siguiente.

(Así adicionados estos párrafos por ley No.2710 de 12 de diciembre de 1960, artículo 1º)
Para el pago de las prestaciones indicadas, el Tribunal correspondiente ordenará la publicación de un edicto en el "Boletín Judicial". Ocho días después de su publicación el juez de trabajo determinará la forma en que deba entregarse el giro a los interesados conforme al orden establecido. Si se presentaren consignaciones por este concepto, el juez deberá llamar de inmediato a los interesados mediante la publicación del edicto indicado.

(Así adicionado por Ley N° 3056 de 7 de noviembre 1962, artículo 1º).

(NOTA: Mediante Resolución N° 3340- 96 de la Sala Constitucional de las 9:00 horas del 5 de julio de 1996, se dispuso lo siguiente: " ... Se evacua la consulta en el sentido de que el inciso 1), párrafo segundo del artículo 85 del Código de Trabajo no es contrario a los artículos 33, 51 y 52 de la Constitución Política...")

ARTICULO 94.-

Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a



los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido.

Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social.

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

ARTICULO 94 bis.-

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

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

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

En caso de que la trabajadora no optara por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo.

Si se tratare de una trabajadora en período de lactancia, tendrá derecho, además de la cesantía, y en concepto de daños y perjuicios, a diez días de salario.

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

ARTICULO 95.-

La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses



también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior.

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

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

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

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

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

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

ARTICULO 96.-

Dicho descanso puede abonarse a las vacaciones de ley pagando a la trabajadora su salario completo. Si no se abonare, la mujer a quien se le haya concedido tendrá derecho, por lo menos, a las dos terceras partes de su sueldo o a lo que falte para que lo reciba completo si estuviere acogida a los beneficios de la Caja Costarricense de Seguro Social y a volver a su puesto una vez desaparecidas las circunstancias que la obligaron a abandonarlo o a otro puesto equivalente en remuneración, que guarde relación con sus aptitudes, capacidad y competencia.



(Así reformado por Ley No. 25 de 17 de noviembre de 1944, art. 1º).

Si se tratare de aborto no intencional o de parto prematuro no viable, los descansos remunerados se reducirán a la mitad. En el caso de que la interesada permanezca ausente de su trabajo un tiempo mayor del concedido, a consecuencia de enfermedad que según certificado médico deba su origen al embarazo o al parto, y que la incapacite para trabajar, tendrá también derecho a las prestaciones de que habla el párrafo anterior durante todo el lapso que exija su restablecimiento, siempre que éste no exceda de tres meses.

ARTICULO 97.-

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

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

ARTICULO 98.-

Cuando el trabajo se pague por unidad de tiempo, el valor de las prestaciones a que se refiere el artículo 96 se fijará sacando el promedio de salarios devengados durante los últimos ciento ochenta días o fracción de tiempo menor si no se hubiere ajustado dicho término, contados a partir del momento en que la trabajadora dejó sus labores.

Cuando el trabajo se pague por unidad de obra, por tarea o a destajo, el valor del lapso destinado al descanso pre y post-natal se fijará de acuerdo con el salario devengado, durante los últimos noventa días o fracción de tiempo menor si no se hubiere ajustado dicho término, contados a partir del momento en que la trabajadora dejó sus labores; y el valor del tiempo diario destinado a la lactancia se determinará dividiendo el salario devengado en el respectivo período de pago por el número de horas efectivamente trabajadas, y estableciendo luego la equivalencia correspondiente.

ARTICULO 99.-

El subsidio durante los períodos inmediatamente anteriores y posteriores al parto se subordina al reposo de la trabajadora: podrá suspenderse si la autoridad administrativa de trabajo comprueba, a instancia del patrono, que ésta, fuera de las labores domésticas compatibles con su estado, se dedica a otros trabajos remunerados.”



2.2 Reforma Procesal Laboral

“ARTICULO 85, párrafo último: “... Para el pago de las prestaciones indicadas, se estará al procedimiento en el Título X de este mismo Código”.

“ARTICULO 94 bis. La trabajadora embarazada o en período de lactancia, que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juzgado de trabajo, su reinstalación inmediata, con pleno goce de todos sus derechos, mediante el procedimiento establecido en el Título X de este Código.

La trabajadora podrá optar por la reinstalación, en cuyo caso el empleador deberá pagarle además de la indemnización a que tuviere derecho y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo.

Si se tratare de una trabajadora en período de lactancia, tendrá derecho además de la cesantía, y en concepto de daños y perjuicios, a diez días de salario.

PROTECCIÓN EN FUEROS ESPECIALES Y TUTELA DEL DEBIDO PROCESO

ARTICULO 519. Las personas trabajadoras, tanto del sector público como del privado, que se hallen protegidos por fueros especiales, podrán impugnar en la vía sumarísima prevista en esta Sección, con motivo del despido o de cualquier otra medida disciplinaria o discriminatoria, la violación de fueros especiales de protección, de procedimientos a que tienen derecho, formalidades o autorizaciones especialmente previstas.

Se encuentran dentro de esa previsión:

1. Los servidores públicos amparados por el régimen de servicio civil, respecto del procedimiento ante el Tribunal de Servicio Civil que les garantiza el ordenamiento.
2. Los demás servidores públicos para la tutela del debido proceso o fueros semejantes, según resulte del ordenamiento constitucional o legal.
3. Las mujeres en estado de embarazo o período de lactancia, según se establece en el artículo 94 de este Código.
4. Las personas trabajadoras adolescentes, conforme lo manda el artículo 91 del Código de la Niñez y Adolescencia, promulgado mediante Ley N° 7739 del 6 de enero de 1998.



5. Las personas cubiertas por los artículos 383 y siguientes y 584 de este Código y cualquiera otra disposición tutelar del fuero sindical.
6. Las y los denunciantes de hostigamiento sexual, tal y como se establece en la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia.
7. Las personas trabajadoras que sean objeto en su trabajo o con ocasión de él, de discriminación por cualquier causa.
8. Quienes gocen, en su condición de trabajadores, de un fuero especial semejante mediante ley o instrumento colectivo de trabajo.

La tutela del debido proceso podrá demandarse esta vía cuando sea aplicable como derecho del trabajador.

ARTICULO 520. La solicitud de tutela se presentará ante el Juzgado de Trabajo competente mientras subsistan las medidas o efectos que provocan la violación contra la cual se reclama. La aplicación de tutela por violación del debido proceso en el caso de despido, se regirá por el plazo de prescripción señalado en este Código.

La firma del solicitante no requiere ser autenticada por la de un abogado, si la persona interesada presenta personalmente el respectivo libelo.

La petición deberá cumplir en lo pertinente los requisitos señalados para la demanda, excepto el que se refiere al agotamiento de la vía administrativa, e incluir el nombre de la persona, institución, órgano, departamento u oficina a la que se atribuye la arbitrariedad.

ARTICULO 521. A más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo de la solicitud, la autoridad judicial le dará curso, pidiéndole a la institución, autoridad u órganos públicos o persona accionada un informe detallado acerca de los hechos que motivan la acción, el cual deberá rendirse bajo juramento dentro de los cinco días siguientes a la notificación, acompañado de copia de los documentos que sean de interés para la parte y de una copia certificada del expediente administrativo en el caso de las relaciones de empleo público, sin costo alguno para la parte demandante.

Cuando se trate de actuaciones con resultados lesivos, en la misma resolución se podrá disponer la suspensión de los efectos del acto, en cuyo caso la parte accionante quedará repuesta provisionalmente a su situación previa al acto impugnado. Esa medida se ejecutará de inmediato sin necesidad de garantía alguna y podrá revisarse y modificarse a instancia de la parte accionada, hecha mediante la interposición del recurso



correspondiente, por razones de conveniencia o de evidente interés público, o bien porque valorada la situación en forma provisional se estime que existen evidencias excluyentes de discriminación, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre el fondo.

Cuando la acción verse sobre actos de las administraciones públicas, se tendrá como demandado al Estado y se pondrá la resolución inicial también en conocimiento de la Procuraduría General de la República o en su caso del órgano jerárquico de la institución autónoma u organización, que la represente legalmente, para que pueda apersonarse al proceso dentro del mismo plazo de cinco días a hacer valer sus derechos.

Si la acción versa sobre actuaciones de una organización empresarial privada, el informe se le solicitará a la persona a quien, en funciones de dirección o administración en los términos del artículo 5 de este Código, se le atribuye la conducta ilegal, y se le advertirá su que su notificación surte efectos de emplazamiento para la parte empleadora, y que ésta puede hacer valer sus derechos en el proceso dentro del indicado plazo, a través de su representante legítimo.

Las notificaciones se harán a través de los medios autorizados por la ley o por la propia parte interesada, siempre que lo haga con el respaldo de la autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o de policía, la que tendrá la obligación de asistirle en forma inmediata y sin costo y de dejar constancia de su intervención.

ARTICULO 522. Si no se respondiere dentro del término señalado y al mismo tiempo no se produce oposición de la parte demandada, se declarará con lugar la acción, si el caso, de acuerdo con los autos no amerita una solución diferente, según el ordenamiento.

En el caso contrario, el informe rendido y cualquier respuesta se pondrán en conocimiento por tres días a la parte promotora del proceso.

Si fuere del caso evacuar pruebas no documentales, su substanciación se llevara a cabo en audiencia, la cual se señalará en forma prioritaria a los asuntos de ordinario conocimiento del despacho. En tal supuesto, la sentencia se dictará en la oportunidad prevista para la substanciación del proceso en audiencia.

ARTICULO 523. La competencia del órgano jurisdiccional se limitará, para estimar la pretensión de tutela, a la comprobación del quebranto de la protección, procedimiento o aspectos formales garantizados por el fuero y si la sentencia resultare favorable a la parte accionante, se decretará la nulidad que corresponda y se le repondrá a la situación previa al acto que dio origen a la acción y condenará a la parte empleadora a pagar los daños y



perjuicios causados. Si los efectos del acto no se hubieren suspendido, se ordenará la respectiva reinstalación, con el pago de salarios caídos.

Si la acción se desestima y los efectos del acto hubieren sido detenidos, su ejecución podrá llevarse a cabo una vez firme el pronunciamiento denegatorio, sin necesidad de ninguna autorización expresa en ese sentido.

La sentencia estimatoria en estos casos no prejuzga sobre el contenido sustancial o material de la conducta del demandado, cuando la tutela se refiere únicamente a derechos sobre un procedimiento, requisito o formalidad.

ARTICULO 524. Si la pretensión deducida no corresponde a este procedimiento especial, se orientará la tramitación en la forma que proceda.

Cuando se presentare alguna pretensión de tutela correspondiente a este procedimiento, en forma acumulada con otra u otras cuyo trámite deba realizarse en la vía ordinaria, será desacumulada y tramitada según lo previsto en esta Sección, sin perjuicio del curso de las otras pretensiones.

La tutela, una vez otorgada en sentencia firme producirá la conclusión del proceso ordinario cuando se produzca una falta de interés. En ese supuesto se dará por concluido el proceso total o parcialmente, según proceda, sin sanción de costas.”

2.3 Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo

“2.3. Procedimiento para tramitar la gestión patronal de autorización despido de una trabajadora embarazada o en periodo de lactancia

2.3.1. Aspectos generales que deben de observarse en la tramitación de la gestión

2.3.1.1. Identidad del gestionante: En caso de que la solicitud de autorización de despido sin responsabilidad patronal sea planteada por persona jurídica, se debe aportar la certificación de personería jurídica vigente. Si la persona gestionante es distinta del (o los) representante(s) legal(es), debe aportar además el respectivo poder que lo legitime para actuar.

2.3.1.2. Sobre el contenido de la gestión: La gestión de autorización de despido, debe contener en forma clara y ser precisa, lo relativo a la causal o causales en que se fundamenta la solicitud de despido, además debe indicar la dirección en la cual es habida la



trabajadora. En caso de incumplimiento de alguno de estos requisitos se ordenará el archivo provisional del mismo hasta que se ponga a derecho, dentro del plazo de ley.

2.3.1.3. Petición de suspensión: Cuando la gestión de despido sin responsabilidad patronal, contenga la petición de suspender a la trabajadora (que siempre debe de ser con goce de salario), mientras se tramita o se resuelve el despido, el Inspector o Inspectores que atienden el caso, una vez evacuada consulta con el Jefe Regional, aprobará o no tal petición, lo que se le hará saber a las partes dentro del mismo documento de citación a la comparecencia oral y privada. Si en la petición inicial se solicitare dicha suspensión el que resolverá la misma será el Jefe Regional en el mismo acto en que nombra Órgano Director.

2.3.1.4. Comparecencia Oral y Privada y citatorio: Mediante resolución formal, el Jefe de la Oficina Regional, nombrara a un órgano a cargo de la investigación. El inspector de trabajo asignado deberá citar a una Comparecencia Oral y Privada, cuyo objetivo fundamental es la de recibir toda las pruebas de cargo y descargo y que la parte afectada pueda ejercer el derecho a su defensa. Tal citatoria debe realizarse con al menos tres días hábiles de anticipación y la comparecencia deberá efectuarse en un plazo no mayor de diez días hábiles posteriores al recibo de la solicitud. Esta comparecencia se suspenderá a petición de parte por una única vez siempre y cuando exista justificación para ello y se convocara en forma inmediata para el día siguiente hábil desde que haya cesado la causa por la que se origino; así mismo procederá la citación a la trabajadora pese a que se encuentre incapacitada o en licencia por maternidad y lactancia.

2.3.1.5. Posibilidad de un arreglo entre las partes: De previo o durante el transcurso de la comparecencia el inspector de trabajo indicará a las partes que pueden llegar a un arreglo conciliatorio en relación con los extremos litigiosos y conviniendo, de concretarse el mismo, en la suspensión del acto, de lo que dejará constancia en un acta firmada por las partes y el mismo. Por lo que se entenderá que la gestión se archivará.

2.3.1.6. Levantamiento del acta: Durante la comparecencia oral y privada, se procederá a levantar un acta cuyo encabezado contendrá por lo menos los siguientes datos: a) Lugar donde se realiza la comparecencia, b) Fecha y hora, c) Motivo del levantamiento del Acta, d) La presencia de las partes involucradas con los testigos de cada una de ellas (nombre completo y número de cédula de identidad), e) La iniciación de la comparecencia con las tomas de declaraciones de las partes y testigos y recibir de prueba documental si la ofreciesen en ese momento. Debe hacerse la recepción de la prueba documental al inicio de la comparecencia, para que así la contraparte tenga la oportunidad de conocerla



ampliamente y pueda referirse a ella en el transcurso o al finalizar la misma. En caso de que una de las partes se presente luego de que inicia la comparecencia, tomará parte en el proceso a partir de ese momento y se debe consignar la hora en la que se presentó.

2.3.1.7. Juramentación: Antes del inicio de la comparecencia y una vez elaborado el encabezado, se procederá a la juramentación de las personas a las cuales se les tomará declaración, conforme a lo establecido en “Declaración de Partes” del Código Procesal Civil, concordado con el Código Penal y la Constitución Política.

2.3.1.8. La ausencia injustificada de una de las partes a la comparecencia, no impide que ésta se realice. No obstante, deberá consignarse así en el acta.

2.3.1.9. Sobre la declaración de las partes y los testigos: Se inicia la comparecencia con la toma de declaración de la parte gestionante, luego la denunciada y los testigos: El formato para esta etapa puede ser el siguiente: (Nombre completo), quien respondiendo a las preguntas que le formulan los Inspectores de Trabajo, contesta:... Ante las preguntas que le formula el Lic.... o representante patronal, contesta:... Ante las preguntas que le formula el abogado de la trabajadora (o la trabajadora), contesta:... Las preguntas a los testigos, deben ser concisas y relativas a las causales o hechos que la parte gestionante alega, debiendo los testigos firmar su declaración una vez finalizada y leída la misma, así como los Inspectores de Trabajo y las partes presentes.

2.3.1.10. Sobre los recursos e incidentes: De los recursos e incidentes que se presenten en el transcurso de la comparecencia, se dejará constancia en el Acta en el momento en que se presenten. Los mismos los resolverá el propio inspector o inspectores a cargo, salvo las excepciones de Legitimación, ad causan pasiva, prescripción y las demás una vez finalizada comparecencia, o el Jefe de la Oficina Regional, al momento de la resolución, según sea a quien le corresponda.

2.3.1.11. Sobre la etapa de conclusiones: Antes de concluir la comparecencia se le indica a las partes que pueden hacer uso del derecho de la etapa de alegatos y conclusiones, sino lo hiciere en el acto, se otorgaran 24 horas para su presentación por escrito, ante los funcionarios a cargo de la investigación

2.3.1.12. Valoración de la prueba, informe y recomendación: Una vez terminada la comparecencia los Inspectores de Trabajo, dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles, procederán a analizar todas las pruebas de cargo y descargo ofrecidas contenidas en el expediente, y mediante un informe razonado de conformidad con la normativa



vigente dirigido al Jefe Regional, expondrán su criterio referente a sí se debe autorizar o no el despido sin responsabilidad patronal, quedando a criterio de éste último si mantiene lo externado por los Inspectores.

2.3.1.13. Resolución: El Jefe de la Oficina Regional resolverá si se autoriza o no el despido . Dicha resolución será con carácter final dando por agotada la vía administrativa.

2.3.1.14. Plazo general del procedimiento: Este procedimiento deberá finalizar en un término no mayor de sesenta días naturales, a partir de la fecha de recibo de solicitud y no le serán aplicables, ni siquiera en forma supletoria las disposiciones contenidas en la Ley General de la Administración Pública.”

3. JURISPRUDENCIA

3.1 Fuero de protección de la trabajadora embarazada y en lactancia frente al despido

[SALA SEGUNDA]⁶

“IV.-SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA TRABAJADORA EMBARAZADA: El artículo 51 de la Constitución Política, consagra a la familia como el elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, por lo que establece un derecho de protección especial, por parte del Estado; derecho que, expresamente, se hace extensivo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. Atendiendo a esa norma de rango constitucional y también a la prevista en el numeral 71, se han emitido una serie de normas, de distinto rango, tendientes a desarrollar esa protección especial, garantizada constitucionalmente. En lo que al caso interesa, en relación con la protección a la mujer, en el ámbito laboral, se la ha tratado de tutelar -para protegerla-, en cuanto en ella recae, por naturaleza, un mayor aporte en la reproducción humana y para tratar de conciliar sus vidas en los ámbitos laboral y familiar. La Organización Internacional del Trabajo, inicialmente se ocupó de esta materia en el Convenio número 3, conocido como el Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en 1.919, que posteriormente fue revisado por el Convenio 103, de 1.952; el cual fue revisado, a su vez, por el numero 183, adoptado en el año 2.000 y conocido con el mismo nombre; no obstante, aún no ha sido ratificado por nuestro país. En el Convenio 102, sobre la seguridad social (norma mínima), de 1.952, en la Parte VIII, se regulan las prestaciones mínimas por maternidad, instrumento que sí fue adoptado por

nuestro país, mediante Ley N° 4.736 de 29 de marzo de 1.971, excluyéndose de la aprobación las partes tercera y cuarta. En esta enumeración de las normas aplicables al caso resulta importante la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, conocida como la ² Convención de Belém do Pará ², adoptada por la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) el 9 de junio de 1.994 y aprobada por la Asamblea Legislativa, mediante la Ley N° 7.499, del 2 de mayo de 1.995, publicada en La Gaceta, N° 123, del 28 de junio de 1.995 y con efectos a partir de su publicación, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Asimismo, la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por la Ley N° 6.968, del 2 de octubre de 1.984, también contiene importantes normas, relacionadas con esta concreta materia. Así, por ejemplo, en el artículo 11, se establece: “ 1º.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano. / b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. / c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico. / d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo. / e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas. / f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. / 2º.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. / b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. / c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente

mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños. / d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.” Estos Convenios, de rango superior a las leyes -en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política-; en parte, fueron desarrollados por la Ley N° 7.142, del 8 de marzo de 1.990, vigente a partir de su publicación, en La Gaceta N° 59, del 26 de marzo siguiente, que es la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. En el artículo 32, se dispuso reformar, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo y adicionarle el numeral 94 bis; estableciéndose una protección especial mayor para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En efecto, antes de que se reformara dicho numeral, únicamente, disponía: “Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Todo despido justificado que de ellas se haga debe ser avisado previamente a las autoridades administrativas de trabajo”. Con la reforma, la protección fue reforzada, estableciéndose una prohibición, para el empleador, de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, salvo cuando incurran en una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem. Pero, en tal caso, el despido debe gestionarse ante las autoridades del Ministerio de Trabajo, instancia en la que deberá acreditarse la falta. Asimismo, se estableció que, para poder gozar de la protección establecida, la trabajadora estaba en la obligación de dar aviso, al empleador, acerca de su estado. La norma, entonces, quedó redactada en los siguientes términos: “Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido. / Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social.” Por su parte, la protección se vio reforzada también con la adición del numeral 94 bis, en el que se estableció, explícitamente, el derecho de la trabajadora, despedida en contra de lo regulado en el artículo 94, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaba, con el pleno goce de todos sus derechos. De esa manera, se estableció una clara excepción al régimen de libre despido, contemplado en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo y un fuero especial en beneficio de la trabajadora embarazada y la que se encuentra en período de lactancia.



De conformidad con las normas transcritas, de incurrir la trabajadora embarazada o en período de lactancia, en una falta grave, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo; para lo cual deberá comprobar la falta imputada; procedimiento éste que no debe soslayarse, en atención a los importantes valores tutelados, que no se restringen a la madre, sino que también se extienden a la persona engendrada o nacida y a la familia en general. (En ese sentido, puede consultarse la sentencia, de esta Sala, N° 645, de las 9:50 horas del 31 de octubre del 2.001). Por su parte, para poder gozar de la estabilidad establecida en ese numeral, o de los beneficios contemplados en el artículo siguiente - 94 bis - , la trabajadora debe cumplir con el requisito de darle aviso al empleador, de su estado de gravidez. En la construcción jurisprudencial, de la aplicación de la norma al caso concreto, reiteradamente se ha dicho que la certificación médica bien puede ser aportada con posterioridad; pues no se trata de un requisito esencial para que opere la protección; dado que basta la mera comunicación - que incluso puede ser hasta verbal-, para que operen los mecanismos de protección. Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (ver, entre otras, las sentencias números 91, de las 10:10 horas del 2 de febrero; 136, de las 9:35 horas del 23 de febrero; y, 281, de las 10:10 horas del 25 de mayo, todas del 2.001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el fallo número 438, de las 9:30 horas del 3 de agosto del 2.001); y, la protección aún prospera, cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora (al respecto, pueden verse las sentencias números 589, de las 10:00 horas del 28 de setiembre del 2.001; y, 229, de las 9:00 horas del 17 de mayo del 2.002). Si el despido se produjere, en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la trabajadora el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación podrá, entonces, solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes a la licencia por pre y post parto; así como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta que hubiera completado ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía y, como una indemnización por daños y perjuicios, a diez días de salario. Finalmente debe indicarse que, si bien la naturaleza de esas normas es eminente e imperativamente proteccionista, no puede obviarse el efecto negativo que, en no pocas ocasiones ha generado; especialmente, en lo tocante a las posibilidades de acceso al trabajo; pues, sin duda, la maternidad les genera a los



empleadores un mayor costo productivo; dado que, según lo establece el artículo 95 del Código de Trabajo, “el monto que corresponda al pago de esta licencia (se refiere a los períodos del pre y el post parto) deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono” (Los destacados no están en el original). Esta situación, no puede corregirla la Sala, sino que se requiere una nueva visión de la política legislativa en esta materia, como lo han hecho otros ordenamientos a través de reformas legales que neutralicen los efectos negativos que se han venido dando, en perjuicio de las trabajadoras.

V.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE ORIENTAN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPECIAL: En cuanto al tema que viene desarrollándose, no puede omitirse la referencia a la vinculante jurisprudencia constitucional, la que ha determinado, de manera expresa, que la legislación apuntada debe ser aplicada atendiendo el evidente espíritu proteccionista que la originó. En ese sentido, vale citar la sentencia N° 6.262, de las 9:18 horas del 25 de octubre de 1.994. En ese voto, la Sala Constitucional, indicó:

“Constrúyese entonces por el intérprete una protección legal de la trabajadora en estado de embarazo o período de lactancia que gira en torno a los obvios fines de la Ley: A) Es prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia pero no se ha garantizado su inamovilidad: El despido es procedente si el patrono comprueba una falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del código laboral, de igual forma que el ordenamiento prohíbe el despido de trabajadores porque ejerciten sus libertades sindicales o políticas, pero no impide que si el patrono comprueba una falta grave a los deberes derivados del contrato, pueda ejercer su potestad de despido. Un equilibrio dinámico e histórico entre los factores de la producción, con un marco razonable de configuración por parte del legislador, es tutelado por el artículo 74 constitucional.

B) Las disposiciones constitucionales y legales que amparan a la madre y al niño no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora: La trabajadora debe comprobar ante la Inspección General de Trabajo o en su caso ante el juez laboral, que en efecto está embarazada o está en el periodo de lactancia. Como medio de prueba se le exige aportar "certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social". Estos son elementos probatorios, no requisitos solemnes que pudieran erguirse en obstáculos al ejercicio del derecho. En otros términos, es el hecho del embarazo o el hecho de la lactancia lo que impide al patrono despedir cuando no concurra falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del Código de Trabajo.- "Para gozar de la protección que aquí se

establece", dispone el párrafo segundo del artículo 94 del Código de Trabajo así reformado por la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer, "la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social". La certificación o la constancia o el aviso entonces, no operan a modo de requisitos de admisibilidad -requisitos solemnes cuya omisión acarrearía ab initio la pérdida de protección de la Ley-; son requisitos probatorios que han de aportarse a la administración y en su caso al juez, y cuyo propósito es evitar el fraude, y no, obviamente, facilitar el despido de la embarazada que liminarmente omite presentarlos." (En sentido similar, las número 2005-00813 de las 10:20 horas del 28 de setiembre de 2005, 2003-00787 de las 14:10 horas del 18 de diciembre de 2003, 2003-00636 de las 09:10 horas del 5 de noviembre de 2003, 2002-00379 de las 09:50 horas del 31 de julio de 2002, 2001-00136 de las 09:35 horas del 23 de febrero de 2001, 2001-00645 de las 09:50 horas del 31 de octubre de 2001, 2000-00807 de las 09:50 horas del 6 de setiembre de 2000)."

[SALA SEGUNDA]⁷

"III.- DE LA PROTECCIÓN LABORAL DE LA MUJER EMBARAZADA. Dentro del Título V de la Constitución Política, se encuentra el artículo 51, el cual indica, de manera expresa, que la base fundamental de la sociedad es la familia; brindándole un derecho de protección especial por parte del Estado que, a su vez, se extiende a la madre, al niño, al anciano, y al enfermo desvalido. De igual manera, "la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, No 7142" de 2 de marzo de 1990, mediante el numeral 32 reformó, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo e introdujo el numeral 94 bis, estableciéndose una protección especial para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En esa normativa, aparte de la prohibición que tiene el empleador de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia; salvo el caso de la comisión de una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem; también se le otorgó un derecho, a todas aquellas que son despedidas en contra de lo regulado en el 94 anterior; a ser reinstalada en el puesto que desempeñaban, con el pleno goce de todos sus derechos. Asimismo, se dispuso, que aunque la trabajadora incurriese en falta grave, el patrono no puede despedirla sin gestionar previamente la autorización respectiva ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo. Por su parte, la trabajadora, para poder gozar de esos beneficios, debe cumplir con el obligado requisito de



dar aviso, al empleador, de su estado de gravidez; lo cual, puede hacer incluso al momento del despido. De ahí que, si la sanción se impone en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la trabajadora, el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación, podrá solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, así como los salarios que ha dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía, y, por daños y perjuicios, a diez días de salario (Ver resolución de la Sala Constitucional No 6262-94 de las 9:18 horas del 25 de octubre de 1994). En igual sentido, y sobre los alcances de esa norma, esta Sala en su Voto No 249-2000 de las 9:55 horas del 25 de febrero del año 2000, indicó, en relación con la facultad disciplinaria del patrono que:

“No obstante, con una aplicación razonada y objetiva de la disposición normativa, ha sido criterio reiterado de esta Sala, y de la Constitucional, que la regulación especial del Código de Trabajo, reformada e introducida por la Ley de la Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, busca la directa tutela de la mujer, en su condición de madre: estableciéndose, por ello, la prohibición de que sea despedida, con el único fin de evadir el costo de la seguridad social por maternidad. De esta manera, lo que la norma pretende es impedir la discriminación de la mujer, sólo por su condición de embarazada o por estar en período de lactancia. Entonces, debe quedar claro que, tal protección se estableció para evitar la discriminación; por lo que ello no obsta para que la relación de trabajo pueda concluirse debido a la comisión de una falta grave, por parte de la trabajadora o bien; por cualquier otro motivo objetivo, y legítimo que imposibilite la continuación del contrato; pues claro está, no se trataría, entonces, de un acto discriminatorio. De esa manera, queda prohibida la discriminación de la mujer, por el hecho del embarazo o de la lactancia, pero la normativa no garantiza una inamovilidad absoluta...”.

Es claro, que la normativa comentada preveé un trámite administrativo específico, al que debe recurrir la parte patronal, para pedir la autorización de despedir; cuando le está atribuyendo faltas a la trabajadora.

IV.- SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. En casos como el presente, en donde se discute sobre la discriminación de la mujer en razón de su embarazo, cabe indicar que existe, comúnmente, dificultades de prueba. El jurista español Ricardo Escudero Rodríguez,



en referencia a casos análogos ha mencionado los siguientes inconvenientes: 2 (...) b) se trata de actos en los que no existe testigos o, si los hay, no se comprometen por el miedo a que el empresario pueda tomar represalias por sus declaraciones (...), “(...) d) a ello se ha de unir la falta de pruebas escritas (...)” (ESCUADERO RODRÍGUEZ Ricardo. El acoso sexual en el Trabajo. Relaciones Laborales. Tomo II, Madrid, 1993, pp 476 y siguientes). Asimismo, es importante destacar que, cuando se trate de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, debe existir, al momento de valorar la prueba, una especial sensibilización y comprensión de la realidad laboral imperante en el país, que permita su plena apreciación, dando un valor prominente a los indicios que se desprenden del material probatorio aportado, y se debe ser más exigente en cuanto a las pruebas, cuando se alegue abandono del cargo, renuncia, o cuando se le achaque la imputación de una falta grave a la trabajadora, como es el caso de estudio. Al respecto, conviene citar, aunque extensa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ilustra esta situación:

a) En los casos en que se alegue... que el despido es discriminatorio lesivo a cualquier otro derecho fundamental del trabajador, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación o la no lesión de cualquier otro derecho fundamental), pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión.

b) Lo anterior, tiene su base no sólo en la primacía o en el mayor valor de los derechos fundamentales, sino más en concreto en la dificultad que el trabajador encuentra en poder probar la causa discriminatoria, o lesiva de otro derecho fundamental, de despido y en la facilidad con que, dado el origen jurídico de los despidos... e improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido... improcedente.

c) Ahora bien, para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino



que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión (...).

d) Si el empresario ha de alcanzar resultado probatorio sin que le baste intentarlo, el órgano judicial ha de llegar a la paralela convicción no ya de que el despido razonablemente tachado de lesivo de un derecho fundamental no es extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente ajeno a una conducta lesiva de un derecho fundamental (por ejemplo, el de la libertad sindical) (...)"

Desde este punto de vista, no se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de utilizar la técnica de la "prueba de presunciones", sea que al plantearse un litigio donde la trabajadora alega que se han dado conductas patronales discriminatorios en su contra, o de despido, por razones de embarazo; el empresario es quien debe probar las razones que lo han impulsado a adoptar esa decisión. La Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, desde 1989, en la sentencia Danfoss del 17 de octubre, No 109/88 confirmó el reparto de la carga de la prueba y, en especial, la atribución a la parte demandada de la carga de justificar la disparidad de hecho con razones objetivas y circunstanciales que demostrasen que su práctica de empleo no es indirectamente discriminatoria por razón de sexo (BALLESTERO Ma Vittoria, "La Ley italiana sobre acciones positivas. Una primera lectura". Traducción de Teresa Pérez del Río. En Relaciones Laborales, Tomo I, Madrid, 1993, p. 224). En otros términos, dentro de un proceso laboral, se puede aplicar la "técnica de indicios" , que servirá, más bien, como coadyuvante en la búsqueda de la verdad real de lo acontecido. De ahí, que la prueba vertida en autos, debe apreciarse a conciencia, con un criterio lógico y justo, conforme lo haría el común de las personas, a fin de llevar al espíritu del Juzgador (a), la convicción de la verdad. A mayor abundamiento, la Sala en múltiples ocasiones, ha destacado que las trabajadoras embarazadas están protegidas por un fuero especial que constituye una clara excepción al régimen general de libre despido, propio del sector privado. Ese fuero, presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación -presunción iuris tantum-; de ahí que le corresponda al patrono probar, a ciencia cierta, que se trata de un despido objetivo debidamente autorizado por el órgano competente. En otras palabras, la normativa aplicable, reconoce la existencia de actos y comportamientos "objetivamente discriminatorios" que, por eso mismo, son ilícitos. La intención de discriminar por razón de sexo pierde así toda importancia, desplazándose la relevancia jurídica de aquellos a su efecto prejudicial. De ahí que, la Convención de Belén do Pará, ratificada por Costa Rica, en su preámbulo, indique la preocupación "...al



comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos (se refiere a las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer), las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones...” y tiene presente “...la importancia social de la maternidad...” y “ que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación...”. Esa discriminación la define como “...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural, civil y en cualquier otra esfera”. Por ello, el artículo 11, párrafo 2, ibídem, establece que la finalidad de “...la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables in pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales...” es “... impedir la discriminación contra la mujer por razones de embarazo o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar...”. El párrafo 3, de ese mismo numeral, compromete a los Estados parte y, obviamente a los poderes judiciales de cada uno, a examinar periódicamente, a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos, la legislación protectora relacionada con este tema y a revisarla, derogarla, o ampliarla, según corresponda. En concordancia con esos parámetros y siguiendo la evolución que el derecho antidiscriminatorio está teniendo en otros países, es preciso que las labores de interpretación y aplicación del fuero de comentario no obstaculicen el otorgamiento de la protección legal. (en ese mismo sentido puede consultarse los Votos No 00117-2003 de las 15:30 horas del 14 de marzo del año 2003 y 528-2002 de las 9:20 horas del 1 de noviembre del 2002).

V.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO: Luego de un estudio detallado de los autos, se arriba a la ineludible conclusión, que el despido de la actora fue un despido injustificado y discriminatorio. Al interponer la demanda, la actora manifiesta que al momento de ser despedida, sus patronos eran sabedores de su estado, situación que es corroborada por el testigo Carlos Enrique González Soto, el cual en su declaración manifiesta que personas de la empresa demandada sabían del embarazo de doña Rosaura, (ver declaración a folio 56), situación que la actora manifestó en el Ministerio de Trabajo y que les comunicó su estado de buena esperanza a sus superiores el día ocho de mayo por la mañana al señor Xiomar Delgado, y ese mismo día por la tarde al señor John Ruiz; y el quince de ese mismo mes, la despiden con fundamento en unas causales que nunca fueron demostradas, y que debió el patrono iniciar un procedimiento administrativo ante el Ministerio de Trabajo, con el fin de

que se autorizara el despido de la actora con base en las causales que se le imputaban; sin embargo no lo hizo, todo lo contrario la despidió cuando tuvo conocimiento del estado de gravidez de la actora, sin recurrir al procedimiento establecido por la ley para ante la autoridad administrativa correspondiente; y con esta actuación violentó el principio de buena fe, por lo que ante esta situación, no se configuró el despido disciplinario. Todo lo contrario, lo que se produjo fue un despido injustificado con vulneración de los derechos fundamentales. Por otra parte, cabe resaltar que la afirmación hecha por la actora en el sentido, que sus jefes tenían conocimiento de su estado, no fue desvirtuada por la accionada, al no venir en la etapa correspondiente, como fue solicitado, uno de sus representantes al proceso, a rendir confesión, y por lo tanto, hubo que declarar inevaluable la prueba. En consecuencia, no existe indebida apreciación ni valoración de la prueba como lo manifiesta el recurrente. Por otra parte, el segundo motivo alegado en el recurso, es un motivo que la Sala no puede entrar a conocer; toda vez que al ser de forma, y que para ello, la parte contaba con el recurso de aclaración y adición contra la sentencia de segunda instancia y no lo ejerció, se encuentra esta autoridad imposibilitada para resolverlo; ello de acuerdo con el artículo 559 del Código de Trabajo, y por otra parte tal vicio no causa indefensión a ninguna de las partes del proceso. Por último, manifiesta el recurrente, que el Tribunal incurrió en ultra y extra petita, pues condena a la demandada, al pago de la indemnización establecida en el artículo 94 bis, del Código de Trabajo. No lleva razón el apoderado de la demandada, toda vez, que en la sentencia se condena al pago del pre y post parto, y a la indemnización que establece el numeral dicho, que corresponde a los salarios que dejó de percibir desde el momento del despido, y hasta completar los ocho meses de embarazo; por lo que la autoridad judicial aplicó expresamente lo que la norma contempla.

VI.- Debe quedar clara la necesidad del empresario de realizar el procedimiento administrativo, al efectuar el despido de una mujer embarazada, donde en él, debió demostrar las causales en que se fundamentó para efectos de despedirla justificadamente. Ante esta omisión, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, nos encontramos en presencia de un despido discriminatorio y no justificado, como lo quiso hacer ver la sociedad accionada. Así las cosas debe confirmarse en todos sus extremos la sentencia apelada.”

3.2 Cese de trabajadora embarazada por motivo objetivo y legítimo

[SALA SEGUNDA]⁸

“III.-DE LA PROTECCIÓN LABORAL DE LA MUJER EMBARAZADA. Como regla general, en el campo del empleo privado, está establecido el régimen de libre despido, en virtud del cual, el empleador está facultado para dar por rota la relación de trabajo, de manera unilateral, y sin que el trabajador haya incurrido en una falta que torne difícil o imposible su continuidad. En este supuesto, el patrono deberá reconocerle a la persona cesada, la indemnización denominada auxilio de cesantía. Lo anterior tiene raigambre constitucional (artículo 63 de la Constitución Política) y se encuentra desarrollado en el Código de Trabajo (artículos 29 y siguientes). Sin embargo, el ordenamiento jurídico positivo contempla algunas excepciones a esa regla, como por ejemplo, el despido de un dirigente sindical o de una mujer embarazada. Para efectos del presente asunto, interesa este último supuesto, sustentado en la propia Carta Fundamental, que ordena darle protección a la madre y al niño (artículo 51). Por esa razón, se ha limitado la libertad de despido del patrono, creándose un fuero especial, al amparo del cual, la trabajadora en dicho estado, sólo puede ser cesada con motivo de una falta grave cometida por ella, siguiéndose necesariamente un procedimiento administrativo previo, ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, en el cual se debe demostrar, sin lugar a dudas, que el cese obedece a un hecho objetivo y no a su estado de gravidez. El basamento jurídico específico de ese fuero, lo encontramos en los numerales 94 y 94 bis del Código de Trabajo. Dentro del Título V de la Constitución Política, se encuentra el artículo 51 precitado, que indica, de manera expresa, que la base fundamental de la sociedad es la familia brindándole un derecho de protección especial por parte del Estado que, a su vez, se extiende a la madre, al niño, al anciano, y al enfermo desvalido. De igual manera, “la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, No. 7142”, del 2 de marzo de 1990, mediante el numeral 32, reformó, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo e introdujo el numeral 94 bis, estableciéndose una protección especial para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En esa normativa, aparte de la prohibición que tiene el empleador de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia -salvo el caso de la comisión de una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem- también se le otorgó un derecho, a todas aquellas que son despedidas en contra de lo regulado en el 94 anterior, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaban, con el pleno goce de todos sus derechos. Asimismo, se dispuso, que cuando se le imputa a la trabajadora una falta grave, el patrono no puede despedirla sin gestionar previamente la autorización respectiva ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo. Por su parte, la trabajadora, para poder gozar de esos beneficios debe cumplir con el obligado requisito de dar aviso, al empleador, de su estado de gravidez; lo cual, puede hacer, incluso al momento del despido. De ahí que, si la sanción se impone en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la trabajadora el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación, podrá solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, así



como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía y, por daños y perjuicios, a diez días de salario. (Ver resolución de la Sala Constitucional No. 6262-94 de las 9:18 horas del 25 de octubre de 1994. En igual sentido, y sobre los alcances de esa norma, esta Sala en su Voto No. 2000-00249 de las 9:55 horas del 25 de febrero del 2000, en relación con la facultad disciplinaria del patrono, señaló: “No obstante, con una aplicación razonada y objetiva de la disposición normativa, ha sido criterio reiterado de esta Sala y de la Constitucional, que la regulación especial del Código de Trabajo, reformada e introducida por la Ley de la Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, busca la directa tutela de la mujer, en su condición de madre: estableciéndose, por ello, la prohibición de que sea despedida, con el único fin de evadir el costo de la seguridad social por maternidad. De esa manera, lo que la norma pretende es impedir la discriminación de la mujer, sólo por su condición de embarazada o por estar en período de lactancia. Entonces, debe quedar claro que, tal protección, se estableció para evitar la discriminación; por lo que ello no obsta para que la relación de trabajo pueda concluirse debido a la comisión de una falta grave, por parte de la trabajadora o bien, por cualquier otro motivo objetivo y legítimo que imposibilite la continuación del contrato; pues claro está, no se trataría, entonces, de un acto discriminatorio. De esa manera, queda prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia, pero la normativa no garantiza una inamovilidad absoluta”. Es claro, que la normativa comentada prevé un trámite administrativo específico al que debe recurrir la parte patronal, para pedir la autorización de despedir, cuando le está atribuyendo faltas a la trabajadora”.

3.2 Despido de trabajadora embarazada frente a cierre de empresa

[SALA SEGUNDA]⁹

“I.- Este es otro caso [chofer de taxi], dentro de los que ha venido conociendo la Sala, en el cual se cuestiona la existencia de un contrato laboral, pretendiendo desvirtuar, el recurrente, la presencia de los elementos característicos de un contrato de ese tipo, principalmente, el salario y la subordinación jurídica. Al efecto, la Sala, en la sentencia número 25, de las 9 horas del 24 de enero de 1992, estableció algunas reglas para determinar, en situaciones como la del subjúdice si, efectivamente, hubo o no una relación laboral. Para encontrar la solución al conflicto, se dijo, en aquella oportunidad: "Establece el numeral 23 del Código de Trabajo, la regla general de que, todo contrato laboral deberá

extenderse por escrito, y su existencia se acredita con el respectivo documento y, a falta de él, con cualquiera de los medios de prueba que señala el ordenamiento jurídico procesal. En ese orden de ideas, la prueba de la existencia del contrato de trabajo, se dirige, no a demostrar que se llegó a un acuerdo verbal, sino que realmente existía la relación jurídico laboral, entre un sujeto de calidad de trabajador, y otro, en carácter de patrono. Para ello, la doctrina y la jurisprudencia, han establecido que el mecanismo idóneo, consiste en acreditar la concurrencia de los tres elementos que integran la definición de contrato de trabajo: 1) prestación personal del servicio; 2) subordinación; y, 3) remuneración o pago de un salario. En lo que se ha dado en denominar "casos frontera", representados por aquellas situaciones en que resulta en extremo difícil, acreditar al concurrencia de esos tres elementos, por ser la contratación análoga a la laboral -servicios profesionales, ejecución de obra y agentes vendedores o comisionistas-, se ha permitido utilizar dos fórmulas que tienden a preferir la existencia de un contrato de trabajo, en beneficio del trabajador: a) teoría del contrato realidad; y, b) determinación única del elemento subordinación. En el sub júdice, a fin de definir la razón o no de los reparos formulados por el recurrente, se tendrá que echar mano de las anteriores consideraciones. A mayor abundamiento, y como última solución al problema, en caso de duda sobre la normativa aplicable y sobre los mismos hechos, el Juez de Trabajo, está obligado a aplicar el principio protector y su derivación en la regla del "in dubio pro operario"; de ahí que, la solución al problema, saldrá de alguna de esas alternativas". En los autos, se tuvo por acreditado que, el actor, se desempeñó como taxista, conduciendo [un vehículo] propiedad de la Cooperativa demandada, desde el 9 de noviembre de 1987 hasta el 10 de agosto de 1991; fecha en la que [...] se le dejó de entregar el vehículo de servicio público, que le correspondía manejar. 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 quedara, luego de deducir la cuota de la Cooperativa y el pago del diesel, logrando obtener un promedio mensual de cuarenta mil colones. Adicionalmente, merecen ser considerados tres hechos: a) que, el actor, no tenía que rendir cuentas de las utilidades totales; b) que, los horarios y las jornadas, los definían los propios choferes; y, c) que, las reparaciones de los vehículos eran por cuenta de la accionada. Ese fue entonces el marco real que imperó, en la relación jurídica concreta que surgió entre las partes. El recurso pretende, con el análisis que ahí se efectúa de las pruebas testimonial y confesional, que se tenga como hechos indemostrados, la existencia de una dependencia permanente y de una dirección inmediata, así como del pago de una

remuneración o salario. En primer término, conviene señalar que, la prestación personal del servicio, quedó indubitadamente acreditada, la cual resultaba en provecho de la demandada; pues, a través del esfuerzo físico del actor, la Cooperativa obtenía una ventaja económica, a partir de los resultados promedio obtenidos por el conductor, durante sus jornadas. En otras palabras, es evidente el beneficio por el enriquecimiento o por el lucro obtenido por la accionada, como una consecuencia directa del esfuerzo [del actor], lo que se convierte en una nota distintiva del contrato laboral, porque se trata del servicio personal de uno, en provecho de otro. De esta afirmación, podría pensarse en hablar de un contrato de arrendamiento, mas ese no es el caso y, de esa manera, ni siquiera lo planteó la demandada; amén de que resultaría una actividad contraria a la normativa que rige ese tipo de organizaciones sociales, como bien lo apuntó la propia Cooperativa, en la contestación de la demanda; máxime si se tiene presente que se trata de una actividad realizada, y realizable, tanto por asociados como por no asociados. En segundo lugar, 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 [el actor], como trabajador -artículo 2º del Código Laboral- y convierte a aquella en patrono -ordinal 4º ídem-. En tercer lugar, en relación con la subordinación jurídica o dependencia permanente y dirección inmediata, pierde el recurrente de vista que, el actor, como conductor de un vehículo de servicio público, prestaba sus servicios fuera del alcance de la supervisión directa e inmediata del patrono - numeral 143 íbidem-, por lo que la misma se diluye y se logra extraer de algunas directrices de carácter general; como por ejemplo, la fijación de turnos para los conductores, la obligación de entregar, diariamente, la cuota de la Cooperativa y el cumplir con los gastos de mantenimiento, así como lavar el vehículo y el deber de llevar el taxi, para su reparación, a un taller indicado por la propia Cooperativa. Adicionalmente, cabe destacar que, si la Cooperativas de Autogestión, de acuerdo con el artículo 104 de la Ley de Asociaciones Cooperativas, sólo pueden aceptar como asalariados a sus propios asociados, al no ser el actor afiliado su relación con la Cooperativa no puede más que calificarse como laboral;

pues, a pesar de no estar ubicado dentro de las excepciones del inciso a), de esa disposición, una transgresión a la Ley no puede perjudicarlo -artículos 74 de la Constitución Política y 11 del Código de Trabajo- y, sabido es que, nadie puede sacar provecho de sus propias faltas y menos en el campo de lo laboral. En mérito de lo expuesto y prohiendo también los argumentos del Tribunal Superior, se debe confirmar el fallo recurrido."

3.3 Contrato de transporte (inexistencia de relación laboral)

[SALA SEGUNDA]¹⁰

“III.-DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO: El carácter laboral de una determinada relación jurídica, puede establecerse mediante la identificación de determinados elementos, que caracterizan ese tipo de relaciones. En el caso concreto, debe partirse de los conceptos de empleador y de trabajador que establecen los artículos 2 y 4 del Código de Trabajo, para luego analizar, especialmente, el numeral 18, que define el contrato de trabajo. En efecto, de conformidad con esta última norma, contrato laboral es aquél en el cual, con independencia de la denominación que se le dé, una persona se obliga a prestar, a otra u otras, sus servicios o a ejecutarle (s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada; y por una remuneración, de cualquier clase o forma. También establece, dicho numeral, una presunción legal -la cual, desde luego, admite prueba en contrario, pues es sólo iuris tantum-, respecto de la existencia de un vínculo laboral, entre el individuo que presta sus servicios y quien los recibe. La remuneración, de conformidad con el numeral 164 ídem, puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador. Tres elementos son, entonces, los que con claridad, ayudan a definir jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: la prestación personal de un servicio, el cual debe ser remunerado y que se desarrolle bajo subordinación, respecto del empleador. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, por lo general, tal subordinación o dependencia, es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral. Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas, donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración, también están presentes, configurando lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha dado en llamar “zonas grises”. De esa manera, generalmente, el elemento determinante, característico y diferenciador, en la de naturaleza típicamente laboral, es el de la subordinación; la cual se concibe como “el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de



su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, ...”; “...es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas...” por lo que basta “...con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario” (CABANELLAS, Guillermo. Contrato de Trabajo, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, Volumen I, 1963, pp. 239 y 243) (sobre este tema pueden consultarse, entre otras, las sentencias de esta Sala, números 540 de las 9:55 horas, del 6 de noviembre; 563 de las 8:55 horas y 564 de las 9:00 horas, ambas del 8 de noviembre, todas de 2002; así como la número 38 de las 10:10 horas, del 5 de febrero de 2003). Por otra parte, debe agregarse que, al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce, debe tenerse en cuenta el principio de la primacía de la realidad, cuya aplicación está implícita en el citado artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, conforme con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente; desde el punto de vista jurídico. En efecto, dicho principio establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2da.edición, 1990, p. 243). Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado “contrato-realidad” -aunque, doctrinariamente, se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-; dado que, tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica, y no por lo pactado, inclusive expresamente, por las partes. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica, que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos (en ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 45 de las 10:10 horas, del 8 de febrero de 2002; 27 de las 9:30 horas, del 31 de enero y 83 de las 9:40 horas, del 26 de febrero, ambas de 2003). Tales premisas deben orientar el estudio del caso del actor, a los efectos de determinar si su relación tuvo o no tal naturaleza laboral.

IV.-EN RELACIÓN CON LAS NUEVAS TENDENCIAS QUE AFECTAN AL DERECHO DEL TRABAJO: En adición a lo expuesto en el considerando anterior, en lo tocante a la dificultad que la doctrina y la jurisprudencia enfrentan para determinar la real naturaleza de cierto tipo de vínculos, a los efectos de establecer si es laboral; o, por el contrario, si puede enmarcarse dentro del Derecho Civil o del Comercial; también debe tenerse presente que tal problemática se exagera por cuanto, el Derecho Laboral, en los últimos años, se ha visto afectado por corrientes que propugnan la eliminación de lo que algunos han dado en



llamar las rigideces del Derecho del Trabajo; por cuanto consideran que éstas impiden el desarrollo y resultan inoperantes ante nuevos sistemas productivos. Se plantean, así, tesis extremas que inclusive sostienen la procedencia de una desregulación. Por otra parte, los cambios tecnológicos y los nuevos sistemas de producción, han dado paso a distintas figuras de prestación de servicios, conocidas con el nombre de contratos atípicos; por cuanto, en ellos, se ven desdibujados los elementos característicos de una relación típica de trabajo. El problema es aún mayor, con el proceso de relativización de la noción de subordinación -que constituye el elemento más característico-; lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre una relación laboral y el trabajo por cuenta propia; pues, en muchos casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, donde en muchas ocasiones las labores se desarrollan por cuenta propia, en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario. (LÓPEZ GANDÍA, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1999, pp. 9 a 12). Le corresponde entonces al operador jurídico determinar, en cada caso concreto, según las circunstancias particulares que en cada uno se presenten, si se está o no en presencia de una relación laboral. A esos efectos, deberá realizar la valoración correspondiente, para determinar si lo pactado pretendía disimular la existencia de un contrato de trabajo; o si por el contrario, legítimamente el vínculo jurídico que existió entre las partes no tuvo naturaleza laboral. Por lo expuesto, resulta de interés lo expresado por Sanguineti, cuando señala que "... se asiste en la actualidad a una nueva fase en la evolución de las formas de organización de los procesos productivos, dentro de la cual asumen un protagonismo cada vez más amplio modalidades 'externas' de inserción en los mismos, escasamente utilizadas en el pasado... es el caso de las nuevas formas 'descentralizadas' de empleo,... La cada vez más extendida puesta en marcha de estrategias de 'descentralización productiva', a través de las cuales se persigue la obtención de los objetivos de la empresa, no por la vía de la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino a través de la combinación de aportaciones parciales llevadas a cabo por empresas auxiliares o por colaboradores externos, está dando lugar a un impulso hasta el momento desconocido de formas de trabajo autónomo, las cuales están pasando a ocupar parcelas cada vez más amplias del espectro productivo, las más de las veces en desmedro del trabajo subordinado. / Si bien es cierto que esta tendencia a la 'exteriorización' o 'satelización' de las actividades empresariales no puede ser vista sino con cautela, puesto que es capaz de encubrir intentos elusivos de la aplicación de las normas laborales a verdaderas relaciones de trabajo, no parece que en todos los casos pueda darse este tratamiento al fenómeno. Como se ha puesto de relieve, detrás del mismo se encuadran también trabajadores autónomos auténticos, que laboran contando con su propia organización y asumiendo los riesgos y beneficios de su actividad, cuya aportación a la empresa no se realiza a través de la tradicional puesta a disposición de su fuerza de trabajo, sino por la vía de la 'coordinación de actividades'... en los supuestos de coordinación de actividades la vinculación de la labor del sujeto al proceso productivo de la



empresa comitente no se deriva del ejercicio por parte de su titular de poder alguno de conformación de la prestación laboral, sino de la estipulación de un específico 'programa negocial', dentro del cual se inscribe como un medio para su realización. De allí que dicha coordinación no excluya la autonomía de quien trabaja en cuanto a la elección de las modalidades de ejecución del trabajo, y sea capaz de dar lugar a relaciones en principio excluidas del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. / El auge de estas formas de coordinación es, de este modo, expresión de la progresiva pérdida de centralidad del ejercicio del poder de dirección empresarial en el desarrollo de los procesos productivos. Frente a éste están apareciendo otros medios más sofisticados que permiten al empresario asegurarse igualmente el resultado final del trabajo, que es lo que a fin de cuentas le interesa, sin necesidad de recurrir a la constitución de una relación laboral en sentido estricto... / Los nuevos trabajadores autónomos no desarrollan sus labores con destino al mercado en general, sino de forma preferente o exclusiva en beneficio de determinadas empresas, con las cuales establecen vínculos de carácter más o menos estable o duradero. Esta circunstancia, sobre todo en los casos en que el sujeto ejecuta el trabajo de manera personal, es capaz de dar lugar a una situación de dependencia económica respecto de la empresa comitente, muy semejante en cuanto a sus características a la que padecen los trabajadores asalariados... Los procesos de 'descentralización productiva' generan, de este modo, una peculiar dinámica de sujeción económica, que normalmente aparece disimulada detrás de la independencia de los trabajadores en cuanto a la elección de los modos de ejecución de su trabajo" (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos, Perú, ARA Editores, 1era. edición, 1997, pp. 65-68) (énfasis suplidos). Entonces, debe quedar claro, y así se ha dejado establecido en otros pronunciamientos, que cada decisión dependerá siempre de las características propias de cada caso concreto; por lo que no puede adoptarse una línea invariable, sino que se han de fijar parámetros, para poder determinar, según las circunstancias dadas, si se está o no en presencia de un contrato de trabajo; pues, como se indicó, puede que no se presente una relación laboral; sino, y legítimamente, una prestación de servicios por cuenta propia, mediante otra modalidad contractual.

V.-EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRANSPORTE: En el caso que se estudia, se ha establecido por los juzgadores de instancia que la relación entre el actor y la accionada no revistió la naturaleza de un contrato de trabajo, sino que se trató de un típico contrato de transporte. Por ello, resulta importante analizar las particularidades que caracterizan este tipo de contrato y los mecanismos que han sido ideados para diferenciarlo de una normal relación laboral. Tal y como se indicó en la sentencia recurrida, es cierto que la Sala ya se ha ocupado de este tema; y, al respecto, ha sostenido que: "La doctrina laboral ha estudiado el denominado contrato de transporte -no idéntico en sus características a la figura del auxiliar de comercio, denominado porteador y regulado por nuestro Código de Comercio en los artículos 323 y siguientes-, el cual regula una modalidad de trabajo autónomo o por cuenta ajena, en el cual, el transportista es el encargado no sólo de trasladar la mercancía,

sino también de realizar los respectivos cobros y entregar los dineros a la empresa, a los efectos de poder establecer el deslinde de éste, respecto de un contrato de naturaleza laboral; lo cual resulta difícil, ante las nuevas modalidades de contratación. En cuanto a este punto concreto se ha establecido que, el contrato de trabajo, regula el intercambio de servicios por precio, que se realizan en condiciones de dependencia y ajenidad, sin posibilidad de novación subjetiva en la persona del trabajador. El contrato de transporte, por su parte, regula la obligación que asume un empresario -porteador o transportista- de trasladar de un lugar a otro y custodiar una persona o cosa determinadas, por el medio de locomoción pactados. De esa manera, se desprenden diferencias en el elemento subjetivo; pues, en el contrato de trabajo, el trabajador es insustituible; mientras que, en el de transporte, este elemento puede ser sustituido. El objeto de los contratos también es diferente, por cuanto en el de trabajo, el contrato hace al trabajador deudor de su actividad y, en el otro, lo que se debe es un resultado. Luego, también surgen diferencias en el modo, dado que, en el contrato de trabajo, el trabajador actúa por cuenta y dependencia ajenas y, en el de transporte, el transportista actúa por su cuenta y en régimen de auto organización. En consecuencia, se ha concluido que no media relación de trabajo, entre quien realiza el servicio de transporte y el que lo recibe, al estimarse, además, que con la explotación del vehículo, el transportista, busca la obtención de una suma superior a la que le correspondería a un trabajador de su misma categoría profesional y en idéntico sector productivo. (LUJAN ALCARAZ, José). *Repartidores y Mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?*, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., pp. 11-12). Sin embargo, en la doctrina emanada de los tribunales españoles, tal criterio ha ido variando a través del tiempo e inclusive la situación ha sido regulada por el legislador, de forma tal que se han establecido, por ley, factores objetivos (como el título de propiedad y determinado tonelaje del medio de transporte) para establecer una presunción de exclusión de la laboralidad. Se ha dicho, también, que si el vehículo es aportado por la propia empresa y ésta corre con los riesgos de la flota, relativos al pago de averías, gastos de mantenimiento, impuestos, seguros, etcétera, se trata de un indicio de la laboralidad. (López Gandía, op.cit., p. 47). En cuanto a este mismo tema, resulta de interés citar a Luján Alcaraz, en cuanto expone los parámetros que deben tomarse en cuenta, al momento de determinar la laboralidad o no de un determinado contrato. A esos efectos, señala que, primero, debe valorarse la naturaleza personal del contrato de trabajo. En éste, no es posible la sustitución del trabajador, por lo que el carácter personal del contrato de trabajo parece elemento suficiente, para poder deslindar jurídicamente ambas figuras. En el laboral, el empresario adquiere la disponibilidad sobre la energía de trabajo de una persona; en el de transporte, lo que se demanda es el traslado mediante un medio hábil para ello, con independencia de quien dirija el medio. Como segundo aspecto, señala que debe tenerse en cuenta que el transportista obra por cuenta propia. Esto significa que el transportista desempeña el papel de empresario; pues organiza, por su cuenta y riesgo, los factores de la producción para la obtención de un servicio que ofrece. Esto implica, en primer lugar, que él asume todo riesgo



que derive de la actividad de transporte, específicamente, que a su cargo se encuentra la amortización, conservación y gastos propios del vehículo, así como los pagos de seguros y las autorizaciones administrativas y que es responsable, ante la empresa, por la carga; sin embargo, estos últimos aspectos, últimamente se han flexibilizado y han querido entenderse como una compensación de suplidos por parte de la empresa y la normal responsabilidad del trabajador, respectivamente. Dentro de este segundo aspecto, se incluye lo relacionado con el lucro empresarial, pues se estima que el empresario busca la obtención de un lucro especial y mayor al que obtendría como trabajador por cuenta ajena; sin embargo, este aspecto en muy poco sirve como indicio de la ajenidad del contrato. Luego, y como último punto dentro de este segundo aspecto, se incluye el de la presencia del vehículo; pues, se venía considerando que, mediante la aportación del vehículo se manifestaba la condición de trabajador autónomo. Sin embargo, este argumento ha variado, en el sentido de que no existe contrato de transporte, cuando la aportación del vehículo no constituye el elemento definidor y la finalidad fundamental del contrato. Como tercer y último aspecto, debe verificarse si el trabajador es o no miembro de una organización productiva dirigida por otro, por lo que ha de determinarse, con independencia de la presencia del vehículo, si el transportista puede ser calificado como elemento integrante de una organización ajena. Para ello es útil, primero, identificar la actividad propia o principal de la empresa que contrata el servicio de transporte y, segundo, identificar en el desarrollo de la relación, rasgos típicamente laborales. Así, si el objeto de la empresa contratante del servicio es precisamente esa, la del traslado de personas o cosas, la actividad del transportista será laboral. Dentro de los rasgos, típicamente laborales, es fácil apreciar si la relación fue “intuitu personae”, cuando se le niega la posibilidad de ser sustituido a su voluntad. En cuanto a este punto, se considera que no puede considerarse contratado laboral a quien se auxilia en su trabajo, por otra u otras personas. Debe determinarse también la presencia de la nota de la dependencia, lo cual se deduce de circunstancias como las siguientes: a) Cuando el transportista no puede usar su vehículo, la empresa le facilita un medio alternativo de transporte. b) Cuando la empresa colabora con el transportista, en el pago de su vehículo, o lo adquiera de la propia empresa. c) La integración, aunque no sea absoluta, del vehículo entre los elementos reales de la empresa; lo que se logra, por lo general, pintándolo con publicidad de la empresa; la posibilidad de inspección del vehículo por parte de los representantes de aquella y la imposibilidad de ser destinado a otros usos. d) Que, las obligaciones asumidas por el transportista, vayan más allá de las tareas normales de transporte. e) Otros elementos que pueden ser tomados en cuenta, para determinar la dependencia son: - que el transportista se encuentre a disposición de la empresa, - que lleve en su vestimenta anuncios de aquella, - que pueda ser sancionado por la dirección de la empresa, para la cual presta el servicio, - que exista sujeción a un horario, - que la libertad concedida al transportista para organizar su trabajo sea reducida o nula, - que el transportista venga disfrutando de concesiones empresariales típicamente laborales, como las vacaciones, la suspensión del contrato, etc.



Por último, en cuanto al elemento típico de la ajenidad, su existencia puede determinarse si al transportista se le retribuye mediante una suma fija; pues no correría riesgo alguno. Se indica, también, que resulta difícil calificar como transportista autónomo a quien no interviene en la fijación del precio. Otra forma de determinar la ajenidad, es aquella que surge cuando la empresa cubre los riesgos que pesan sobre los objetos transportados...” (en ese sentido pueden consultarse las sentencias números 74 de las 9:30 horas, del 31 de enero; 207 de las 9:40 horas, del 6 de abril, ambas de 2001; y 253 de las 10:40 horas, del 24 de mayo de 2002). Expuesto lo anterior, procede determinar la naturaleza de la relación que hubo entre el actor y la demandada.

VI .- VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL CASO CONCRETO: Sostiene el recurrente que los juzgadores de las instancias precedentes incurrieron en una indebida apreciación de los elementos probatorios que constan en los autos. No obstante, analizadas las pruebas traídas al expediente, la Sala llega a la conclusión de que no incurrieron los integrantes del tribunal, en la indebida valoración que el recurrente acusa; por cuanto, los elementos de prueba existentes permiten concluir, sin duda alguna, que el actor prestó sus servicios a la demandada en forma autónoma, por cuenta propia, y no mediante una relación de trabajo. Al efecto, en primer lugar se advierte, que si bien, no se tuvo por demostrado que el demandante fuera sustituido en su desempeño por terceros, tampoco había reparo alguno de la accionada en que lo fuera, pues esto quedó expresamente pactado, constituyéndose el actor en deudor de un resultado y no de su actividad. Véase que en la cláusula tercera del contrato suscrito por las partes se estableció: “Así mismo, se compromete -en relación al contratista, a saber: el actor- a contratar por su cuenta y riesgo el personal idóneo para la ejecución del contrato”, agregándose: “Por lo que no existirá relación laboral alguna entre los empleados del Contratista que utilice para la ejecución del presente contrato y la Cooperativa. Siendo la Contratista la única responsable de pagar a sus trabajadores los salarios, las cuotas de la Caja Costarricense de Seguro Social y Banco Popular y de Desarrollo Comunal, sus prestaciones laborales, así como de asumir todas las demás responsabilidades y obligaciones que como patrono le correspondan, incluidos los seguros de riesgos profesionales” (folio 26. También la cláusula novena, a folio 27). En esa dirección, nótese que lo que se le exigía era mantener “...una unidad de emergencia con el fin de efectuar en caso de eventualidades durante el recorrido un transbordo rápido para no sufrir atrasos con los horarios del personal” (folio 27. A su vez, cláusula novena in fine, a folio 27. [...] Por otra parte, a pesar de que se fijó un monto determinado como contraprestación por el servicio, se dejó contemplado, contractualmente, que cualquier variación en el lugar de la salida o en el número de pasajeros supondría una revisión de éste a los efectos de “...considerar proporcionalmente y por mutuo acuerdo los cambios en los gastos efectivos de operación, debidamente comprobados” (cláusula décimo quinta, a folios 27 y 28). Asimismo, las partes suscribieron varios addendums, en los que previo análisis del “...incremento efectivo en el combustible, costo de vida, calidad del servicio brindado, renovación de la unidad, seguros y otros requisitos”, se aumentaba su costo

(véanse folios 39, 41, 42, 46, 54 y 58[...]. En otro orden de cosas, el hecho de que en el contrato firmado se estableciera una serie de pautas, para regular la contratación entre las partes, no puede jurídicamente considerarse, per se, como constitutivo de una manifestación del elemento subordinación, indispensable, como quedó dicho atrás, para la existencia de un contrato de trabajo; por el contrario, se entiende que se trata de las instrucciones ineludibles, emanadas de la accionada, para el eficiente cumplimiento de lo pactado. Ciertamente, la demandada planteó directrices o instrucciones generales, dado que fue quien contrató aquel servicio para sus trabajadores residentes en Cartago (véase que conforme se consigna en la cláusula tercera del contrato, el objeto de éste era el servicio de autobuses para el traslado de personal de la Cooperativa desde Cartago al Coyol de Alajuela y viceversa -folio 26-. En igual sentido, nótese lo dispuesto en el correo electrónico, visible a folio 3). Adviértase que en razón de esto, en la cláusula sexta se estipuló: “La Cooperativa se reserva el derecho de revisar cuando lo considere necesario la condición técnica de las unidades o la calidad del servicio, mediante los medios que considere necesarios” (folio 27) y en la séptima: “El TRANSPORTISTA, respetará los horarios y lugares de abordaje establecidos en este contrato” (folio 27. Véase respuesta décimo primera de la confesional, a folio 110). De este modo, es lógico que velara porque el servicio se encontrara en regla en cuanto al cumplimiento de los permisos y las regulaciones establecidas por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes para el transporte de personas (folio 1. Véase que a partir del Addendum suscrito el 16 de junio de 2004 se exigió una póliza por persona no menor de ₡10.000.000,00 -folio 43-, la que se amplió con el Addendum del 7 de agosto de 2006 a “₡100.000.000,00 por accidente y de ₡40.000.000,00 por persona” -folio 54-). En esa misma dirección y atendiendo a los problemas de salud de una de las trabajadoras usuarias del servicio prestado por el actor, la demandada requirió se le asignara a ésta un solo punto de llegada y abordaje en sus horarios, para cuyos efectos recomendó: el punto de salida de la calle proveniente del Andén y abordar en la tarde aproximadamente a las 4:33 p.m. Véase que incluso se había coordinado con el Departamento de Seguridad la autorización para hacer giros y virajes en ese sector (folio 1. Sobre el particular, nótese lo establecido en la cláusula décimo primera del contrato, a folio 27). Tampoco podría asignarse un carácter distinto al correo electrónico de fecha 30 de agosto de 2005, que se envió con motivo de la problemática: “Exceso de velocidad de microbús color vino, marca toyota, # de placa SJB5231 (superando los 35Km./h), dentro de las instalaciones de la empresa”, vehículo que era propiedad del demandante y con el que se prestaba el servicio referido, para lo que se recomendó: “Indicar a todo chofer que brinde servicios de transporte dentro de la empresa, que debe respetar las zonas de rodamiento vehicular, áreas peatonales y que no debe exceder la velocidad máxima establecida dentro de la empresa que, corresponde a 5Km./h), observándose que “Es importante consientizar a estas personas de que deben brindar un servicio seguro, en el cual son responsables de mantener la integridad física de ellos mismos, los pasajeros y peatones, donde estos últimos tiene prioridad de paso dentro de

las áreas de tránsito vehicular de la empresa” (folio 5). Lo anterior es así, porque aquella comunicación advierte con claridad una situación derivada de un comportamiento de un tercero ajeno a la accionada y no la de un empleado, pues si este último hubiera sido el caso, se habría procedido de un modo distinto y, eventualmente, se le habría disciplinado de algún modo, circunstancia que en todo caso se echa de menos en los autos. Cabe añadir también, que el recurrente argumenta: “...no se de donde sacaron los jueces del Tribunal que yo tenía varios microbuses y empleados a mi cargo...”, aspecto que si bien se extraña en la sentencia que se recurre (lo que sí se indicó en la sentencia de primera instancia fue “Asimismo, el contrato establecía entre otras cláusulas: que el actor se comprometía a proporcionar los vehículos necesarios para la ejecución del mismo, a contratar por su cuenta y riesgo el personal idóneo para la ejecución del contrato,...” -folio 119-), resulta importante destacar que a folio 51 consta el título de propiedad del vehículo placa n° SJB 005231 a nombre del actor, el cual era utilizado para el “transporte urbano” y respecto del cual se hizo la correspondiente revisión técnica (folios 52 a 53) y se suscribieron las respectivas pólizas ante el Instituto Nacional de Seguros (folios 45, 47, 55, 56 y 63). Lo anterior aunado a que el vehículo placa n° SJB 007170 también propiedad del actor (folio 33) fue utilizado en la prestación del servicio (folios 5, 38 y 40) y cumplió a su vez con todos aquellos requerimientos (folios 31, 32, 34, 35 y 36). Eso es así, porque el vehículo utilizado para brindar el servicio era propiedad del actor (véase certificado de propiedad, a folio 33; derecho de circulación por el año 2001, a folio 35; derecho de circulación por el año 2004, a folio 50 y título de propiedad del vehículo placa n° SJB005231 visible a folio 51), a cuyo cargo corrían todos los gastos correspondientes (véase pago de entero realizado por el actor a favor del Consejo de Transporte Público por la unidad n° SJB-7170 dedicada a servicios especiales -folio 31-; boleta de revisión técnica y aprobación de autobuses y taxis n° A0135318 a nombre del demandante y por el vehículo placa n° SJB-7170, a folio 32; póliza n° 01 16 AUTO011828 02 suscrita por el actor ante el Instituto Nacional de Seguros, el día 23 de febrero de 2001, a folio 34 y solicitud de permiso para el transporte de trabajadores de fecha 16 de enero de 2001, visible a folio 36. Asimismo, el recibo de pago n° 3969581 sobre póliza n° 0117AUTO02722502 de fecha 7 de junio de 2005, a folio 45; pago de seguro voluntario de fecha 7 de julio de 2004, a folio 47; pago de póliza de riesgo de trabajo, a folios 47 y 62; tarjeta de revisión técnica, a folio 52; informe de revisión técnica, a folio 53; pago de póliza n° 01 17 AUTO027225 05 de fecha 7 de julio de 2006, a folios 55 y 56; pago de póliza n° 0117AUTO02722508 del 7 de junio de 2008, a folio 63. En igual sentido, los folios 41, 42, 43, 46, 48, 49, 50, 54, 57, 58, 61 y 64) y quien asumía los riesgos de la actividad. En tal sentido, en la cláusula quinta se disponía: “Las responsabilidades de índole civil, penal, laboral, o de otra naturaleza, por daños, perjuicios a terceros y cualesquiera otros extremos originados por la labor a desempeñar, serán responsabilidad exclusiva del Transportista” (folio 26), agregándose en la décima que “En caso de ocurrir un accidente donde se compruebe negligencia del chofer o falla mecánica debida a falta de mantenimiento, donde involucre incapacidades físicas temporales,

permanentes o fallecimiento EL TRANSPORTISTA, se hará responsable de cubrir todos los gastos al perjudicado. Por lo que se obligará a mantener al día las pólizas por responsabilidad civil” (folio 27). Asimismo, los riesgos por un atraso en el cumplimiento del objeto contractual debía asumirlos el actor, situación que se recogió en la cláusula décima segunda, en la que se reguló: “En caso de atrasos mayores a 15 minutos en los horarios programados detallados en este contrato o atrasos por razones de índole mecánico en la unidad, EL TRANSPORTISTA, se hará acreedor a una multa automática de ¢10.000.00 (diez mil colones), que será rebajada del monto a pagar por la factura respectiva. Es entendido que la multa por atraso no será aplicable cuando se deba a situaciones de fuerza mayor debidamente comprobadas por la Cooperativa ” (folio 27). Finalmente en este punto, se advierte que el demandante se vio obligado a garantizar el cumplimiento del contrato con una garantía de ¢2.000.000,00 (dos millones de colones) (véase cláusula décima cuarta, a folio 27. Asimismo, letra de cambio visible a folios 30 y 60, que le fue entregada al actor al finalizar el vínculo como consta a folio 59). Por último, es de interés destacar, según consta en documento fechado 24 de octubre de 2000, que el actor cotizó para la accionada el servicio de transporte de empleados entre el parque de las Ruinas de Cartago hacia las instalaciones de la cooperativa accionada en el Coyol de Alajuela y viceversa (folio 38) y fue éste quien puso fin a la relación, para cuyos efectos comunicó su interés de no renovar el contrato con la empresa para el transporte de trabajadores. [...], lo cual resulta correcto, pues ineludiblemente el demandante busca y obtiene una suma superior a la que le correspondería a un trabajador de su misma categoría, circunstancia que sumada a los demás aspectos destacados se convierte en un importante indicio para excluir la naturaleza laboral de la relación que se reclama, máxime si se toma en cuenta que la actividad principal de la Cooperativa de Productores de Leche Dos Pinos R.L., indudablemente no consiste en: “Servicios de Autobuses para el Traslado de Personal de la Cooperativa desde Cartago al Coyol de Alajuela y viceversa” (éste no sólo es el objeto del contrato, sino también las labores que el actor prestaba en la práctica.”

[SALA SEGUNDA]¹¹

“III.- DE LA PROTECCIÓN LABORAL DE LA MUJER EMBARAZADA.- Como regla general, en el campo del empleo privado, está establecido el régimen de libre despido, en virtud del cual, el empleador tiene la facultad para dar por rota la relación de trabajo, de manera unilateral, y sin que el trabajador/a haya incurrido en una falta que torne difícil o imposible su continuidad, reconociendo la indemnización denominada auxilio de cesantía. Lo anterior tiene raigambre constitucional (artículo 63 de la Constitución Política) y se encuentra desarrollado en el Código de Trabajo (artículos 29 y siguientes). Sin embargo, el ordenamiento jurídico positivo contempla algunas excepciones a esa regla, como por ejemplo, el despido de un dirigente sindical o de una mujer embarazada. Para efectos del

presente asunto, interesa este último supuesto, sustentado en la propia Carta Fundamental, que ordena darle protección a la madre y al niño (artículo 51). Por esa razón, se ha limitado la libertad de despido del patrono, creándose un fuero especial, al amparo del cual, la trabajadora en dicho estado, sólo puede ser cesada con motivo de una falta grave cometida por ella, siguiéndose, necesariamente, un procedimiento administrativo previo, ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, en el cual se debe demostrar, sin lugar a dudas, que el cese obedece a un hecho objetivo y no a su estado de gravidez. La fundamentación de ese fuero, son los numerales 94 y 94 bis del Código de Trabajo. Dentro del Título V de la Constitución Política, se encuentra el artículo 51 precitado, que indica, de manera expresa, que la base fundamental de la sociedad es la familia brindándole un derecho de protección especial por parte del Estado que, a su vez, se extiende a la madre, al niño, al anciano, y al enfermo desvalido. De igual manera, “la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, No 7142”, del 2 de marzo de 1990, mediante el numeral 32, reformó, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo e introdujo el numeral 94 bis, estableciéndose una protección especial para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En esa normativa, aparte de la prohibición que tiene el empleador de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia -salvo el caso de la comisión de una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem- también se le otorgó un derecho, a todas aquellas que son despedidas en contra de lo regulado en el 94 anterior, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaban, con el pleno goce de todos sus derechos. Asimismo, se dispuso, que cuando se le imputa a la trabajadora una falta grave, el patrono no puede despedirla sin gestionar previamente la autorización respectiva ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo. Por su parte, la trabajadora, para poder gozar de esos beneficios debe cumplir con el obligado requisito de dar aviso, al empleador, de su estado de gravidez; lo cual, puede hacer, incluso al momento del despido. De ahí que, si la sanción se impone en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la trabajadora el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación, podrá solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, así como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía y, por daños y perjuicios, a diez días de salario. (ver resolución de la Sala Constitucional No 6262-94 de las 9:18 horas del 25 de octubre de 1994. En igual sentido, y sobre los alcances de esa norma, esta Sala en su Voto No. 2000-00249 de las 9:55 horas del 25 de febrero del 2000, en relación con la facultad disciplinaria del patrono, señaló: “No obstante, con una aplicación razonada y objetiva de la disposición normativa, ha sido criterio reiterado de esta Sala y de la Constitucional, que la regulación especial del Código de Trabajo, reformada e introducida por la Ley de la Promoción de la Igualdad

Social de la Mujer, busca la directa tutela de la mujer, en su condición de madre: estableciéndose, por ello, la prohibición de que sea despedida, con el único fin de evadir el costo de la seguridad social por maternidad. De esa manera, lo que la norma pretende es impedir la discriminación de la mujer, sólo por su condición de embarazada o por estar en período de lactancia. Entonces, debe quedar claro que, tal protección, se estableció para evitar la discriminación; por lo que ello no obsta para que la relación de trabajo pueda concluirse debido a la comisión de una falta grave, por parte de la trabajadora o bien, por cualquier otro motivo objetivo y legítimo que imposibilite la continuación del contrato; pues claro está, no se trataría, entonces, de un acto discriminatorio. De esa manera, queda prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia, pero la normativa no garantiza una inamovilidad absoluta”. Sin embargo, el Estado ha establecido un control o vigilancia específico al respeto a ese derecho, a través del trámite administrativo que viene a garantizar la objetividad de los despidos de las trabajadoras embarazadas, pues comprobar o no la existencia de causas objetivas para romper el contrato de trabajo, no le corresponde al patrono sino a un tercero, en el trámite administrativo previsto en el Código de Trabajo. Ese es precisamente el espíritu de la norma, y restringirla, en cualquier sentido, resulta contrario a la legislación laboral y al efectivo respeto de derechos fundamentales.-

IV.- SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. En casos como el presente, en donde se discute sobre la discriminación de la mujer en razón de su embarazo, cabe indicar que existe, comúnmente, dificultades de prueba. El jurista español Ricardo Escudero Rodríguez, en referencia a casos análogos ha mencionado los siguientes inconvenientes: “(...) b) se trata de actos en los que no existe testigos o, si los hay, no se comprometen por el miedo a que el empresario pueda tomar represalias por sus declaraciones (...), “(...) d) a ello se ha de unir la falta de pruebas escritas (...)” (RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ. El acoso sexual en el trabajo. Relaciones Laborales, Tomo Segundo. Madrid, 1993, pág. 476). Asimismo, es importante destacar que, cuando se trate de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, debe existir, al momento de valorar la prueba, una especial sensibilización y comprensión de la realidad laboral imperante en el país, que permita su plena apreciación, dando un valor prominente a los indicios que se desprenden del material probatorio aportado, y se debe ser más exigente en cuanto a las pruebas, cuando se alegue abandono del cargo, renuncia o cuando se le achaque la imputación de una falta grave a la trabajadora, como es el caso de estudio. Al respecto, conviene citar, aunque extensa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que ilustra esta situación: “a) En los casos en que se alegue... que el despido es discriminatorio o lesivo a cualquier otro derecho fundamental del trabajador, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación a

la no lesión de cualquier otro derecho fundamental), pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. b) Lo anterior tiene su base no sólo en la primacía o en el mayor valor de los derechos fundamentales, sino más en concreto en la dificultad que el trabajador encuentra en poder probar la causa discriminatoria, o lesiva de otro derecho fundamental, de despido y en la facilidad con que, dado el origen jurídico de los despidos... e improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido... improcedente. c) Ahora bien, para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión (...). d) Si el empresario ha de alcanzar resultado probatorio sin que le baste intentarlo, el órgano judicial ha de llegar a la paralela convicción no ya de que el despido razonablemente tachado de lesivo de un derecho fundamental no es extraño a la utilización del mecanismo disciplinario, sino de que el despido es absolutamente ajeno a una conducta lesiva de un derecho fundamental (por ejemplo, el de la libertad sindical) (...). Desde este punto de vista, no se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de utilizar la técnica de la “prueba de presunciones”, sea que al plantearse un litigio donde la trabajadora alega que se han dado conductas patronales discriminatorias en su contra, o de despido -por razones de embarazo; el empresario es quien debe probar las razones que lo han impulsado a adoptar esa decisión. La Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea -hoy Unión Europea-, desde 1989, en la sentencia Danfoss del 17 de octubre, Nº109/88, confirmó el reparto de la carga de la prueba y, en especial, la atribución a la parte demandada de la carga de justificar la disparidad de hecho con razones objetivas y circunstanciadas que demostrasen que su práctica de empleo no es indirectamente discriminatoria por razón de sexo (véase BALLESTERO, Ma Vittoria, “La Ley italiana sobre acciones positiva. Una primera lectura”, traducción de Teresa Pérez del Río, en Relaciones Laborales, Madrid, Tomo I, 1993, p. 224. En otros términos, dentro de un proceso laboral, se puede aplicar la “técnica de indicios” que servirá, más bien, como coadyuvante en la búsqueda de la verdad real de lo acontecido. De ahí que, la prueba vertida en autos, debe apreciarse a conciencia, con un criterio lógico y justo, conforme lo haría el común de las personas, a fin de llevar al espíritu del Juzgador/a, la convicción de la verdad. A mayor abundamiento, la Sala, en múltiples ocasiones, ha destacado que las trabajadoras embarazadas están protegidas por un fuero especial que constituye una clara excepción al régimen general de libre despido, propio del sector privado. Ese fuero presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación-presunción -iuris tantum-; de ahí que le

corresponda al patrono probar, a ciencia cierta, que se trata de un despido objetivo debidamente autorizado por el órgano competente. En otras palabras, la normativa aplicable, reconoce la existencia de actos y comportamientos “objetivamente discriminatorios” que, por eso mismo, son ilícitos. La intención de discriminar por razón de sexo pierde así toda importancia, desplazándose la relevancia jurídica de aquellos a su efecto prejudicial. De ahí que, la Convención de Belen do Pará, ratificada por Costa Rica, en su preámbulo, indique la preocupación “...al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos (se refiere a las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer), las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones...” y tiene presente “...la importancia social de la maternidad...” y “...que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación...”. Esa discriminación la define como “... toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier esfera”. Por ello el artículo 11, párrafo 2, ibídem, establece que la finalidad de “...la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales...” es “...impedir la discriminación contra la mujer por razones de embarazo o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar...”. El párrafo 3, de ese mismo numeral, compromete a los Estados parte y, obviamente, a los poderes judiciales de cada uno, a examinar periódicamente, a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos, la legislación protectora relacionada con este tema y a revisarla, derogarla o ampliarla, según corresponda. En concordancia con esos parámetros y siguiendo la evolución que el derecho antidiscriminatorio está teniendo en otros países, es preciso que las labores de interpretación y aplicación del fuero de comentario no obstaculicen el otorgamiento de la protección legal (en este mismo sentido puede consultarse los Votos No 00117-2003 de las 15:30 horas del 14 de marzo del año 2003 y el 00528-2002, de las 9:20 horas del 1 de noviembre del 2002).-

V.- SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO.-

A) El despido de la actora.- A lo largo del proceso, la demandada no logró demostrar los alegatos que desde la contestación de la demanda ha mantenido, que le facultaran para despedirla, a pesar de que el despido haya sido con responsabilidad patronal, por “reorganización de personal”, tal y como lo señalaron en la misma carta de despido, reorganización que no demostró:

“Heredia, 02 de junio de 2003

Sr (a,ita). Agnes Mora Mena



Departamento de Producción

Asunto: Despido con responsabilidad patronal

Lamentamos comunicarle que por motivo de reorganización de personal, nos vemos obligados a prescindir de sus servicios a partir del día de hoy.

Lo que corresponde a sus derechos laborales le serán cancelados el día 27 de junio, en horario de 12:30 a 3:30 p.m.

La empresa le agradece sus servicios.

Sin otro particular,

Mitzi Esquivel Ramírez

Jefe de Recursos Humanos

Firma recibido:".

No resulta acertado lo alegado por la accionada en su recurso, en relación a lo consignado en las cartas de despido de sus empleados, y que ello respondió a programas determinados en el sistema de cómputo, y que sólo se les cambiaba el nombre, dado el despido masivo de trabajadores, lo que acusa esta Sala como actuaciones negligentes. El testigo y esposo de la actora, César Leonardo Arce Cortés, señaló que "No me consta cual es el motivo por el cual dejó de laborar mi esposa para la empresa demandada, en realidad ellos alegaron que fue por falta de pedidos. Además yo considero que por estar embarazada al igual que otras dos o tres personas ... Recuerdo que la empresa volvió a recontractar personal cuando mi esposa tenía como seis o siete meses de embarazo. A mí me consta que quedó personal laborando porque una supervisora que quedó laborando, la llamó y le contó acerca de esta situación. No me consta que la empresa en algún momento haya quedado sin operarios..." (folios 80-83). Asimismo, la jefe de Recursos Humanos, Mitzi Mayela Esquivel Ramírez declaró que "...A la petente se le conservó hasta el final, pero no se si por ejemplo para cumplir con ese propósito, debieron ser reubicadas en otro puesto en la línea de producción. En realidad esta eventual decisión le correspondía al Departamento de Producción. Fueron ellos quienes veían cuáles empleados iban quedando libres y nos pasaban el dato a Recursos Humanos ... El Departamento de Producción permaneció cerrado por algún tiempo, que fue aproximadamente de cinco a seis meses ... De hecho, en virtud de esta situación, muchas de las personas que trabajaron con nosotros fueron vueltas a recontractar ... Las recontractaciones ocurrieron en grupos muy pequeñitos que iban de siete a diez personas y hasta la fecha los mantenemos ... Efectivamente yo tenía conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora..." (folios 84-88). Por último, el testigo Adolfo Chaves Barrientos, manifestó que "...La empresa trató de aprovechar la experiencia del personal que fue despido (sic) y empezó a llamarlo para hacer

recontrataciones...” (folios 89-93). Sea, la demandada tenía pleno conocimiento del estado de embarazo de la actora, de previo al despido, y se le despidió con responsabilidad, sin el pago de la indemnización otorgada por las instancias precedentes.-

B) Acerca del procedimiento establecido por el artículo 94 del Código de Trabajo. Luego de un estudio detallado de los autos, se arriba a la ineludible conclusión, que el despido de la actora fue un despido ayuno del procedimiento administrativo previsto por el ordinal 94 del Código de Trabajo.

Es claro que, no llevó a cabo el trámite específico para despedir a la trabajadora embarazada, con base en el numeral 94 del Código de Trabajo. También la afirmación de la actora de que su estado lo conocía la jefa del departamento de Recursos Humanos, doña Mitzi Esquivel Ramírez, hecho admitido por la demandada, pues fue atendida por la Médico de empresa, como se observa a folio 8 del expediente. En cuanto a la “SOLICITUD DE MODIFICACION AL ACUERDO EJECUTIVO NIVEL MINIMO DE EMPLEO EN PLENA PRODUCCIÓN”, visible a folio 37, es importante destacar que el mismo es presentado a la Gerencia de Operaciones de PROCOMER hasta el 20 de junio de 2003, y el despido de la actora fue el 2 de junio del mismo año, sea, la gestión fue presentada con posterioridad a la decisión del despido de la trabajadora.

En cuanto a la investigación realizada por el Ministerio de Trabajo, la inspectora Alba Ruíz Mora, se determinó que tanto la actora como dos de sus compañeras, también en embarazo, habían comunicado debidamente de su situación a la señora Esquivel Ramírez, jefe de Recursos Humanos, de su estado, de previo al despido, y que les liquidaron sin el respectivo pago del pre y post parto, por cuanto les indicaron que no podían cancelárseles. Esto último también fue informado por la señora Esquivel Ramírez y Luis Mora Medina, Gerente Financiero, indicando que tratarían de llegar a un arreglo con ellas o que recurran a los Tribunales cuando así lo consideren conveniente, realizando la señora Ruíz el cálculo de los derechos adeudados. Esa sola circunstancia da claridad de que, existió flagrante violación de los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo y 51 constitucional, cuya consecuencia da derecho a la actora a que se le pague la indemnización otorgada. La demandada tenía conocimiento del embarazo, y su actitud no es de quien desconoce una situación, sino de quien actúa de mala fe, de evitar las consecuencias, de su hostilidad e irrespeto a los derechos fundamentales de la actora, y pretende luego eludir los efectos de su proceder. Nótese que estamos ante un fuero especial que tutela intereses superiores de orden constitucional que trascienden el tema de la antigüedad en el empleo, en consecuencia, lo procedente es confirmar, en todos sus extremos, la indemnización concedida.-

Es claro que quedó acreditada la crisis económica que atravesó la empresa, y los despidos que sobrevinieron, pero no se acreditó por ningún medio probatorio ni el cierre de operaciones de la empresa, mucho menos su quiebra, ni que estuviere imposibilitada de realizar el procedimiento para la suspensión de los contratos conforme a los artículos 73 y siguientes del Código de Trabajo, que establecen que en lo que interesa:



“Artículo 73. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO. PRINCIPIO DE CONTINUIDAD. La suspensión total o parcial de los contratos de trabajo no implica su terminación ni extingue los derechos y obligaciones que emanen de los mismos. La suspensión puede afectar a todos los contratos vigentes en una empresa o sólo a parte de ellos.

Artículo 74. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO. CAUSAS. Son causas de suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin responsabilidad para el patrono ni para los trabajadores:

- a) La falta de materia prima para llevar adelante los trabajos, siempre que no sea imputable al patrono;
- b) La fuerza mayor o el caso fortuito, cuando traiga como consecuencia necesaria, inmediata o directa la suspensión del trabajo; y
- c) La muerte o la incapacidad del patrono, cuando tenga como consecuencia necesaria y directa la suspensión del trabajo.

En los dos primeros casos el Poder Ejecutivo podrá dictar medidas de emergencia que, sin lesionar los intereses patronales, den por resultado el alivio de la situación económica de los trabajadores”.

La patronal, ni siquiera ante la presencia de la inspectora de trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pretendió tramitar los procedimientos que establece el artículo 75 del mismo cuerpo legal, pues lo que hizo fue despedir al personal y luego recontratarlo, como quedó acreditado en autos, lesionando principios fundamentales como el caso de la aquí demandante.-

VI.- Por todo lo expuesto, no queda mas remedio que rechazar el recurso interpuesto por la accionada, confirmando la sentencia venida en alzada.-

Los magistrados que suscribimos, nos apartamos del voto de mayoría por las siguientes razones:

CONSIDERANDO:

Una vez valoradas las pruebas que constan en los autos, estimamos que lleva razón el recurrente en cuanto acusa una indebida apreciación de los elementos probatorios, así como una incorrecta aplicación de la normativa aplicable al caso concreto. Esta Sala ha reiterado que el despido de la trabajadora embarazada resulta no solo procedente en el supuesto de que haya incurrido en falta grave a sus obligaciones laborales, sino que también resulta viable cuando median causas objetivas u otros supuestos que hagan imposible la estabilidad de la trabajadora. Así, en reiteradas ocasiones, se ha indicado que procede el despido cuando los nombramientos han sido en forma interina para sustituir a otro u otra trabajadora en supuestos de vacaciones o incapacidades (sentencias números 177-92, 31-93, 410-95, 249-00, 175-02, 377-02, 484-04); que no resulta discriminatorio cuando se le destituye para nombrar a otra persona en propiedad (votos números 177-92, 31-93, 410-95, 95-98, 533-00, 175-02 y 377-02), o cuando medie una verdadera reorganización (fallo número 1.073-04). Estos criterios también han sido avalados por la Sala Constitucional y al respecto pueden consultarse las sentencias números 4.552, de las

16:00 horas del 10 de setiembre; 4.979, de las 9:06 horas del 8 de octubre; 5.528, de las 10:54 horas del 29 de octubre, todas de 1.993; 5.050, de las 17:12 horas del 6 de setiembre; 5.932, de las 12:39 horas del 7 de octubre, ambas de 1.994; 607, de las 16:39 horas del 1° de febrero; 5.913, de las 15:24 horas del 31 de octubre, estas de 1.995; 5.332, de las 9:54 horas del 11 de octubre de 1.996; 2.329, de las 9:57 horas del 25 de abril; 2.942, de las 15:54 horas del 28 de mayo; 3.988, de las 10:00 horas del 11 de julio, todas de 1.997; 780, de las 15:03 horas del 6 de febrero; 3.083, de las 9:12 horas del 6 de mayo; 3.581, de las 13:30 horas del 29 de mayo; 8.634, de las 17:39 horas del 1° de diciembre, estas de 1.998; 2.649, de las 17:41 horas del 13 de abril de 1.999; 9.664, de las 14:35 horas del 1° de noviembre del 2.000; 428, de las 15:27 horas del 16 de enero del 2.001; 11.094, de las 10:41 horas del 22 de noviembre del 2.002; y, 6.164, de las 10:03 horas del 4 de junio del 2.004. En la sentencia de esta Sala número 249, de las 9:55 horas del 25 de febrero del 2.000, sobre este punto se indicó:

“No obstante, con una aplicación razonada y objetiva de la disposición normativa, ha sido criterio reiterado, de esta Sala y de la Constitucional, que la regulación especial del Código de Trabajo, reformada e introducida por la Ley de la Promoción de la Igual Social de la Mujer, busca la directa tutela de la mujer, en su condición de madre; estableciéndose, por ello, la prohibición de que sea despedida, con el único fin de evadir el costo de la seguridad social por maternidad. De esa manera, lo que la norma pretende es impedir la discriminación de la mujer, sólo por su condición de embarazada o por estar en período de lactancia. Entonces, debe quedar claro que, tal protección, se estableció para evitar la discriminación; por lo que ello no obsta para que la relación de trabajo pueda concluirse debido a la comisión de una falta grave, por parte de la trabajadora o bien por cualquier otro motivo objetivo y legítimo que imposibilite la continuación del contrato; pues, claro está, no se trataría, entonces, de un acto discriminatorio. De esa manera, queda prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia, pero la normativa no garantiza una inamovilidad absoluta.” (Los destacados no son del original).

En el caso bajo análisis las pruebas aportadas resultan plenamente fehacientes en el sentido de que el despido de la actora no se debió al embarazo que ella cursaba, sino que vino impuesto por una especial situación económica de la sociedad empleadora, que al depender de un único cliente se vio seriamente afectada cuando disminuyeron los pedidos, al grado de que poco a poco tuvo que ir despidiendo al personal encargado de la producción hasta cerrar dicho departamento. La reestructuración o reorganización indicada en la comunicación del despido (folio 10) debe ser entendida en ese sentido. La empresa tuvo que liquidar la mayoría del personal, por la imposibilidad de sostener la producción. Este hecho fue del conocimiento de la actora, quien al plantear su denuncia ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo señaló: “... mi despido se debió a que la empresa no tiene contratos para trabajar y se ha venido despidiendo a todo el personal de



la misma poco a poco ya que la van a cerrar...” (folio 116). De igual forma, de la declaración de su cónyuge se desprende que tenía claro que el despido no era por el embarazo sino por la situación que atravesaba la empresa. En efecto, el señor César Leonardo Arce Cortés dijo: “No me consta cual es el motivo por el cual dejó de laborar mi esposa para la empresa demandada, en realidad ellos alegaron que fue por falta de pedidos...Sin embargo, sí me consta que aparte de las muchachas embarazadas sí hubo despidos de más trabajadores pero no sé cuántos... Antes de su despido, mi esposa me contó que la empresa había despedido a otros trabajadores pero no sé de qué departamento...” (folios 80-83). Como se apuntó, de lo anterior se desprende que la accionante tenía clara las razones por las cuales se dispuso su destitución. Además, de la documental y testimonial aportadas, así como del informe realizado por la inspectora de trabajo, se desprende que la reorganización a la que se vio obligada la empresa fue real, debido a la crisis económica. Al folio 37 consta una solicitud de disminución de personal para el momento en que la empresa contaba ya con solo 105 trabajadores y se pedía reducir el número de empleados a 25. La justificación dada se planteó en los siguientes términos: “En el último mes nuestra Empresa, se vio afectada por los cambios estructurales y organizacionales que tuvo nuestro único Cliente “COACH”. / Esto motivó a una gran disminución de Ordenes de Producción y al traslado parcial del Cliente y pedidos a otros Centros de Producción más baratos como China./ Por esta razón nos vimos en la necesidad de reducir sustancialmente nuestro equipo de Trabajo.” Luego, de la documental de folios del 38 al 47 se tiene que en la semana del 5 al 9 de mayo del 2003, la planilla de la empresa era de 163 trabajadores. La actora estaba ubicada en el departamento de producción, concretamente en el módulo 18. En la semana del 23 al 27 de junio siguiente el número de trabajadores había disminuido a 48 y no quedó ninguno en el módulo de producción en el que trabajaba la actora. Asimismo, de los documentos visibles a partir del folio 104, se tiene que las destituciones comenzaron a darse casi desde un año antes de destituir a la actora, con lo que se confirman las manifestaciones de la parte demandada, en el sentido de que la accionante y otras trabajadoras embarazadas fueron de las últimas en ser destituidas. Así, del cuadro visible al folio 104 se tiene que se despidió a un total de 457 trabajadores, a partir de julio del 2002 y hasta junio del 2003, dándose el mayor número de destituciones en el mes de enero del 2003, que alcanzó un total de 256 despidos. De ese documento y del visible a los folios del 105 al 112 se tiene que la empresa no pudo empezar a recuperarse sino a partir de agosto del 2003 cuando se fue contratando nuevo personal, poco a poco y hasta alcanzar un total de 240 trabajadores, pero esto hasta en julio del 2004. Si se revisa la planilla que ahí consta se desprende que fue solo un poco más de 20 trabajadores los que permanecieron laborando para la accionada, lo que confirma su posición durante la litis. La situación fue corroborada con la inspección hecha por la funcionaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien al confeccionar el respectivo informe señaló: “Indican las trabajadoras que su despido no se debió a su estado de embarazo sino a que la empresa se encuentra en quiebra y ha liquidado a casi todo el personal de diciembre hasta la fecha...”



Por lo anterior visité el 1 de julio el centro de labores y en conversación con la señora Mitzi Esquivel Ramírez Jefe de Recursos Humanos y Luis Mora Medina, Gerente Financiero, estos me indicaron que la compañía se encuentra en muy mal estado financiero y está por cerrar sus actividades a finales de este mes, que de diciembre a la fecha se ha liquidado más o menos a doscientos trabajadores, quedando en la actualidad únicamente algunos técnicos, personal administrativo, personal de bodega y supervisores aproximadamente cuarenta y cinco personas. Que mantuvieron en su trabajo a las señoras que se encontraban embarazadas, pero llegó el momento en que ya no tenían nada que hacer y tuvieron que proceder a su despido... / Dado lo anterior procedí a realizar un recorrido por toda la planta y entrevisté a varios trabajadores, pudiendo constatar que en realidad casi no hay nada que hacer y la planta está desocupada en un noventa por ciento.” (folios 113-115. La negrita y el subrayado no están en el original). Todo lo anterior también encuentra respaldo en la testimonial evacuada. La testigo Mitzi Mayela Esquivel Ramírez, quien se desempeñaba como Jefe de Personal, manifestó: “La actora dejó de laborar para la demandada debido al cierre del Departamento de Producción. Este cierre se produjo en forma paulatina, debido a que el único cliente que teníamos en ese momento, Coach, dejó de comprarle a la empresa. Por esta razón, se dio el cierre del departamento. Los pedidos de producto fueron disminuyendo mes a mes, por lo cual la cantidad de empleados que teníamos en ese momento eran muchos para las necesidades que tenía la empresa. Dependiendo de los pedidos, estilos, etcétera, se fueron prescindiendo de los servicios de los muchachos que iban sobrando. La petente quedó hasta el final, ella fue de los últimos en despedirse, debido a su condición. La idea era que no se tuvieran que realizar esos despidos al final... El Departamento de producción permaneció cerrado por algún tiempo, que fue aproximadamente de cinco a seis meses. Mientras estuvo cerrado el Departamento de Producción, los empleados que quedamos nos mantuvieron con la esperanza de que se restableciera la relación que existía con nuestro cliente o bien buscar otras opciones de trabajo. Después se dieron otras nuevas oportunidades con dos clientes nuevos y seguimos la relación con Coach, con menos pedidos que antes. De hecho, en virtud de esta situación, muchas de las personas que trabajaron con nosotros fueron vueltas a recontractar. El período en que se implementaron los despidos fue de agosto del dos mil dos hasta junio del dos mil tres, que fue ya cuando se despidieron a las trabajadoras embarazadas. El despido masivo más fuerte ocurrió para diciembre del dos mil dos. La empresa no pudo conservar a las trabajadoras embarazadas porque a partir de ese momento ya no teníamos clientes ni pedidos pendientes, siendo que al no haber nada que maquilar. Cuando la empresa estuvo en posibilidad de recontractar personal, fue a partir del mes de octubre o noviembre del dos mil tres, en realidad no recuerdo exactamente a partir de que mes pero sí fue para finales del año pasado. Las recontractaciones ocurrieron en grupos muy pequeñitos que iban de siete a diez personas y hasta la fecha los mantenemos... Cuando se volvió a recontractar, la empresa trató de ubicar y llamar a las trabajadoras embarazadas y les hablamos de la posibilidad de volver... Yo fui la persona que efectuó las llamadas para localizar a las

extrabajadoras. A ellas se les ofreció la posibilidad de volver y si estaba de acuerdo, se les indicó que la intención era mantener el status que tenía en la compañía, por ejemplo su mismo salario, tomando en cuenta los años laborados en la empresa. A ella se le pidió que hiciera una oferta de arreglo en relación con los extremos que ellas reclaman por embarazo, porque todo lo demás se les había cancelado. Al final nos dijeron que no, porque el caso estaba en manos del abogado, no recuerdo si fue el caso concreto de ella y que eso era lo que ellas pretendían obtener al final. Cuando ellas nos dijeron que tenían el caso en manos del abogado, nosotros decidimos dejar las cosas ahí. A partir de este momento se perdió el contacto... El Ministerio de Trabajo, a raíz de las demandas de las trabajadoras embarazadas, envió una funcionaria que estuvo presente dos días e hicimos inspecciones en la planta, hizo entrevistas a las personas que quedaban trabajando para llegar a la conclusión de que no quedaron operarios trabajando. Luego del cierre de producción, quedaron laborando personal indirecto, que eran supervisores, algunos funcionarios de bodega, algunos de calidad y personal administrativo. A este personal se le llama indirecto porque no participa en el proceso de manufactura.” (Sic. (Folios 84-88). De la declaración de esta testigo, que resulta plenamente creíble, se desprende que efectivamente el despido de la actora no tuvo relación alguna con su estado de embarazo, sino que vino impuesto por la situación económica que enfrentó la empresa al perder al único cliente. Ello generó que se despidiera a todo el personal encargado de la producción e inclusive a algunos trabajadores administrativos. También se confirma que las tres mujeres embarazadas que laboraban para la empresa fueron de las últimas en ser despedidas, cuando se hizo necesario cerrar el departamento de producción. De ahí que tampoco resultara exigible obligar a la demanda a exponer y probar las razones por las cuales se había optado entre una trabajadora embarazada respecto de otros u otras trabajadoras que no lo estaban, en virtud del fuero, pues se desprende que se destituyó a todo el personal y solo se mantuvo a quienes ejercían labores administrativas y especializadas, con el fin de procurar la reactivación del giro comercial de la empresa, por lo que tampoco resultaba posible la reubicación. La testigo señaló, además, que cuando la crisis se fue superando, se llamó a varios de los antiguos trabajadores para que de nuevo laboraran, inclusive a la actora, mas esta no atendió el llamado. Tales circunstancias, sin lugar a dudas, excluyen el ánimo discriminatorio por razón del embarazo. Las manifestaciones de la declarante resultan concordantes con lo indicado por el señor Adolfo Chaves Barrientos, quien señaló: “La empresa sufrió un proceso de reducción, siendo que prácticamente cerró el área de producción a la que pertenecía la señora Mena. Estos hechos ocurrieron en forma paulatina iniciando hacia la segunda mitad del dos mil dos. La empresa es una maquila y tenía un cliente único y este cliente decidió colocar órdenes de producción en oriente, concretamente en China y fue eliminando órdenes en Costa Rica. La decisión de cesar los empleados se iba decidiendo por módulos que terminaban u estilo programado según el pedido pendiente. Hasta donde se podía aprovechar el personal se hacía y si no se podía se decidía prescindir de sus funciones. En términos generales se continuó insistiendo con el



cliente para tratar de mejorar las cosas, de esto yo no sé mucho porque este punto se manejó en Estados Unidos, porque el cliente está en ese país. No recuerdo fechas exactas, pero la cesación de contratos más fuerte ocurrió en el mes de diciembre del dos mil dos y concluyó a inicios del dos mil tres. Doña Agnes fue despedida hacia el final de este proceso de cierre, fue una de las últimas personas pero no recuerdo la fecha... Agnes estuvo moviéndose en el proceso pendiente y al final se despidió porque ya no había nada que ponerla hacer, de hecho el personal directo, o mano de obra directa, se quedó sin funciones... Operarios calificados como tales y pagados como tales no quedó ninguno.” (Sic. Folios 89-93). Con lo expuesto queda claro que el despido de la actora no tuvo como motivo el embarazo que cursaba, sino la situación sufrida por la empresa, que obligó paralizar su producción. Los testigos y la documental acreditan que la demandante fue una de las últimas trabajadoras en ser despedidas. La reorganización que así vino impuesta fue real y quedó debidamente demostrada por la parte accionada, por lo que la demandada cumplió su obligación procesal de acreditar la causa objetiva que invocó para disponer el despido de la trabajadora (al respecto, véase la sentencia de esta Sala número 202, de las 9:50 horas del 15 de marzo del 2.005). Obligar al empleador a acudir ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo en un supuesto como el que se conoce, estimamos que desborda los alcances de la tutela especial. La normativa fue modificada con el fin de establecer una protección más efectiva contra la discriminación; es decir, para sancionar a aquellos empleadores que destitúan a las trabajadoras embarazadas, por el solo hecho de la maternidad y por los mayores gastos que su situación les generaba. La norma señala que en caso de invocarse falta grave, de las previstas en el artículo 81 del Código de Trabajo, debe acudirse ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, para acreditar ahí la falta y para obtener una autorización expresa por parte del ente ministerial. Cuando esta Sala y la Constitucional han conocido otros supuestos distintos a la invocación de una falta grave, de causales objetivas como en el caso se da, no ha exigido aquel procedimiento previo, lo que no implica una lesión a la tutela reforzada; pues, en cambio, se ha exigido una prueba calificada, de la cual se derive que la destitución de la trabajadora se dispuso como último recurso, tal y como se ha hecho en otros casos de fueros especiales de tutela, como el sindical. Así, si el empleador invoca reorganización, debe acreditar fehacientemente que la destitución de la trabajadora embarazada vino necesaria e ineludiblemente impuesta, sin posibilidad alguna de sostenerla en su puesto u en otro compatible con sus habilidades; presumiéndose la discriminación y recayendo, por ello, ante el empleador una carga probatoria especialmente calificada, tal y como se dispone en el artículo 8 del Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, al señalar: “Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el

embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.” (Los destacados no están el original). En un caso como el que se conoce, la crisis económica de la empresa vino dándose paulatinamente y derivó de un hecho inesperado, sin que pudiera determinarse si mediaría o no una recuperación. Así, la gestión ante el órgano ministerial hubiera tenido que estar sustentada sobre hechos probables, lo que hubiera resultado improcedente y que la empresa esperara hasta el momento en que debió disponerse la destitución conllevaba la espera de al menos dos meses más, que es el período máximo para tramitar aquella gestión (directriz del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta N° 8, del 13 de enero del 2.004), lo que se considera excesivo. De no haberse acreditado, con la calificación reforzada exigida, que efectivamente medió una causal objetiva verdadera que hizo imposible la continuación del contrato, hubieran operado todas las garantías previstas; pero, en el caso, consideramos injusto imponer a la sociedad demandada la condena pedida, cuando realmente se preocupó por respetar el fuero especial hasta sus máximos límites, pues quedó demostrado que la accionante y otras trabajadoras que estaban en gestación fueron las últimas en ser destituidas, todo lo cual fue inclusive verificado por las autoridades de la Inspección de Trabajo. En consecuencia, estimamos que lleva razón el recurrente en cuanto acusa una indebida valoración de los elementos probatorios y una incorrecta aplicación de los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo. En un antecedente de características algo similares, esta Sala avaló la procedencia del despido de una trabajadora embarazada en un supuesto de verdadera reorganización, al señalar:

“En el caso concreto, no se estima que se esté en presencia de un despido discriminatorio por motivo del embarazo. Para arribar a esta conclusión, resulta de vital importancia el hecho de que dos servidoras que se encontraban embarazadas sí fueron recontratadas, a sabiendas de esa situación... Lo anterior demuestra claramente que el INA no aplica una política discriminatoria en contra de las embarazadas... Del material probatorio aportado al expediente se extrae diáfananamente que el cese de la demandante no tuvo nada que ver con su embarazo, sino que se debió a razones objetivas, sea el vencimiento del plazo por el cual había sido contratada, resultando imposible su recontratación -a pesar de haber sido recomendada (folios 170 y 195)- en virtud de la reorganización que sufrió el programa en el año 2000... Así, queda claro que no solo a la actora no se le prorrogó el nombramiento, sino que en igual situación quedaron otras de sus colegas, algunas de las cuales también habían sido recomendadas (ver lista de profesionales contratadas y recomendadas en los años 1999 y 2000, a folios 195-198), con lo que queda desvirtuada cualquier posibilidad de discriminación.” (Sentencia número 1.073, de las 9:30 horas del 15 de diciembre del 2.004).



Por último, cabe señalar que la opción de suspender los contratos de trabajo no resultaba viable en el caso concreto, pues no se estaba en presencia de ninguno de los supuestos previstos en el numeral 74 del Código de Trabajo.

De conformidad con las razones expresadas, consideramos que lo procedente es revocar el fallo impugnado y en su lugar acoger la excepción de falta de derecho y denegar las pretensiones de la accionante. Estimamos, sin embargo, que procede resolver sin especial condenatoria en costas, en el tanto en que se considera que la actora procedió con evidente buena fe (artículo 222 del Código Procesal Civil), pues bien pudo considerar que le asistía los derechos que reclamaba, por su condición de trabajadora embarazada.

POR TANTO:

Revocamos la sentencia recurrida; acogemos la excepción de falta de derecho interpuesta por la demandada; y declaramos sin lugar la demanda, sin especial condenatoria en costas.

Orlando Aguirre Gómez

Bernardo van der Laat Echeverría

car.-“



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 ALONSO OLEA, Manuel/ CASAS BAAMONDE, María Emilia: (2012), "Derecho del Trabajo", 26ª Edición, Thompson Reuters, Madrid, p. 604-607.

² RAMOS MARTÍN, Nuria Elena, "La tutela de la trabajadora embarazada en la reciente jurisprudencia comunitaria", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 196-198.

³ VEGA ROBERT, Rolando, "La tutela de los fueros especiales". Consultado en octubre de 2012, en

⁴ MTSS, Preguntas frecuentes. Consultado en octubre de 2012, en <http://www.mtss.go.cr/preguntas-frecuentes/trabajadora-embarazada.html?pid=57&sid=93:Cul-es-el-procedimiento-que-deben-seguir-la-persona-empleadora-para-solicitar-la-autorizacion-para-despedir-a-una-trabajadora-en-estado-de-embarazo-o-en-perodo-de-lactancia>.

⁵ DURÉNDEZ SÁEZ, Ignacio: (1996), "El despido objetivo por crisis", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Nº. Extra 19, (Ejemplar dedicado a: Estudios sobre el despido: homenaje al profesor Alfredo Montoya Melgar) , págs. 488.

⁶ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 2004-00724, de las 9 horas 30 minutos del 1 de setiembre de 2004.

⁷ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No2003-00636, de las 9 horas 10 minutos del 5 de noviembre de 2003.

⁸ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 2005-00434, de las 8 horas 50 minutos del 1 de junio de 2005.

⁹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 1993-00316, 15/12/1993 Hora: 9:10:00 de las 9 horas 10 minutos del 15 de diciembre de 1993.

¹⁰ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 2010-001555, de las 10 horas 26 minutos del 24 de noviembre de 2010.

¹¹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No. 2003-00255, de las 9 horas 20 minutos del 30 de mayo de 2003.