



Jurisprudencia sobre la Trabajadora Embarazada y el Contrato Laboral por Tiempo Determinado

Rama del Derecho: Derecho Laboral.	Descriptor: Derecho Laboral Individual.
Palabras Claves: Fuero de Protección, Trabajadora Embarazada, Contrato por Tiempo Determinado, Sala Segunda Sentencias 32-07, 220-09, 44-12 y 263-14.	
Fuentes de Información: Jurisprudencia.	Fecha: 05/11/2014.

Contenido

RESUMEN	1
JURISPRUDENCIA.....	2
1. Inexistencia de Discriminación en caso de Cese Justificado por Conclusión de Contrato por Tiempo Determinado.....	2
2. Trabajadora Embarazada, Despido Encubierto y Contrato de Trabajo por Tiempo Determinado.....	4
3. Consideraciones sobre el Despido de la Trabajadora Embarazo y el Tipo de Contrato Laboral en Función de su Duración.....	13
4. Fuero de Protección de la Trabajadora Embarazada y Comunicación del Estado de Embarazo	17

RESUMEN

El presente documento contiene jurisprudencia sobre la **Trabajadora Embarazada y el Contrato Laboral por Tiempo Determinado**, considerando el criterio externado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

JURISPRUDENCIA

1. Inexistencia de Discriminación en caso de Cese Justificado por Conclusión de Contrato por Tiempo Determinado

[Sala Segunda de la Corte]ⁱ

Voto de mayoría:

“III. [...] Analizadas esas declaraciones según las reglas del correcto entendimiento humano, se concluye, que la demandante fue contratada por la accionada en temporada alta de manera ocasional (a tiempo definido), para cubrir las labores que se acrecientan en esa época por la cantidad de personas que llegan al parque y en temporada baja, para sustituir de forma temporal a los empleados fijos que se incapacitan o toman vacaciones. El artículo 26 del Código de Trabajo señala: *“El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos”*. Es evidente que las contrataciones de que fue objeto la demandante, no las hizo su empleador con el ánimo de evadir sus responsabilidades legales o como subterfugio para discriminarla en un eventual embarazo, sino que obedecieron, la primera, a la necesidad de suplir mayor cantidad de plazas en esas fechas del año por el aumento de clientes en los puestos de ventas en esas temporadas y las dos últimas, para sustituir a empleados fijos que tomaron vacaciones. El párrafo primero del artículo 94 del Código de Trabajo en lo que interesa señala: *“Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieran 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...”*. La accionante alude que el ad-quem aplicó el citado ordinal en forma errónea. En doctrina el vocablo “despido” se usa como sinónimo de disolución del contrato de trabajo por causas diversas, atribuibles a ambas partes o a hechos objetivos. En nuestro medio se le utiliza para designar esa disolución por decisión unilateral del empleador o por causas atribuibles al trabajador (artículos 63 de la Constitución Política, 29, 80 y siguientes del Código de Trabajo). El despido es una figura genérica, que puede darse tanto en los contratos de trabajo por tiempo indefinido como a plazo. El “cumplimiento del plazo” es una causal de

extinción típica de los contratos a plazo y es la causa más importante de su disolución. En estos casos la disolución o extinción del contrato se produce automáticamente al llegarse a la fecha estipulada, como un efecto de lo pactado, salvo que existan situaciones que según la realidad o la conducta de las partes permitan una prolongación. En consecuencia, “despido” y “cumplimiento del plazo” son cosas completamente distintas y es impropio hablar de despido cuando el contrato a plazo se extingue por llegarse a la fecha de terminación prevista. No cabe duda que la prohibición establecida en el citado párrafo, es como lo dice la norma, para “despedir” a la trabajadora embarazada sin causa atribuible a ella, lo que solo se puede hacer por falta de la trabajadora, pero en tal supuesto se debe pedir autorización a la dependencia oficial que ahí se indica, comprobando el hecho. Ese procedimiento no es aplicable para la extinción del contrato a plazo por razón de vencimiento, pues en ese supuesto no se produce un despido sino la terminación del contrato por cumplimiento del plazo. Su aplicación en tal sentido está fuera de las previsiones de la norma y en el fondo implica obligar a la parte empleadora a cumplir algo imposible, pues lo que el precepto autoriza es a despedir por alguna de las causas del artículo 81 del Código de Trabajo pidiendo autorización a la dependencia oficial, dentro de las cuales obviamente no está el vencimiento del contrato a plazo. Tampoco se trata de que en estos casos el contrato deba entenderse prorrogado por razones de embarazo, pues la norma así no lo establece, razón por la cual, no lleva razón la parte recurrente al decir que la demandada no podía dejarla cesante sin antes contar con la autorización de la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, por cuanto como se dijo esa norma no le era aplicable porque no se le despidió sino que acaeció el término del contrato. En consecuencia, se concluye que la finalización de la relación entre la accionante y la demandada, se dio ante el motivo objetivo y cierto consistente en el cumplimiento del plazo del último contrato, concluir de forma distinta iría en contra del ordenamiento jurídico por errónea aplicación de esa norma. Es claro que cuando la actora fue contratada por la accionada sabía cuando iniciaba su labor y cuando terminaba, de ahí que el tribunal haya fallado de forma atinada, porque independientemente del estado de gravidez de la recurrente, lo cierto es que ésta fue contratada a tiempo definido como trabajadora ocasional a fin de cubrir los diferentes puntos de ventas, así como para sustituir por vacaciones a trabajadores fijos, y una vez vencido el plazo concluyó su relación laboral con la demandada, sin que pueda alegar que por su estado de embarazo no se le podía cesar. Tampoco se ha alegado ni acreditado en este proceso, que la demandada hubiese podido continuar nombrando a la actora y que pese a tal posibilidad no lo haya hecho, de manera que se pueda concluir que su actuación hubiera sido discriminatoria.”

2. Trabajadora Embarazada, Despido Encubierto y Contrato de Trabajo por Tiempo Determinado

[Sala Segunda]ⁱⁱ

Voto de mayoría

“III. CONTRATO A TIEMPO DETERMINADO O INDETERMINADO: Expone el recurrente, que el contrato aportado permite extraer que el vínculo con la actora se extendería de febrero de 2007 a enero de 2008, por lo cual desde el primer mes, ésta conocía que la relación terminaría el 31 de enero de 2008, circunstancia por la que discrepa de lo resuelto cuando se consideró que medió un contrato a tiempo indeterminado, cuando lo que se dio, efectivamente, fue una relación a tiempo fijo que solventaba el período lectivo 2007. Sobre el tema, debe señalarse que en un asunto similar, esta Sala sostuvo: *“En el Capítulo de Garantías Sociales, artículo 56 de la Constitución Política, que es una norma programática, se establece un derecho social concreto al trabajo y una vigilancia del Estado para que no se lesione éste ni la libertad para elegirlo, al disponer que: ‘El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo’. Ese derecho fundamental se desarrolla, a nivel de legislación ordinaria interna, mediante el artículo 26 del Código de Trabajo, el cual recoge el principio de continuidad que ha venido caracterizando la contratación laboral. Esto es así porque nuestro sistema legal-laboral se desarrolla a partir de un Estado Social de Derecho, cuya orientación se dirige a garantizar derechos laborales y sociales de los trabajadores (as), con clara visión de disminuir la inestabilidad, sinónimo de inseguridad para este grupo. Los promotores de la legislación laboral vigente, sin duda alguna tuvieron claro que la inestabilidad laboral de los trabajadores (as) debía evitarse, pues es un factor que atenta contra el sustento de las familias y por lo tanto podía desencadenar acciones individuales y colectivas que pongan en riesgo la paz y estabilidad del país. De esa forma nuestro sistema legal, acorde con la finalidad del derecho de trabajo, no se conforma con el presente del empleado (a) sino procura asegurar su porvenir, potenciando las contrataciones por tiempo indefinido. Esto se desprende del citado numeral 26 del Código Laboral, que dice: ‘El contrato de trabajo sólo podrá determinarse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia de trabajo, se tendrá como contrato portiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos’. Por su parte el artículo 27 del citado cuerpo normativo prohíbe, como regla general los contratos a plazo por más de un año en perjuicio del trabajador. La excepción a esa regla son los contratos para servicios que*

requieran preparación técnica especial, lo que en criterio de esta Sala debe demostrar el empleador, en cuya hipótesis el plazo puede ser hasta de cinco años. Este artículo también admite prórroga expresa o tácita; lo que debe entenderse que es permitido cuando no perjudica al trabajador. Esto significa, que cuando el empleador utiliza indebidamente la contratación a plazo en tareas que por su esencia y naturaleza son permanentes, como ocurre con el ramo de la educación, la conclusión ha de ser que las contrataciones no pueden ser a plazo, y de hacerlo para burlar derechos laborales de los educadores, dicha calificación debe declararse arbitraria y con abuso del derecho por parte del empleador. A esta conclusión se arriba porque, como ya lo ha dicho esta Sala, los contratos a plazo pueden pactarse únicamente si la naturaleza de las funciones así lo requiere, también tienen otras limitaciones como las previstas por el precepto 27 *ibídem*. En síntesis, no pueden darse en el sector educativo mientras las instituciones y empresas dedicadas a esa área de servicios se mantengan activas, porque en ese tanto la actividad que origina la contratación es permanente (en este sentido pueden verse los votos de esta Cámara n° 515 de las diez horas diez minutos del veintinueve de agosto de dos mil uno, 39 de las diez horas veinte minutos del cinco de febrero de dos mil tres, y 220 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del treinta de marzo de dos mil cinco). Sobre este tema, los autores Palomeque López y Álvarez de la Rosa consideran que ese tipo de contratación (a plazo) no debe darse en actividades normales de la empresa, porque debe estar reservado para circunstancias especiales. Al respecto han señalado que los contratos de trabajo a plazo pueden ser utilizados ‘...por todo tipo de empresas y en cualquier sector de actividad, **pero nunca para actividades normales o permanentes, sino de naturaleza autónoma y sustantiva**. Dicha autonomía y sustantividad no tienen por qué hacer alusión a actividades novedosas, sino a las propias de la actividad de la empresa, pero que por su contenido económico, duración, intensidad, número de trabajadores destinados a su atención merezcan la condición de autónomas...’ (Palomeque López Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa Manuel: *Derecho del Trabajo*, 7ª Edición, Colección Ceura, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, España, p. 727. El destacado no es del original). En el caso de análisis, por las razones *supra* citadas y de conformidad con la doctrina legal de los artículos 26 y 27 de repetida cita, la Sala estima que no se trata de un contrato a plazo fijo sino que más bien fue **port tiempo** indefinido, ya que las partes se mantuvieron ligadas por más de nueve meses, en el que por la esencia y la naturaleza de la prestación laboral (servicios docentes en una secundaria de los que no podía prescindir la accionada por ser ese su giro comercial), al estar los estudiantes en vacaciones la relación laboral no concluía, sino que se suspendía la labor de impartir lecciones, subsistiendo, como es normal en ese tipo de contratos, otras obligaciones íntimamente relacionadas con la labor desempeñada en las aulas. Es sabido que en la práctica los docentes aún después de concluir el curso lectivo y antes de iniciar el siguiente, deben seguir laborando para atender obligaciones académicas paralelas como son la preparación y calificación de exámenes extraordinarios, entre otras

funciones relacionadas con la docencia, como son atención de padres de familia, preparación de materiales y programas, etc., por lo que la relación laboral no se extingue al concluir cada ciclo lectivo, aunque el nombramiento, como ocurrió en la especie, se haga con una fecha de inicio y terminación que no comprendía el período de vacaciones, pues se trata de una estrategia administrativa que va en perjuicio de los legítimos derechos de los y las trabajadoras del sector educativo; prácticas que no pueden ser legitimadas por los tribunales de justicia, porque atentan seriamente la estabilidad y derechos laborales de los y las trabajadoras, violentando lo dispuesto por el canon 26 del Código de Trabajo. Como corolario de lo expuesto, no es atendible el alegato de marras, pues los testimonios vertidos en este proceso, si bien dan cuenta del sistema que venía utilizando la accionada para todo el personal docente, señalando que eran nombramientos que cubrían sólo el período lectivo, esa práctica administrativa no es suficiente para calificar de contrato a plazo fijo, como lo pretende la demandada, pues se causaría perjuicio a los derechos de la actora que los tribunales no pueden avalar, porque van contra la doctrina legal contenida en la norma constitucional antes citada y en el artículo 26 ibídem” (sentencia n° 163 de las 9:55 horas, del 20 de febrero de 2009. En igual sentido, véanse los votos n°s 220, de las 9:45 horas, del 30 de marzo de 2005; y 1259, de las 14:56 horas, del 9 de setiembre de 2010). Así, en un sistema como el nuestro en que impera el principio de continuidad y, sólo por excepción se admite el contrato a plazo; aunado a que la vinculación existente entre las partes correspondía a tareas que por su esencia y naturaleza eran permanentes (las relativas a la docencia) no se podría sustentar válidamente que el contrato que ligó a la actora con la demandada fuera a plazo. Véase que doña Shirley fue contratada para impartir lecciones como profesora de enseñanza primaria (cláusula primera del contrato, a folio 3). Además, dado que el objeto social de la demandada, es “Dar una excelente y sólida formación espiritual, intelectual, social y física, fundamentada en la visión cristiana que glorifique a Dios mediante la enseñanza de su palabra” (folio 29) y que, conforme a lo declarado por las testigos aportadas por esa parte (la empleadora), la institución siguió prestando aquel servicio; ineludiblemente se pondera la permanencia de la actividad por la que se contrató a la actora, la cual era no sólo la normal sino también esencial en el servicio brindado por la demandada. Adviértase que en la contestación de la demanda se argumentó: “De lo de marras se sustenta señores jueces que la naturaleza propia de nuestro servicio es educativa” (folio 47) y que en consecuencia “la labor principal es darles formación a estudiantes” (folio 47), lo que se calificó como “el sustento primordial de nuestro trabajo” (folio 47); sin embargo, en forma absolutamente errónea y contraria a lo que se ha expuesto se planteó: “...al ser nuestro trabajo sustentado en un período lectivo, es que desde un inicio se tiene una calendarización ya que los estudiantes no están todo el año completo recibiendo lecciones, por lo que es nuestra necesidad y naturaleza de contratar a docentes especializados en áreas del saber solo durante el período lectivo o sea no mas de un año” (sic) (folio 47), pese, como se explicó, la

permanencia de la necesidad de los servicios, pues la causa y materia del trabajo subsisten y, como tal, con esa actuación la empleadora sólo buscaba una cosa: burlar los derechos de la (s) trabajadora (s). Nótese, que tampoco es correcto que *“en los períodos de vacaciones no hay labor docente especializada por no estar los estudiantes”* (folio 166), pues como se estipula en el propio contrato *“...podrá ser llamada y deberá asistir para realizar: pruebas de aplazados, revisión de exámenes, aplicación de pruebas de ingreso o cualquier otra actividad o labor que El Instituto considere necesario, referente a su cargo...”* (sic) (cláusula undécima, a folio 6), circunstancia que explica que a la demandante se le contratara por todo el año (del 1 de febrero de 2007 al 31 de enero de 2008 según consta en la cláusula primera in fine del contrato, a folio 3) y no solamente durante los meses de febrero a noviembre, que según la accionada *“es el período lectivo de nuestro centro educativo”* (folio 164), con lo que se excluyó el argumento de que se incorporaban las vacaciones dentro del contrato *“para que no se sientan desprotegidos –en referencia a los trabajadores/as–”* (folio 47) dándoles *“el pago de diciembre y enero que es cuando vence el contrato,”* (folio 47). Precisamente, los dejaban desprotegidos cuando los sujetaban a un contrato a plazo determinado, dado que en su interpretación, ello calzaba en lo dispuesto por el artículo 26 del Código de Trabajo (véase folio 47). De igual modo, no es cierto que *“los docentes consienten y saben previamente de las condiciones del contrato y de su vigencia”* (folio 47) o que *“...el contrato desde un principio nació por un tiempo determinado, conocido previamente por las partes y ...aceptado por la trabajadora”* (folio 167), pues aún cuando el contrato fue pactado entre el 1 de febrero de 2007 y el 31 de enero de 2008 (cláusula primera in fine del contrato, a folio 3), éste (el documento) fue suscrito el 9 de abril de 2007 (folio 7). Además en la cláusula decimocuarta se estableció lo relativo a su renovación, diciéndose expresamente: *“Las partes podrán renovar el presente contrato realizando las modificaciones que consideren oportunas al momento de la nueva contratación, lo cual deberá establecerse por escrito, mediante nuevo contrato o por addendum al mismo, el Instituto se reserva el derecho de darle continuidad al mismo”* (folio 6), términos que en todo caso responden a la lógica de la demandada en claro perjuicio de la actora, situación que, como se explicó, no podrían mantener y, mucho menos avalar, los tribunales de justicia.

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, extensivo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. Atendiendo a esa norma constitucional y también a la prevista en el numeral 71, se han emitido una serie de normas, de distinto rango, tendientes a desarrollar esa protección especial. En relación con la tutela a la mujer en el ámbito laboral, se ha tratado de protegerla, en cuanto en ella recae, por naturaleza, un mayor

aporte en la reproducción humana y para tratar de conciliar sus vidas en los ámbitos laboral y familiar. La Organización Internacional del Trabajo se ocupó de esta materia, inicialmente, en el Convenio número 3, conocido como el Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en 1919, que posteriormente fue revisado por el Convenio 103, de 1952; el cual fue revisado, a su vez, por el número 183, adoptado en el año 2000 (aún no ha sido ratificado por nuestro país). En el Convenio 102, sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952, en la Parte VIII, se regulan las prestaciones mínimas por maternidad, instrumento que sí fue adoptado mediante Ley n° 4736 de 29 de marzo de 1971, excluyéndose de la aprobación las partes tercera y cuarta. En esta enumeración de las normas internacionales resulta importante la *“Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”*, conocida como la *“Convención de Belém do Pará”*, adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) el 9 de junio de 1994 y aprobada por la Asamblea Legislativa, mediante la Ley n° 7499, del 2 de mayo de 1995, publicada en La Gaceta, n° 123, del 28 de junio de 1995 y con efectos a partir de su publicación, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Asimismo, la *“Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”*, ratificada por la Ley n° 6968, del 2 de octubre de 1984, también contiene importantes normas, relacionadas con esta concreta materia. Así, por ejemplo, en el artículo 11, se establece: “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) Alienta el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños. / d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella". Estos Convenios, de rango superior a las leyes en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política; en parte, fueron desarrollados por la Ley n° 7142, del 8 de marzo de 1990, vigente a partir de su publicación, en La Gaceta n° 59, del 26 de marzo siguiente, que es la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer. En el artículo 32 se dispuso reformar, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo y adicionarle el numeral 94 bis, estableciéndose una protección especial mayor para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En efecto, antes de que se reformara, dicho numeral únicamente disponía: *"Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Todo despido justificado que de ellas se haga debe ser avisado previamente a las autoridades administrativas de trabajo"*. Con la reforma, la protección fue reforzada, estableciéndose una prohibición, para el empleador, de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, salvo cuando incurran en una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem. Pero, en tal caso, el despido debe gestionarse ante las autoridades del Ministerio de Trabajo, instancia en la que deberá acreditarse la falta. Asimismo, se estableció que para poder gozar de la protección establecida, la trabajadora está en la obligación de dar aviso al empleador acerca de su estado. La norma, entonces, quedó redactada en los siguientes términos: *"Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido. / Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social"*. Por su parte, la protección se vio reforzada también con la adición del numeral 94 bis, en el que explícitamente se estableció 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 creó 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 o causa de despido, el patrono deberá gestionarlo ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta imputada o los hechos invocados, procedimiento este que no debe soslayarse, en atención a los importantes valores tutelados, que no se restringen a la madre, sino que también se extienden a la persona engendrada o nacida y a la familia en general. Por su parte, para poder gozar de la estabilidad establecida en ese numeral, o de los beneficios contemplados en el artículo siguiente -94 bis-, la trabajadora debe cumplir con el requisito de darle aviso al empleador respecto de su estado de gravidez. En la construcción jurisprudencial, de la aplicación de la norma al caso concreto, reiteradamente se ha dicho que la certificación médica bien puede ser aportada con posterioridad, pues no se trata de un requisito esencial para que opere la protección, dado que basta la mera comunicación -que incluso puede ser hasta verbal-, para que operen los mecanismos de protección. Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (véanse, 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 de 2001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el fallo número 438 de las 9:30 horas del 3 de agosto de 2001), y la protección aún prospera cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora (al respecto, pueden verse las sentencias números 589 de las 10:00 horas, del 28 de setiembre de 2001 y 229 de las 9:00 horas, del 17 de mayo de 2002). Si el despido se produjere en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la trabajadora el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación podrá solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes a la licencia por pre parto y post natal, así como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta que hubiere completado ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía y, como una indemnización por daños y perjuicios, a diez días de salario. Finalmente, debe indicarse que si bien la naturaleza de esas normas es eminente e imperativamente proteccionista, no puede obviarse el efecto negativo que, en no pocas ocasiones, ha generado, especialmente, en lo tocante a las posibilidades de acceso al trabajo; pues, sin duda, la maternidad les genera a los empleadores un mayor costo productivo; dado que, según lo establece el artículo 95 del Código de Trabajo, *“el monto que corresponda al pago de esta licencia (se refiere a los períodos del pre parto y el post natal) deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono”* (énfasis agregado). Esta

situación 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. DEL ESTADO DE GRAVIDEZ DE LA ACTORA: Manifiesta el agraviado que la sentencia del tribunal incurre en un grave error de valoración de la prueba, al tener por demostrado que a la actora se le despidió y que por su estado de embarazo, le resultaba aplicable la protección prevista en los numerales 94 y 94 bis del Código de Trabajo. Al efecto, véase que la trabajadora presentó, ante los representantes de la accionada, el certificado médico que acreditaba su condición, el día 18 de diciembre de 2007 (folios 8 y 9. También el folio 57. De igual manera, debe considerarse que según consta a folio 81 el hijo de la actora nació el 6 de julio de 2008). En tal sentido, la deponente Rosa Argentina Aragón González refirió: *“...nosotros esperamos en la sala de espera y Shirley me dijo que llevara dos testigos y me presente para eso, pasamos a la dirección y conversaron y yo lo único que hice fue firmar la hoja, ya que mi función era esa estar presente cuando entregaba el certificado de embarazo solamente...”* (folio 100 a 101). Además, como se dijo, la parte demandada, se ha excepcionado argumentando que el cese de la actora se dio por vencimiento del contrato de trabajo por tiempo definido que firmaran el nueve de abril del año 2007 (folio 7). Dicha posición fue denegada, tal y como se resolvió en el considerando III, ya que de acuerdo con el cuadro fáctico planteado, se concluyó que el vínculo contractual que unió a las partes en conflicto era por tiempo indeterminado, de ahí que la única razón legal viable que permitía el rompimiento de éste de manera justificada, era el cometimiento por parte de la trabajadora, de una falta grave, la cual, además debió ser debidamente comprobada, lo cual no se dio, y ni siquiera fue alegado por la empleadora. Nótese que en la confesional, la demandante admitió: [...]. Además, en la confesional y declaración de parte de la accionada, se consignó, cuando se preguntó sobre el motivo para no renovar el contrato a la demandante, que *“Realmente quienes pudieran decir eso fueron quienes le evaluaron su desempeño y que además de eso deberían dar explicación administrativa de lo de la matrícula que el siguiente año no se iban a necesitar dos maestros sino solo uno”* (sic) (folio 98). Sobre el punto es importante valorar lo que las deponentes ofrecidas por la parte demandada refirieron en torno a los hechos relativos a la ruptura de la relación. Así, María del Rosario Ortiz Mora sostuvo: [...]*...Yo soy la directora administrativa, es común que en la institución el primer año se firme un contrato de un año con los educadores, el motivo es que la institución y el docente puedan conocerla y trabajar y ver si la relación va a funcionar y si hay oportunidad de que haya matrícula para el año siguiente se renueva si no no y se le liquida, cuando se renuevan los contratos se convierten en contratos por tiempo indefinido. Solo doña Shirley ese año 2007 daba cuarto grado, el colegio tiene personal mas antiguo y la reducción de un grupo o nivel hace que nos sobre un docente...No conozco el análisis exhaustivo que hizo doña Rosario Ortiz del*

rendimiento de Shirley para ver si se le iba a recontratar, pero ese no fue el motivo de la no renovación de la matrícula. [...] Aunado a lo expuesto (el tipo de contratación imperante en la relación y la falta de acreditación de alguna falta), tenemos el estado de gravedad en el que se encontraba la accionante al momento de la extinción del nexo laboral –como se desprende la prueba traída a los autos y analizada anteriormente–, el cual obligaba, tal y como lo establece nuestra legislación de trabajo, al cumplimiento del proceso administrativo ante la Inspección General de Trabajo, lo cual, no se dio. Véase que fue doña Shirley la que presentó denuncia ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, el 22 de febrero de 2008 (oficio n° HE-ED-0059-08 del 22 de febrero de 2008, a folios 12 a 13) en virtud del cese del que fue objeto. Así, en razón del acta de inspección y prevención del día 28 de febrero siguiente (folios 15 a 16), la empleadora hizo su planteamiento (folios 17 a 20) y al efecto, en la resolución DNI-098-2008 de la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo de las 10:00 horas, del 12 de mayo de 2008 se decidió: “...con base en lo expuesto...el patrono demostró, que la trabajadora no fue despedida motivada en su estado de embarazo, y que mas bien el contrato por tiempo determinado con la trabajadora terminó por la finalización del mismo y al vencer dicho período el contrato no fue renovado...” (folios 58 a 64). Esto significa que la accionada, como se dijo en el considerando III, despidió a la actora y no cumplió con el procedimiento establecido en el numeral 94 del Código de Trabajo, aunado a que el criterio vertido por la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo fue absolutamente simplista y no entró a valorar que las tareas efectuadas por la señora Delgado Hernández eran esenciales en el desenvolvimiento normal de la demandada, razón por la cual no era posible estimar esa contratación como una a plazo. Por otra parte, si bien, en la confesional y declaración de parte de la accionada se hace alguna referencia a la evaluación del desempeño, no se trajo al proceso prueba que aclarara ese aspecto y, más bien, la deponente Marín Cubero destacó que “ese -en relación al rendimiento de doña Shirley- no fue el motivo de la no renovación”. Sumado a lo anterior, no corresponde atender ninguna mención sobre la reducción de la matrícula alegada, pues ese no fue un tema planteado al trabarse la litis, en donde tampoco se expusieron razones por las cuales pudiera concluirse que su rendimiento no fuera el adecuado o esperado. Lo expuesto, deja al descubierto indicios claros, precisos y concordantes que exponen que el móvil subyacente de los representantes patronales al cesar el vínculo que los ligaba con la actora, era discriminarla en el empleo por su estado. Así las cosas, no puede esta Sala obviar dichos acontecimientos, para, de alguna manera, justificar el proceder de la empleadora, ya que se dejaría en un evidente y total estado de desprotección a la petente y su hijo, lo que iría en contra de lo establecido en los artículos 94, 94 bis y 95 del Código de Trabajo, reformados por la Ley de Promoción de Igualdad Social de la Mujer -Ley n° 7142 del ocho de marzo de 1990, publicada en La Gaceta n° 59 del día 26 del mismo mes y año–, en las cuales se sustenta el fuero especial de protección para ambos. Por lo expuesto, y al contar, la posición vertida por la parte actora, con el necesario respaldo fáctico, jurídico y

probatorio, tal y como lo resolviera el ad-quem, se concluye que los agravios planteados devienen en inatendibles.”

3. Consideraciones sobre el Despido de la Trabajadora Embarazo y el Tipo de Contrato Laboral en Función de su Duración

[Sala Segunda]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“III. EL DESPIDO DE LA MUJER EN ESTADO DE EMBARAZO. Previo al análisis de fondo, es necesario considerar el criterio que ha sostenido esta Sala en relación al fuero especial de protección que goza la **trabajadora embarazada** y/o en **período de lactancia**. El artículo 94 del Código de Trabajo prohíbe al empleador/a despedir a la **trabajadora** que esté en **período** de embarazo o de **lactancia**, salvo que haya incurrido en falta grave a los deberes del contrato de trabajo o en las causales legalmente establecidas, en cuyo caso deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este mismo artículo dispone que *“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”*. Esa norma desarrolla el contenido del numeral 51 de la Constitución Política, en cuanto ordena una especial protección a las madres y a los niños. El despido de la mujer **embarazada** también es contrario a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y en la Ley n° 8107 de 18 de julio de 2001, en cuanto subyace una discriminación por género, la que está prohibida por esa normativa, que adicionó el Título XI del Código de Trabajo (artículos 618 y 624). La norma tiene sustento en el artículo 51 constitucional, en el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice *“Toda mujer en estado de gravidez o en época de **lactancia**, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidado y ayuda especiales”*; en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que prohíbe la discriminación por sexo, íntimamente ligada a la discriminación por embarazo y al Convenio 111, artículos 1 y 2 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por Costa Rica el 1° de marzo de 1962; en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la ONU, y en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo. 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. Se presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación-presunción -iuris tantum-; y 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 Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención 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 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 a examinar, 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 tiene, 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 nos. 00528, de 9:20 horas, de 1 de noviembre de 2002 y el 00117, de 15:30 horas, de 14 de marzo de 2003). Acorde con lo expuesto, resulta importante transcribir para una mayor claridad, el artículo 94 del Código de Trabajo que establece: ***“...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 lado, el artículo 94 bis del mismo cuerpo legal, señala que ***"...La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de Trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos. 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 [...]"***. De la normativa citada resulta importante destacar que la prohibición de despido es general y no hace excepciones de ninguna naturaleza. Por otra parte, la imposición del requisito de acudir al Ministerio de Trabajo, cuando existen causas justas para el despido resulta un trámite constitutivo del acto de despido indispensable para su legalidad. De esta forma se hacen efectivos los compromisos internacionales para eliminar la discriminación, y evitar que los procesos derivados de un conflicto por despidos discriminatorios de esta naturaleza se conviertan en discusiones de la parte patronal, sobre propósitos (motivos), y no sobre el resultado de sus actuaciones.

IV. EL CASO CONCRETO: La demanda tiene como fundamento el despido discriminatorio por embarazo que la accionada ha tratado de desvirtuar, señalando que no se ha considerado la existencia de un contrato de trabajo por tiempo determinado, en cuyo texto expresamente se consigna esa condición de temporalidad. Un segundo aspecto, como base de su oposición y de su recurso, se refiere a la peculiaridad de su actividad que la obliga en determinadas épocas del año, a producciones altas "picos", a contratar una gran cantidad de mano de obra por ese período. Su posición es, entonces, que esas características eliminan la posibilidad de que el despido de la actora haya sido su embarazo. El artículo 94 y siguientes del Código de Trabajo, como se dijo, impiden el despido de la mujer embarazada, sin hacer ninguna distinción, sea cual sea su condición laboral, o bien, independientemente de la duración de su contrato. La única excepción formulada o establecida, se presenta cuando "existen causas justificadas originadas en una falta grave a los deberes derivados del contrato de trabajo, conforme a las causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo". En todo caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la

Dirección Nacional y la Inspección General del Ministerio de Trabajo, para lo cual deberá demostrar la falta. De acuerdo con lo expuesto, será necesario hacer una pregunta. ¿Está el patrono exento de ir al trámite ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para cumplir lo establecido en el ordinal 94 bis del Código de Trabajo, cuando contrata a una trabajadora por tiempo definido, o bien cuando la ruptura del contrato no es por una causa prevista en el artículo 81 del Código de Trabajo en la ley? Una respuesta afirmativa a esa hipótesis depositaría en la voluntad del patrono la estabilidad de la trabajadora en estado de embarazo. Esto podría dar como resultado situaciones contrarias a la finalidad de la normativa antidiscriminatoria y simplemente trasladaría a la sede judicial la demostración de veracidad o no de la existencia de la actividad temporal, que es, una excepción de acuerdo al artículo 26 del Código de Trabajo. El espíritu del artículo 94 bis mencionado, en las situaciones de embarazo de la trabajadora, es atribuirle a un tercero con autoridad legal, en este caso el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la labor de revisar la legalidad o no de la terminación del contrato de trabajo. De esta manera, la voluntad de quien legisla, y con el objeto de eliminar estas discriminaciones, lo llevó a establecer esa excepción, no obligando a quienes aplican la ley, hacerlo de manera automática, contraria al sentido común, de manera tal que, no podrían los tribunales de justicia desconocer la existencia de realidades distintas a las comprendidas en el artículo 81 citado, que puedan llevar al empleador a ocupar trabajadoras en determinadas épocas de alta demanda de producción, y prescindir de sus servicios, cuando estas disminuyan y el mercado varíe. Sin embargo, en estricto apego a la finalidad de la norma, corresponde interpretar que es necesario, el mismo procedimiento establecido en el artículo 94 mencionado, es decir, debe acudir oportunamente a la Dirección Nacional y la Inspección General del Ministerio de Trabajo. Este mecanismo de autorización, es la manera como se hace objetiva la intención del empleador y se manifiesta la voluntad de respeto al ordenamiento jurídico. Con este razonamiento, carece de importancia la existencia de un contrato laboral escrito, el nombre que las partes consignaron, y si la contratación fue por tiempo determinado, pues como se dijo, para el despido de la mujer en estado de gravidez, es necesario y obligatorio cumplir con el trámite indicado ante la instancia administrativa competente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De no hacerse debe el patrono pagar a la trabajadora, las indemnizaciones comprendidas en el ordinal 94 bis ya citado. Por último, la empresa accionada no ha negado que al momento del cese de la relación laboral, la actora se encontraba en estado de embarazo. No hay duda entonces, que al no gestionarse el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el mismo deviene en ilegal y por ende es nulo, siendo procedente la reinstalación, o bien como en este caso según lo solicitado por la demandante, el pago de las indemnizaciones correspondientes. Como se dijo, el patrono debe demostrar que el cese obedece a un hecho objetivo y no al estado de embarazo de la trabajadora, lo que en todo caso, debe ser verificado por las instancias competentes, y no que, sea

el mismo empleador quien así lo decida, pues de ser así, la protección prevista por el legislador en los ordinales 94 y 94 bis del Código de Trabajo sería burlada. De esta forma, al tenerse por acreditado que la relación laboral finalizó cuando doña Elki se encontraba en estado de embarazo y que no se gestionó el cese de la relación ante las autoridades administrativas correspondientes, el recurso debe ser rechazado en este aspecto.”

4. Fuero de Protección de la Trabajadora Embarazada y Comunicación del Estado de Embarazo

[Sala Segunda]^{iv}

Voto de mayoría

"III. EL FUERO ESPECIAL DE 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, el cual se hace expresamente extensivo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. Atendiendo a esa norma y también a la prevista en el numeral 71, también constitucional, se han emitido una serie de normas de distinto rango tendientes a desarrollar esa protección especial, garantizada constitucionalmente. En lo tocante a la tutela de la mujer en el ámbito laboral, se ha tratado de protegerla en cuanto en ella recae, por naturaleza, un mayor aporte en la reproducción humana y para tratar de conciliar sus vidas tanto en el aspecto laboral como familiar. La Organización Internacional del Trabajo se ocupó de esta materia, inicialmente, en el Convenio número 3, conocido como el *Convenio sobre la protección de la maternidad*, adoptado en 1919, que posteriormente fue revisado por el Convenio 103, de 1952; el cual fue revisado, a su vez, por el número 183, adoptado en el año 2000 y conocido con el mismo nombre; no obstante aún no ha sido ratificado por nuestro país. En el Convenio 102 sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952, en la Parte VIII, se regulan las prestaciones mínimas por maternidad, instrumento que sí fue adoptado mediante Ley N° 4736 de 29 de marzo de 1971, excluyéndose de la aprobación la tercera y cuarta partes. En este recuento de las normas aplicables al caso, resulta importante destacar la *“Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”*, conocida como la *“Convención de Belém do Pará”*, adoptada por la Organización de Estados Americanos (O.E.A.) el 9 de junio de 1994 y aprobada por la Asamblea Legislativa mediante la Ley N° 7499, del 2 de mayo de 1995, publicada en La Gaceta N° 123, del 28 de junio de 1995 y con efectos a partir de su publicación, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Por otra parte, se halla la *“Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”*, ratificada por la Ley N° 6968,

del 2 de octubre de 1984, que 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° 7142, del 8 de marzo de 1990, vigente a partir de su publicación en *La Gaceta* N° 59, del 26 de marzo siguiente, que es la *Ley de promoción de la igualdad social de la mujer*. En el artículo 32 se dispuso reformar, entre otros, el artículo 94 del *Código de Trabajo* y adicionarle el numeral 94 bis, estableciéndose una más amplia protección especial para las **trabajadoras embarazadas** o en **período de lactancia**. Antes de la reforma de dicho numeral, únicamente, se disponía: “*Queda prohibido a los patronos despedir a la trabajadora 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, de conformidad con el numeral 81 *ídem*. Pero, en tal caso, el despido debe gestionarse ante las autoridades del Ministerio de Trabajo, instancia en la que deberá acreditarse la falta. Asimismo, se estableció que para poder gozar de la protección establecida, la **trabajadora** está en la obligación de dar aviso al empleador acerca de su estado. La norma, entonces, quedó redactada en los siguientes términos: *"Queda prohibido a los patronos despedir a las **trabajadoras** que estuvieren en estado de embarazo o en **período de lactancia**, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la **trabajadora**, mientras se resuelve la gestión de despido. / Para gozar de la protección que aquí se establece, la **trabajadora** deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social."* De igual forma, 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 de aquella que se encuentra en **período de lactancia**. De conformidad con las normas transcritas, de incurrir la **trabajadora embarazada** o en **período de lactancia** en una falta grave, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta imputada, procedimiento este que no debe soslayarse en atención a los importantes valores tutelados que no se restringen a la madre, sino que también se extienden a la persona engendrada o nacida y a la familia en general. (En ese sentido, puede consultarse la sentencia de esta Sala N° 645, de las 9:50 horas del 31 de octubre del 2001). Así, para poder gozar de la estabilidad contenida en ese numeral, o de los beneficios contemplados en el artículo siguiente -94 *bis*-, la **trabajadora** debe cumplir con el requisito de darle aviso al empleador respecto de su estado de gravidez. La jurisprudencia, reiteradamente, 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 verbal-, para que operen los mecanismos de protección. (Véase al respecto el Voto de la Sala Constitucional N° 6262-94.) Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (ver, entre otras, las sentencias números 91, de las 10:10 horas del 2 de febrero; 136, de las 9:35 horas del 23 de febrero; y, 281, de las 10:10

horas del 25 de mayo, todas del 2001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el fallo número 438, de las 9:30 horas del 3 de agosto del 2001), y la protección aún prospera cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la **trabajadora** (al respecto, pueden verse las sentencias números 589, de las 10:00 horas del 28 de septiembre del 2001; y, 229, de las 9:00 horas del 17 de mayo del 2002). Si el despido se produjere en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la **trabajadora** el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la **trabajadora** no optare por la reinstalación podrá, entonces, solicitar el pago del preaviso y la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes a la licencia por pre parto y post natal, 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 del preaviso y la cesantía y, como una indemnización por daños y perjuicios, a diez días de salario.

IV. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: De conformidad con lo anteriormente expuesto, debe analizarse, con base en los autos, lo sucedido en el caso bajo examen, a efecto de determinar si corresponde al supuesto establecido en la norma y, por ende, concluir si el cese de la **trabajadora** fue procedente o no. En primer término, se tiene que, de los elementos probatorios que constan en autos, se logra determinar que la parte empleadora sí tuvo conocimiento del estado de gravidez de la demandante, lo cual fue admitido al contestar el hecho sexto de la demanda, donde se expuso: *“Sí es cierto en cuanto a la fecha de firma del contrato, **posterior al aviso de estado de embarazo**,...”* (la negrita no es del original). Así también, lo anterior fue reconocido por el testigo Jesús Rubén Paniagua Valerio quien indicó: *“se contrató por un periodo a Rina y a Dalila para que hicieran esa labor, posteriormente a eso se tuvo la noticia de que Rina estaba en estado de embarazo hablamos con ella para indicarle de que en esas condiciones de trabajo por un periodo **determinado** donde no hay plaza fija, el contrato seguía hasta que se terminara la labor, cosa que ella no pudo hacer porque al enfermarse optamos de que el último mes, lo tomara con goce de salario para que estuviera tranquila porque tenía cierto riesgo con el bebé, después ella fue al Ministerio a poner ciertas quejas, hablamos con ella que la situación era temporal, no le estamos cortando la situación, y ella llevó esto a las instancias y es lo que estamos ventilando ahora.”* Por su parte, el deponente José Manuel Soto Ramírez indicó: *“Días después de la primer prórroga del nombramiento, en una reunión en mi oficina Rina me manifiesta que tiene un problema y me solicita que trate de ayudarla al respecto, le doy mi apoyo sobre eso ... Dos o tres días después me solicita permiso para ir donde el doctor a pesar del exceso de trabajo que existe, se le da el permiso para que asista a la cita médica, no*

nos podemos oponer a eso, mi sorpresa es que nos enteramos de que no es donde el doctor donde va, sino que al Ministerio de Trabajo, que es un derecho de ella, la falta es que a pesar de la confianza que debe existir, ella mintió.” (folio 96). Este mismo deponente aclaró después: “El problema que ella me dijo que tenía era referente al embarazo, fue informal, no me entregó ningún documento.” (folio 96). De las anteriores manifestaciones se colige claramente que la comunicación del estado de embarazo de la demandante fue anterior a que se le recomendara firmar el contrato por **tiempo determinado**. Dicha comunicación de su condición física obligaba al empleador, por expresa disposición legal, a gestionar el despido ante las autoridades administrativas, so pena de que se declarara nulo. Sobre este punto en particular, la jurisprudencia de esta Sala ha dicho: “Reiteradamente, esta Sala ha señalado que, como consecuencia del ineludible principio de buena fe que debe imperar en toda relación de trabajo, la comunicación, verbal o escrita, del propio estado de embarazo, aún en el momento mismo del despido de la **trabajadora**, constituye un impedimento legal para que la parte empleadora continúe con la ejecución de ese acto, con mucha mayor razón si es injustificado; estando obligada, además, a otorgar un plazo razonable para que, si lo estima necesario, se le provea el respectivo certificado médico. La presentación de ese documento constituye una formalidad probatoria que, de mantenerse el vínculo laboral, se puede cumplir a posteriori de manera legítima. [...] Si, a pesar de haber sido informada de dicha condición, la parte patronal persiste y ejecuta su decisión de resolver el contrato de trabajo, ésta deviene no sólo dolosa, sino objetivamente discriminatoria y, por eso mismo, ilícita, dando lugar, como no podría ser de otro modo, a las consecuencias previstas por las disposiciones legales que conforman dicho fuero de protección especial, que, como es sabido, es constitutivo de una clara excepción al régimen general de libre despido, propio del sector privado...” (La negrita es del redactor.) (Voto N° 341, de las 9:40 horas del 9 de julio del 2003). Ahora bien, en el asunto que se conoce, lo que se pretende dilucidar es si la relación laboral que unía a la accionante con la empresa demandada tuvo su origen realmente en un contrato por **tiempo determinado** o si, por el contrario, se trató de un despido encubierto y, por ende, de naturaleza discriminatoria. Debe partirse de que en materia de despido de la **trabajadora embarazada** la discriminación se presume, por lo que, en el *sub lite* era a la parte empleadora a quien le correspondía la carga de la prueba a efecto de demostrar, mediante hechos objetivos, que el contrato era por **tiempo determinado**. No obstante, dicho deber procesal en cuanto a la prueba no fue cumplido por la demandada y, más bien, existen claros indicios de que la situación que sustentó el cese de la **trabajadora** en su puesto obedeció a un despido encubierto. El artículo 26 del *Código de Trabajo* establece: “El contrato de trabajo sólo podrá estipularse por **tiempo determinado** en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por **tiempo** indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquél en que

es permanente la naturaleza de los trabajos.” Con lo anterior se demuestra que la intención del legislador era proteger al trabajador o la **trabajadora**, en la medida que el contrato por **tiempo** indefinido es más favorable a sus intereses. Según la prueba constante en autos, si bien a la actora se le hizo firmar un contrato por **tiempo determinado** algunos meses después de haber iniciado su trabajo al servicio de la accionada, se tiene que más bien se trató de una forma fraudulenta de evitar las garantías laborales que implica su estado de embarazo. Asimismo, aunque por el **tiempo** que duró la relación no se puede determinar que iba a darse un contrato por **tiempo** indefinido en el caso concreto de la actora, atendiendo a las concretas circunstancias fácticas que le dieron origen, sí es posible inferir que estas eran de naturaleza indefinida. Aún y cuando existe una prueba documental, que es la acción de personal de folio 7, donde consta que la demandante ingresó temporalmente a partir del primero de mayo del 2004, al no haberse indicado una fecha de conclusión exacta del contrato ni inferirse de esta que se trataba de un servicio de naturaleza temporal, se debe concluir que el término de la relación más bien correspondió a un despido encubierto en perjuicio de la **trabajadora**. En cuanto a las actividades desarrolladas por la accionante, si bien se dijo que eran durante un **tiempo determinado**, mientras la empresa implementaba el sistema de cómputo en el Departamento de Finanzas, existen claros indicios de que no era así. En primer lugar, debe tomarse en cuenta que la otra **trabajadora** que fue contratada para cumplir con funciones similares a la de la accionante, continuó prestando sus servicios para la empresa demandada, aún después de terminar el aludido plazo de los seis meses. Así pues, para la fecha en que se evacuó la prueba testimonial, el 18 de octubre del 2005, es decir, casi un año exacto después de que presuntamente debió terminar el plazo contractual para ambas **trabajadoras**, la otra **trabajadora** todavía se encontraba laborando en la empresa, lo cual demuestra que las condiciones fácticas y necesidades empresariales que dieron origen a la relación de la actora todavía se mantenían a esa fecha (ver declaración de Jesús Rubén Paniagua Valerio a folio 94 vuelto y de José Manuel Soto Ramírez a folio 96 vuelto). De lo anterior se concluye que el cese de la actora en sus funciones, a partir de la fecha en que se cumplía el plazo de los seis meses, es decir, el 31 de octubre del 2004, debe tomarse como un despido encubierto y, en consecuencia, injustificado, teniendo en cuenta el especial estado de esta y el conocimiento que de ello tenían los personeros de la empresa. A pesar de lo anterior, los personeros de la accionada procedieron a despedir a la actora sin ninguna causa justa y amparados en un contrato por **tiempodeterminado** cuyo contenido no coincidía con las circunstancias de hecho que para ese entonces se daban en la empresa accionada, como lo era la necesidad de contar con personas que digitaran la información que se requería. En consecuencia, la demandada debe cancelar los extremos respectivos al despido incausado, así como aquellas concretas indemnizaciones que estipula la ley tratándose de **trabajadorasembarazadas**. De acuerdo a lo anterior, corresponde determinar el eventual monto a pagar por los

extremos que derivan del despido. Tomando en consideración que en las instancias precedentes quedó acreditado que la actora laboró durante seis meses percibiendo un salario mensual de ₡150.000,00, le corresponden los siguientes derechos: **A) PREAVISO:** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 del *Código de Trabajo* le corresponde una semana, por lo que al dividir el salario mensual entre 4,33 da un total de ₡34.624,06. **B) CESANTÍA:** Con fundamento en el artículo 29 del *Código de Trabajo* tiene derecho a siete días por este concepto, dividido el salario mensual entre 30 días, por siete días que le corresponden, da un total de ₡35.000,00. **C) SUBSIDIO DE PRE PARTO Y POST NATAL:** Debe reconocerse un mes antes y tres meses después del parto por este derecho, según lo indicado en el artículo 95 del *Código de Trabajo*, para un total de cuatro meses que equivale a ₡600.000,00. **D) SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR DESDE EL DESPIDO Y HASTA COMPLETAR OCHO MESES DE EMBARAZO:** En virtud de que en autos no se cuenta con prueba clara que determine el **período** de gestación en que se encontraba la **trabajadora** al momento del despido, se deja la fijación y el cálculo de este extremo para la etapa de ejecución de sentencia, a efecto de determinar el **tiempo** que faltaba desde el despido hasta completar los ocho meses de embarazo que dispone el numeral 94 *bis* del *Código de Trabajo*."

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.

ⁱ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 263 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del catorce de marzo de dos mil catorce. Expediente: 11-000429-1178-LA.

ⁱⁱ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 44 de las nueve horas con cuarenta minutos del veintisiete de enero de dos mil doce. Expediente: 08-000648-0166-LA.

ⁱⁱⁱ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 220 de las quince horas con quince minutos del once de marzo de dos mil nueve. Expediente: 06-300087-0295-LA.

^{iv} SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia 32 de las nueve horas con cincuenta y cinco minutos del diecinueve de enero de dos mil siete. Expediente: 04-300179-0386-LA.