



Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL
TEMA: INCAPACIDAD PROLONGADA

RESUMEN

El presente informe contiene un estudio sobre la incapacidad prolongada y la incapacidad por maternidad en los funcionarios públicos.

En el primer apartado se ve la normativa referente al tema, basados en el Código de Trabajo, Estatuto del Servicio Civil, el Reglamento del Estatuto del Servicio Civil, entre otras.

El segundo apartado es la jurisprudencia del tema donde se pueden ver resoluciones en materia de despido a la trabajadora embarazada, el sobresueldo al trabajador por licencia de enfermedad, la importancia del dictamen médico en caso de incapacidad, y el despido por incapacidad prolongada.



SUMARIO

NORMATIVA.....	3
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA.....	3
Artículo 191.....	3
LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	3
Artículo 111. Servidor Público.....	3
Artículo 112. Relación administración y servidor público.....	3
CÓDIGO DE TRABAJO.....	4
Artículo 74.Suspensión temporal de contrato laboral.....	4
Artículo 79.Incapacidad no mayor de 3 meses.....	4
Artículo 80.Termino contrato trabajo.....	5
Artículo 95.Trabajadora embarazada.....	5
Artículo 96.Aborto no intencional o parto prematuro.....	6
REGLAMENTO DEL SEGURO DE SALUD.....	6
Artículo 30. De la finalización del derecho a subsidios.....	6
Artículo 35. Del inicio del pago de subsidios.....	7
Artículo 36. De la cuantía del subsidio por enfermedad.....	7
Artículo 37. De la pérdida del derecho al pago de subsidios..	8
Artículo 40. De las licencias por maternidad.....	8
Artículo 43. De la cuantía del subsidio por licencia.....	9
Artículo 45. Del aborto doloso y sus consecuencias.....	9
ESTATUTO DEL SERVICIO CIVIL.....	9
Artículo 1. Aspectos Básicos.....	9
Artículo 2. Servidores.....	9
Artículo 170. Educadora embarazada.....	10
Artículo 173. Incapacidades por enfermedad.....	10
Artículo 174. Zonaje.....	10
REGLAMENTO DEL ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL.....	11
Artículo 1. Aspectos Básicos.....	11
Artículo 2. Servidores.....	11
Artículo 34.Subsidio servidor incapacitado.....	11
Artículo 35.Notificación por ausencia al trabajo.....	13
Artículo 36.Separación del puesto.....	13
JURISPRUDENCIA.....	14
1.Despido de trabajadora embarazada.....	14
2.Protección especial de la trabajadora embarazada.....	16
3.Sobresueldo a trabajador con licencia por enfermedad.....	20
Protección especial contra el despido en el servicio civil.....	24
4.Importancia del dictamen medico.....	26
5.Jubilación y despido por incapacidad prolongada.....	28
6.Despido por incapacidad prolongada.....	29
FUENTES UTILIZADAS.....	31



DESARROLLO:

NORMATIVA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA¹

Artículo 191.

Un estatuto de servicio civil regulará las relaciones entre el Estado y los servidores públicos, con el propósito de garantizar la eficiencia de la administración.

LEY GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA²

Artículo 111. Servidor Público

1. Es servidor público la persona que presta servicios a la Administración o a nombre y por cuenta de ésta, como parte de su organización, en virtud de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

2. A este efecto considérense equivalentes los términos "funcionario público", "servidor público", "empleado público", "encargado de servicio público" y demás similares, y el régimen de sus relaciones será el mismo para todos, salvo que la naturaleza de la situación indique lo contrario.

3. No se consideran servidores públicos los empleados de empresas o servicios económicos del Estado encargados de gestiones sometidas al derecho común.

Artículo 112. Relación administración y servidor público

1. El derecho administrativo será aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración y sus servidores públicos.

2. Las relaciones de servicio con obreros, trabajadores y empleados que no participan de la gestión pública de la Administración, de



conformidad con el párrafo 3, del artículo III, se regirán por el derecho laboral o mercantil, según los casos.

3. Sin embargo, se aplicarán también a estos últimos las disposiciones legales o reglamentarias de derecho público que resulten necesarias para garantizar la legalidad y moralidad administrativas, conforme lo determine por Decreto el Poder Ejecutivo.

4. Para efectos penales, dichos servidores se reputarán como públicos.

CÓDIGO DE TRABAJO³

Artículo 74. Suspensión temporal de contrato laboral

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 y directa la suspensión del trabajo; y
- c) La muerte o la incapacidad del patrono, cuando tenga como consecuencia necesaria, inmediata 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.

Artículo 79. Incapacidad no mayor de 3 meses

Igualmente es causa de suspensión del contrato, sin responsabilidad para el trabajador, la enfermedad comprobada que lo incapacite para el normal desempeño de sus labores durante un período no mayor de tres meses.

Salvo lo dicho en disposiciones especiales o que se tratara de un caso protegido por la Ley de Seguro Social, la única obligación del patrono es la de dar licencia al trabajador, hasta su total restablecimiento siempre que éste se produzca dentro del lapso indicado, y de acuerdo con las reglas siguientes:



- a) Después de un trabajo continuo no menor de tres meses, ni mayor de seis pagará medio salario durante un mes;
- b) Después de un trabajo continuo mayor de seis meses pero menor de nueve, le pagará medio salario durante dos meses; y
- c) Después de un trabajo continuo mayor de nueve meses, le pagará medio salario durante tres meses.

Es entendido que a estos casos se aplicará lo dispuesto en el artículo 30 y que el patrono durante la suspensión del contrato podrá colocar interinamente otro trabajador.

Artículo 80. Termino contrato trabajo.

Una vez transcurrido el período de tres meses a que se refiere el artículo anterior, el patrono podrá dar por terminado el contrato de trabajo cubriendo al trabajador el importe del preaviso, el auxilio de cesantía y demás indemnizaciones que pudieran corresponder a éste en virtud de disposiciones especiales.

Artículo 95. Trabajadora embarazada

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

Artículo 96. Aborto no intencional o parto prematuro

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 obligan a abandonarlo o a otro puesto equivalente en remuneración, que guarde relación con sus aptitudes, capacidad y competencia.

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.

REGLAMENTO DEL SEGURO DE SALUD⁴

Artículo 30. De la finalización del derecho a subsidios



El derecho al pago de subsidios, finaliza:

- a) Por muerte del asegurado directo activo asalariado.
- b) Por la terminación del periodo de incapacidad o de licencia.
- c) Por cumplimiento del plazo máximo de pago señalado en este Reglamento (artículo 34).
- d) Por prescripción, una vez transcurridos 6 meses contados a partir de la finalización del periodo de incapacidad.
- e) Por abandono injustificado del tratamiento, de las prescripciones, y de las recomendaciones dadas al asegurado (artículo 37).
- f) Por incurrir en las prohibiciones o negativas a que se refieren los artículos 37 y 44 de este Reglamento
- g) Por cesantía. En este caso el derecho concluye con el pago de la incapacidad o licencia que se hubiere otorgado antes de la cesantía.

Artículo 35. Del inicio del pago de subsidios

El pago del subsidio en dinero procede a partir del cuarto día de incapacidad. Si una incapacidad fuere extendida dentro de los treinta días posteriores a la precedente, el subsidio correspondiente a la nueva incapacidad se pagará desde el primer día. El cargo presupuestario por los pagos efectuados, corresponde al centro asistencial que extendió la incapacidad.

Artículo 36. De la cuantía del subsidio por enfermedad.

El subsidio por incapacidad es de hasta cuatro veces el aporte contributivo total (trabajador, patrono y Estado) al Seguro de Salud, derivado del promedio de los salarios o ingresos procesados por la Caja, en los tres meses inmediatamente anteriores a la incapacidad.

El promedio indicado excluye cualquier otro ingreso que no corresponda al período de referencia señalado para el cálculo. Tratándose de trabajadores asalariados, se tomará el salario o el monto que sirvió de base a la cotización, correspondiente al patrono (s) con el que labora el asegurado.



En caso de los trabajadores independientes, el monto de los subsidios se otorgará de conformidad con la siguiente tabla:

Meses cotizados	Porcentaje de subsidio
03 a menos de 06 meses (ayuda económica)	50%
06 a menos de 09 meses	75%
09 meses o más	100%

Todo subsidio se paga por períodos vencidos, de acuerdo con el procedimiento que la Institución determine.

Artículo 37. De la pérdida del derecho al pago de subsidios

El asegurado que incurra en fraude, adultere documentos o haya inducido a engaño al médico tratante, pierde el derecho al subsidio. Igual sanción rige respecto del asegurado que se ocupe de labores remuneradas durante el periodo de incapacidad, o se niegue a cumplir las prescripciones médicas que se le impartan. En estas dos últimas hipótesis, el pago, sin derecho al reintegro de los subsidios suspendidos, se reanudará en cuanto el asegurado haya modificado su conducta.

Artículo 40. De las licencias por maternidad.

Con motivo de la maternidad, a toda asegurada activa se le extenderá una licencia por cuatro meses que incluye el pre y post parto, conforme se establece en las leyes generales y especiales que se aplican a los diferentes grupos.

Las complicaciones del embarazo serán consideradas dentro de los riesgos de enfermedad; no obstante, cuando se trate de aborto no intencional o parto prematuro no viable y la gestación haya alcanzado las 16 semanas, el período de licencia que corresponda será otorgado de conformidad con lo que establece el artículo 18 del Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud.

Si la licencia se otorga posterior al parto, ésta se extenderá por un período de tres meses a partir de la fecha del alumbramiento.



El subsidio que corresponda se pagará conforme el lugar de adscripción de la asegurada, pero en todos los casos el cargo presupuestario corresponderá al centro asistencial que emite el documento

Artículo 43. De la cuantía del subsidio por licencia.

El subsidio por licencia es igual a tres y un tercio (3 1/3) veces el aporte contributivo total (trabajador, patrono y Estado) al Seguro de Salud, derivado del promedio de los salarios o ingreso mensual procesados por la Caja, correspondientes a los tres meses anteriores a la licencia o al parto.

Para efectos del cálculo de los subsidios a las trabajadoras independientes, aplican los porcentajes indicados en la tabla que incluye el artículo 36 de este Reglamento. El subsidio será pagado por mes adelantado y con ajuste al procedimiento que la Institución determine.

El derecho queda condicionado a que la asegurada no se dedique a ninguna labor o actividad generadora de ingresos durante la licencia. Lo establecido en el artículo 37, también, es aplicable a este tipo de subsidio.

Artículo 45. Del aborto doloso y sus consecuencias

Las consecuencias del aborto intencional o doloso, se consideran como enfermedad, pero no dan derecho, en ningún caso, al pago de subsidios.

ESTATUTO DEL SERVICIO CIVIL⁵

Artículo 1. Aspectos Básicos

Este Estatuto y sus reglamentos regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública, y proteger a dichos servidores.

Artículo 2. Servidores

Para los efectos de esta Estatuto se considerarán servidores del Poder Ejecutivo, los trabajadores a su servicio remunerados por el erario público y nombrados por acuerdo formal publicado en el Diario Oficial.



Artículo 170. Educadora embarazada

Las educadoras en estado de gravidez, pueden solicitar licencia, con goce de sueldo completo, por los dos meses anteriores y los dos posteriores al alumbramiento; no obstante, si éste se retrasase, no se alterará el término de la licencia. Si el alumbramiento se anticipare, gozarán de los dos meses posteriores al mismo.

Las servidoras deberán tramitar su incapacidad por intermedio del Jefe Inmediato, por lo menos con 15 días de anticipación a su retiro; y dar aviso, con la misma antelación, al Departamento de Personal del Ministerio de Educación Pública, si se encontrarse en vacaciones.

Para los efectos de las educadoras aseguradas, se entenderá por salario completo, la parte del mismo cubierto por el Estado, más el subsidio de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Si la servidora en estado de gravidez, a pesar de haber cumplido con el preaviso indicado, no pudiera ser sustituida en la forma señalada por el médico, deberá permanecer en su puesto hasta por 15 días más, los cuales se le repondrán al final de la licencia.

Artículo 173. Incapacidades por enfermedad

Las incapacidades por enfermedad del servidor no contempladas en el artículo 167, se regirán por las siguientes normas:

a) Durante los primeros cuatro días se les reconocerá el equivalente a un 50% de salario. Igual distribución se aplicará en los permisos para asistir al Seguro Social, o licencias por enfermedad que no incapaciten al servidor, al juicio del superior inmediato.

No obstante lo establecido en este inciso, cuando se comprobare que la incapacidad se extiende a un período mayor de los cuatro días, su salario no sufrirá deducción; y

b) Si el servidor estuviese protegido por el Seguro Social, el Ministerio de Educación le reconocerá la diferencia de salario hasta completar el 100% (ciento por ciento) del mismo; caso de no estarlo, el pago del salario correrá por cuenta del Ministerio de Educación.

Artículo 174. Zonaje



a) Si el servidor, en el momento de incapacitarse por enfermedad o maternidad, estuviese devengando salario adicional por zonaje, por "horario alterno", o cualquier sobresueldo, tendrá derecho a un subsidio equivalente al salario total que en dicho momento estuviese devengando.

b) Las licencias por enfermedad, cualquiera que sea su duración, no interrumpirán el derecho que tienen los servidores para recibir los aumentos de sueldos correspondientes.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley No.5659 de 17 de diciembre de 1974).

c) Para todos los efectos legales, tanto el subsidio, como los auxilios a que se refiere el artículo 167, tendrán el carácter de salario, y serán, en consecuencia, la base para el cálculo de pensiones y prestaciones legales, entre otros extremos, que pudieran corresponder.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley No. 6110 de 9 de noviembre de 1977).

REGLAMENTO DEL ESTATUTO DE SERVICIO CIVIL⁶

Artículo 1. Aspectos Básicos

El Estatuto de Servicio Civil y el presente Reglamento regularán las relaciones entre el Poder Ejecutivo y sus servidores, con el propósito de garantizar la eficiencia de la Administración Pública y de proteger a dichos servidores.

Artículo 2. Servidores

Se considerarán servidores públicos protegidos por el Estatuto de Servicio Civil, los trabajadores del Poder Ejecutivo incluidos en el Régimen de Servicio Civil, al tenor de lo dispuesto por los artículos 2, 3º, 4º, 5º y 6º de dicho Estatuto

Artículo 34. Subsidio servidor incapacitado

El servidor que fuere declarado incapacitado para trabajar, por enfermedad o riesgo profesional, gozará de subsidio en proporción al tiempo servido, de acuerdo con las siguientes regulaciones:

a) Durante los primeros tres meses de servicios, se reconocerá el subsidio hasta por un mes.



- b) Después de tres meses de servicios y hasta un año, el subsidio será hasta por tres meses.
- c) Durante el segundo año de servicios, el subsidio será hasta por cinco meses.
- d) Durante el tercer año de servicios, el subsidio será hasta por seis meses.
- e) Durante el cuarto años de servicios, el subsidio será hasta por siete meses y quince días.
- f) Durante el quinto año de servicios, el subsidio será hasta por nueve meses.
- g) Después de cinco años de servicios, el subsidio será de hasta 12 meses.

El monto del subsidio será de un ochenta por ciento del monto del salario ordinario que esté devengando el trabajador, durante los primeros treinta días de su incapacidad. En ese periodo el Estado como patrono, reconocerá durante los tres primeros días un subsidio de un 80%; a partir del cuarto día y hasta el número treinta el subsidio patronal será de un 20% cuando la incapacidad será emitida por la Caja Costarricense de Seguro Social; la diferencia para completar el 80% del subsidio que otorgue el Instituto Nacional de Seguros cuando sea éste el órgano que incapacite.

El subsidio será de un ciento por ciento de su salario ordinario durante el período de incapacidad que exceda de treinta días naturales, por un máximo de doce meses. Durante el período que exceda de treinta días naturales, el Estado como patrono otorgará un subsidio de un 40% cuando el órgano que incapacite sea la Caja Costarricense del Seguro Social, y pagará la diferencia del subsidio para completar ese 100% de lo que otorgue el Instituto Nacional de Seguros cuando sea éste el órgano que incapacite. Por ninguna razón, y en ningún caso de incapacidad otorgada, el monto del subsidio que pagaren los órganos aseguradores sumados a lo que le corresponde cancelar al Estado como patrono, podrá exceder el 100% del salario total del servidor.

Los subsidios y licencias por razón de maternidad se regularán conforme con las siguientes normas:

1. Todas las servidoras del Poder Ejecutivo en estado de gravidez tendrán derecho a licencia por cuatro meses, con goce de sueldo completo. El período se distribuirá un mes antes del parto y tres



meses después. Si éste se retrasare no se alterará el término de la licencia, pero si el alumbramiento se anticipa, gozará de los tres meses posteriores al mismo;

2. La servidora deberá tramitar su incapacidad por intermedio del jefe inmediato, por lo menos con quince días de anticipación a su retiro, de acuerdo con la fecha previamente señalada por el médico;

3. Las servidoras interinas o excluidas del Régimen de Servicio Civil, podrán acogerse a la licencia por maternidad en los términos anteriormente indicados.

(Así Reformado por el Decreto Ejecutivo N° 27096 de 15 de mayo de 1998 y posteriormente ampliado por el artículo 3° del Decreto ejecutivo No.27604 del 5 de enero de 1999)

Artículo 35. Notificación por ausencia al trabajo

En todos los casos, el servidor deberá notificar a su jefe inmediato lo antes posible, verbalmente o por escrito, las causas que le impiden asistir a su trabajo.

Por ninguna razón -salvo la de fuerza mayor- deberá esperar hasta el segundo días de ausencia para notificarlo.

Las ausencias al trabajo por enfermedad que excedan de cuatro días deberá justificarlas el servidor incapacitado con certificación emitida por la Caja Costarricense de Seguro Social, o en el Instituto Nacional de Seguros, con certificado de la Institución respectiva. Si la enfermedad lo afectara solamente hasta por cuatro días en un mismo mes calendario, podrá justificar dicha ausencia hasta por cuatro días por incapacidad que extienda el ente asegurador o en su defecto, dictamen de un médico particular.

(Así reformado por el artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 27096 de 15 de mayo de 1998)

Artículo 36. Separación del puesto

No obstante lo indicado en los artículos anteriores el servidor que permaneciere enfermo por un periodo de tres meses o más, podrá a juicio del máximo jerarca de la institución respectiva, ser



separado de su puesto, mediante el pago del importe del preaviso y del auxilio de cesantía correspondientes.

(Así reformado por el artículo 1º del Decreto Ejecutivo N° 27096 de 15 de mayo de 1998).

JURISPRUDENCIA

1. Despido de trabajadora embarazada⁷.

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



tenido noticia efectiva, de la gravidez de la servidora, antes de cesarla o, incluso, en el mismo momento de hacerlo, para que se vea legalmente impedida de ejercer esa potestad y para que, en el supuesto de proceder de modo contrario, quede obligada a cancelar los extremos correspondientes. La realidad de ese conocimiento puede acreditarse, en esta sede jurisdiccional, mediante cualquiera de los elementos de prueba admitidos por la legislación vigente" (el destacado es del redactor) De este modo, no lleva razón el recurrente al manifestar que a la actora no le es aplicable el fuero especial que protege a la trabajadora embarazada por el hecho de -supuestamente- haber incurrido en falta grave (lo que la Sala no entra a analizar, por los motivos que se explicarán más adelante), ya que incluso en ese caso queda cubierta por él, en el sentido de que previamente debe agotarse el procedimiento administrativo previsto por el artículo 94 del Código de Trabajo, que dice: "Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el empleador debe gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta (...)".

El cumplimiento de este ineludible requisito previo no fue demostrado por el demandado (recayendo en él la carga de la prueba al respecto, artículo 317 del Código Procesal Civil), por lo que acertaron los juzgadores de instancia al calificar de ilegal el despido, con las consecuencias económicas que de ello se derivan. Tanto el A-quo como el Ad-quem tuvieron por acreditado que el accionado cesó a la demandante a sabiendas de que ésta se encontraba embarazada, lo cual no fue objeto del recurso de tercera instancia rogada (cabe acotar aquí que ello sí fue debidamente objetado en el recurso de apelación, al cual remite en términos generales el recurrente, lo que resulta improcedente, puesto que si bien el recurso de tercera instancia rogada no exige mayores formalidades, una de ellas es que se expongan de un modo claro y preciso sus motivos -artículo 557 inciso b) del Código de Trabajo-, lo que, a su vez, limita la competencia de la Sala -artículo 560 ídem-), por lo que se encontraba obligado a gestionar el despido ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo antes de materializarlo. Al no haber actuado así, debe atenerse, ahora, a las consecuencias de su incuria u omisión, cuales son la imposibilidad de analizar si existieron o no los incumplimientos laborales que le imputa a la actora y la de determinar si, de haberse dado aquéllos, califican o no como causa justa en los términos del numeral 81 del Código de Trabajo. Por ende, resulta innecesario pronunciarse sobre los agravios expresados en el recurso referentes a la valoración de la prueba de la justificación



de las ausencias de los días 13 a 18 de marzo del 2000. Se impone, en consecuencia, otorgarle plena efectividad a la protección legal reclamada por la accionante, conforme se resolvió, de modo acertado, en las instancias precedentes. "

2. Protección especial de la trabajadora embarazada⁸

"III.- SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL A LA TRABAJADORA EMBARAZADA: El artículo 51 de la Constitución Política consagra a la familia como el elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, por lo que establece un derecho de protección especial por parte del Estado, derecho que expresamente se hace extensivo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. Atendiendo a esa norma constitucional y también a la prevista en el numeral 71, se han emitido una serie de normas, de distinto rango, tendientes a desarrollar esa protección especial, garantizada constitucionalmente. En relación con la tutela a la mujer en el ámbito laboral, se ha tratado de protegerla, en cuanto en ella recae, por naturaleza, un mayor aporte en la reproducción humana y para tratar de conciliar sus vidas en los ámbitos laboral y familiar. La Organización Internacional del Trabajo se ocupó de esta materia, inicialmente, en el Convenio número 3, conocido como el Convenio sobre la protección de la maternidad, adoptado en 1919, que posteriormente fue revisado por el Convenio 103, de 1952; el cual fue revisado, a su vez, por el número 183, adoptado en el año 2000 y conocido con el mismo nombre, no obstante aún no ha sido ratificado por nuestro país. En el Convenio 102, sobre la seguridad social (norma mínima), de 1952, en la Parte VIII, se regulan las prestaciones mínimas por maternidad, instrumento que sí fue adoptado, mediante Ley N° 4736 de 29 de marzo de 1971, excluyéndose de la aprobación las partes tercera y cuarta. En esta enumeración de las normas aplicables al caso resulta importante la "Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", conocida como la V Convención de Belem do Para, adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA.) el 9 de junio de 1994 y aprobada por la Asamblea Legislativa, mediante la Ley N° 7499, del 2 de mayo de 1995, publicada en La Gaceta, N° 123, del 28 de junio de 1995 y con efectos a partir de su publicación, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Asimismo, la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", ratificada por la Ley N° 6968, del 2 de octubre de 1984, también contiene importantes normas, relacionadas con esta concreta materia. Así, por ejemplo, en el artículo 11, se establece: " 1°.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los



mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano. / b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. / c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico. / d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo. / e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas. / f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. / 2°.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil. / b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales. / c) Alienta el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños. / d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella". Estos Convenios, de rango superior a las leyes -en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política-; en parte, fueron desarrollados por la Ley N° 7142, del 8 de marzo de 1990, vigente a partir de su publicación, en La Gaceta N° 59, del 26 de marzo siguiente, que es la Ley de promoción de la igualdad social de la mujer. En el artículo 32 se dispuso reformar, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo y adicionarle el numeral 94 bis, estableciéndose una protección especial mayor para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En efecto, antes de que se reformara dicho numeral, únicamente, disponía: "Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras por el hecho del embarazo o de la lactancia. Todo despido justificado que de ellas se haga debe ser avisado previamente a las autoridades administrativas de



trabajo". Con la reforma, la protección fue reforzada, estableciéndose una prohibición, para el empleador, de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, salvo cuando incurran en una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem. Pero, en tal caso, el despido debe gestionarse ante las autoridades del Ministerio de Trabajo, instancia en la que deberá acreditarse la falta. Asimismo, se estableció que para poder gozar de la protección establecida, la trabajadora está en la obligación de dar aviso al empleador acerca de su estado. La norma, entonces, quedó redactada en los siguientes términos: "Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido. / Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social." Por su parte, la protección se vio reforzada también con la adición del numeral 94 bis, en el que se estableció, explícitamente, el derecho de la trabajadora, despedida en contra de lo regulado en el artículo 94, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaba, con el pleno goce de todos sus derechos. De esa manera, se estableció una clara excepción al régimen de libre despido, contemplado en el artículo 85 inciso d) del Código de Trabajo y un fuero especial en beneficio de la trabajadora embarazada y la que se encuentra en período de lactancia. De conformidad con las normas transcritas, de incurrir la trabajadora embarazada o en período de lactancia en una falta grave, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta imputada, procedimiento este que no debe soslayarse, en atención a los importantes valores tutelados, que no se restringen a la madre, sino que también se extienden a la persona engendrada o nacida y a la familia en general. (En ese sentido, puede consultarse la sentencia de esta Sala N° 645, de las 9:50 horas del 31 de octubre del 2001). Por su parte, para poder gozar de la estabilidad establecida en ese numeral, o de los beneficios contemplados en el artículo siguiente - 94 bis - , la trabajadora debe cumplir con el requisito de darle aviso al empleador respecto de su estado de gravidez. En la construcción jurisprudencial, de la aplicación de la norma al caso concreto, reiteradamente se ha dicho que la certificación médica bien puede ser aportada con



posterioridad, pues no se trata de un requisito esencial para que opere la protección, dado que basta la mera comunicación -que incluso puede ser hasta verbal-, para que operen los mecanismos de protección. Esa comunicación, se ha dicho, puede hacerse aún en el momento mismo del despido (ver, entre otras, las sentencias números 91, de las 10:10 horas del 2 de febrero; 136, de las 9:35 horas del 23 de febrero; y, 281, de las 10:10 horas del 25 de mayo, todas del 2001) e inclusive puede omitirse si el embarazo es notorio (consúltense, entre muchos otros, el fallo número 438, de las 9:30 horas del 3 de agosto del 2001), y la protección aún prospera cuando se presume, con base en indicios claros, precisos y concordantes, que el empleador tenía conocimiento de la gestación de la trabajadora (al respecto, pueden verse las sentencias números 589, de las 10:00 horas del 28 de setiembre del 2001; y, 229, de las 9:00 horas del 17 de mayo del 2002). Si el despido se produjere en contradicción con lo establecido en ese artículo 94, como se expuso, nace para la trabajadora el derecho a ser reinstalada en su puesto, con goce pleno de todos sus derechos. En el supuesto de que la trabajadora no optare por la reinstalación podrá, entonces, solicitar el pago de la cesantía y, por concepto de daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes a la licencia por pre parto y post parto, así como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta que hubiera completado ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en período de lactancia, en el caso de que no optare por la reinstalación, tendrá derecho al pago de la cesantía y, como una indemnización por daños y perjuicios, a diez días de salario. Finalmente, debe indicarse que si bien la naturaleza de esas normas es eminente e imperativamente proteccionista, no puede obviarse el efecto negativo que, en no pocas ocasiones, ha generado, especialmente, en lo tocante a las posibilidades de acceso al trabajo; pues, sin duda, la maternidad les genera a los empleadores un mayor costo productivo; dado que, según lo establece el artículo 95 del Código de Trabajo, " el monto que corresponda al pago de esta licencia (se refiere a los períodos del pre parto y el post parto) deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono ." (Los destacados no están en el original).

Esta situación no puede corregirla la Sala, sino que se requiere una nueva visión de la política legislativa en esta materia, como lo han hecho otros ordenamientos a través de reformas legales que neutralicen los efectos negativos que se han venido dando, en perjuicio de las trabajadoras. IV.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE ORIENTAN LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ESPECIAL: En cuanto al tema que viene desarrollándose, no puede omitirse la referencia a la jurisprudencia constitucional, la que ha determinado, de manera expresa, que la legislación apuntada debe ser aplicada atendiendo



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

3. Sobresueldo a trabajador con licencia por enfermedad⁹



"III-.ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES: Ya esta Sala, al resolver un asunto idéntico al que ahora se conoce, se pronunció en contra del "congelamiento" del plus por horario alterno durante la licencia por enfermedad. En esa oportunidad (voto N. 591 de las 10:20 horas del 28 de setiembre del 2001, del mismo redactor) se indicó: "Al accionante se le concedió, desde 1988, una licencia total por enfermedad -en un inicio temporal, mas luego se convirtió en permanente-, con fundamento en el numeral 167 de la Ley de la Carrera Docente (N° 4565 de 4 de mayo de 1970, que vino a adicionar un Título II al Estatuto de Servicio Civil). El artículo 167 mencionado (derogado por la Ley N° 7531 de 10 de julio de 1995, "Reforma Integral de Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio") originalmente establecía: "Cuando el maestro o profesor haya sido internado en instituciones oficialmente reconocidas para tratamientos de enfermedades mentales, tuberculosis, lepra, cáncer o polimielitis, se girará un auxilio igual a la totalidad de su sueldo. En los casos de enfermedades mentales, tuberculosis y lepra, este auxilio se otorgará el tiempo que el enfermo debe permanecer aislado o en tratamiento ordenado por el jefe de la respectiva institución, pero deberá renovarse la solicitud del mismo cada seis meses; y en los casos de cáncer, poliomiелitis, secuelas de accidentes vasculares y cerebrales, insuficiencia cardiaca crónica, secuelas postencefálicas y posmeningíticas y toda enfermedad que implique incapacidad total se dará por el término que dure su tratamiento, debiendo revalidarse la solicitud de auxilio cada seis meses. Sin embargo, cuando el enfermo esté asegurado por el régimen de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social, el auxilio será solamente por la suma que agregada al subsidio que por ley debe otorgarle la Caja, complete el sueldo total". Por su parte, el ordinal 174 de ese mismo cuerpo normativo decía: "Si el servidor, en el momento de incapacitarse por enfermedad o maternidad, estuviese devengando salario adicional por zonaje, por horario alterno o cualquier otro sobresueldo interino, el subsidio a que tenga derecho, de acuerdo con las normas anteriores, se calculará con base en el salario total que, en dicho momento, estuviese devengando. Si la incapacidad se extendiere al siguiente curso lectivo, en el cálculo correspondiente al nuevo curso, no se incluirán las sumas adicionales por concepto de zonaje, horario alterno ni por sobresueldo de funciones interinas". Ambas normas fueron reformadas por la Ley N° 5659 de 17 de diciembre de 1974, quedando redactadas a partir de ese momento en los siguientes términos: "Artículo 167. a) Cuando el maestro o profesor haya sido internado en instituciones oficiales, o particulares reconocidas, para tratamientos de enfermedades incapacitantes, así como en los casos de toda enfermedad que implicare invalidez indefinida, se concederá al servidor una licencia y se le girará un auxilio igual



a la totalidad de su sueldo, por el término que dure su incapacidad, ya sea porque el enfermo deba permanecer aislado o en tratamiento ordenado por el jefe de la respectiva institución; pero dicha licencia deberá revalidarse cada año. b) En toda enfermedad que implique incapacidad total, la licencia y el auxilio se concederán indefinidamente. Sin embargo la licencia deberá revalidarse cada año. c) La revalidación de la licencia, a que se refiere el inciso b), hade gestionarse por escrito ante el inmediato superior jerárquico, con fundamento en el documento médico en que conste la incapacidad actualizada. d) Los interesados gozarán de prioridad para nombramientos a cargo del Ministerio de Educación Pública, conforme a las normas del Estatuto del Servicio Civil, siempre y cuando exista autorización médica en tal sentido y así lo solicite el interesado. En tales casos, el Ministerio queda obligado, en el momento del respectivo nombramiento, sea para actividades docentes o administrativas, a dar el máximo de facilidades posibles a quien se reincorpore al servicio". Y, "Artículo 174. a) Si el servidor, en el momento de incapacitarse por enfermedad o maternidad, estuviese devengando salario adicional por zonaje, por "horario alterno", o cualquier sobresueldo, tendrá derecho a un subsidio equivalente al salario total que en dicho momento estuviese devengando. b) Las licencias por enfermedad, cualquiera que sea su duración, no interrumpirán el derecho que tienen los servidores para recibir los aumentos de sueldos correspondientes. c) Para todos los efectos legales, tanto el subsidio, como los auxilios a que se refiere el artículo 167, tendrán el carácter de salario, y serán, en consecuencia, la base para el cálculo de pensiones y prestaciones legales, entre otros extremos, que pudieran corresponder (inciso adicionado por Ley N° 6110 de 9 de noviembre de 1977) ". Al actor se le cancela, dentro del subsidio que percibe, el plus correspondiente al horario alterno, sólo que éste se encuentra congelado. El Estado intenta justificar esa medida argumentando que se trata de un sobresueldo de carácter transitorio, dado que se encuentra condicionado a la existencia de situaciones tales como recargo de matrícula, carencia de plazas o de aulas, etc., y por ello, se concede para un curso lectivo determinado, por la posibilidad de que para el siguiente no se presenten ese tipo de eventualidades. Según la personera estatal, como el actor no se encuentra prestando sus servicios en forma activa resulta imposible que cumpla con ese tipo de recargo de funciones, que es lo que justifica el pago del incentivo. Por consiguiente, concluye que no es jurídicamente factible seguir incrementando cada año el monto del sobresueldo si las circunstancias que ameritan su pago han desaparecido. Esta tesis se ve desvirtuada por disposición legal expresa. Nótese que, antes de ser reformado, el artículo 174 del Estatuto de Servicio Civil parecía recoger el criterio de la representante estatal, al



disponer que "s i la incapacidad se extendiere al siguiente curso lectivo, en el cálculo correspondiente al nuevo curso, no se incluirán las sumas adicionales por concepto de zonaje, horario alterno ni por sobresueldo de funciones interinas". No obstante, como bien lo señaló el Tribunal, esta frase fue eliminada con la reforma de 1974, de lo que se colige que los servidores tienen derecho a continuar devengando el horario alterno mientras dure su licencia, lo que, obviamente, también les confiere el derecho a que dicho rubro sea incrementado conforme sube el costo de la vida, en aras de no afectar el poder adquisitivo del funcionario incapacitado (derecho por demás recogido en el inciso b) del numeral 174 del Estatuto del Servicio Civil, antes transcrito). Debe tenerse presente que, en lo conducente, el precepto 11 de la Constitución Política dispone: "Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede." Por su parte, el ordinal 11 de la Ley General de Administración Pública establece: "1.- La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes./2.- Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa." Dentro de tal esquema jurídico, todos los actos y los comportamientos de la Administración deben estar previstos y regulados por norma escrita, con pleno sometimiento a la Constitución, a la ley y a todas las otras normas del ordenamiento jurídico. En su esencia, el principio de legalidad conlleva una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a la Administración sólo le está permitido lo que esté constitucional y legalmente autorizado, en forma expresa y, todo lo que así no lo esté regulado o autorizado, le está vedado (al respecto, pueden consultarse, entre otros, de la Sala Constitucional, los Votos N°s. 1463-90, 405-91, 425-91, 619-91, 466-93 y 6663-95 y, de esta Sala Segunda, los N°s. 265-94, 267-97, 240-98, 84-99 y 118-99). En este orden de ideas, no existe norma alguna que faculte al Estado para congelar el horario alterno (o al menos no ha sido así demostrado). La interpretación de la Procuradora apersonada a este proceso, en el sentido de que el inciso a) del ordinal 174 mencionado, al decir que los servidores tienen derecho a percibir un subsidio equivalente al salario total que en dicho momento estuviesen devengando, faculta a no aumentarlo en el futuro, resulta demasiado forzada y carente de cualquier asidero jurídico. La arbitrariedad e ilegalidad de la actuación de la Administración resulta evidente, si se toma en cuenta que el rubro correspondiente al zonaje, que también forma parte del subsidio que se le paga al demandante, no ha sido congelado, lo



que, aplicando la tesis de la impugnante, no se justificaría, pues se trata de otro de los sobresueldos condicionados a la prestación efectiva del servicio, que en este caso debe tener lugar en una zona alejada al domicilio del funcionario". IV-. CONSIDERACIÓN FINAL: No existiendo motivos en el caso concreto para variar de criterio, debe mantenerse lo dispuesto en esa ocasión, lo que amerita rechazar el recurso y confirmar el fallo venido en alzada.

Protección especial contra el despido en el servicio civil.¹⁰

V.- No existe discusión alguna en cuanto a que, de previo al traslado del actor al SENARA, él se encontraba protegido por el Régimen del Servicio Civil, el cual en forma expresa, consagra para los servidores públicos a quienes cobija, una protección especial contra el despido. Según los artículos 37 y 47 del Estatuto de ese régimen, los servidores no podrán ser despedidos de sus cargos a menos que incurran en causal de despido, o por reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos. Si cesaren por supresión del empleo, tendrán derecho a una indemnización de un mes por cada año o fracción de seis o más meses de servicios prestados. Bajo ese régimen el actor tenía plena garantía de su estabilidad laboral; es decir, tenía garantizada la permanencia en su puesto y la imposibilidad de ser despedido salvo por vía de excepción, en los supuestos y bajo las condiciones referidas. Evidentemente, esa norma no estatuye la cesantía como un derecho real del servidor; pero sí establece un supuesto objetivo en que procede el pago de esta indemnización con referencia al tiempo de servicios, precisamente, como indemnización, al quebrantamiento a ese derecho de estabilidad, originado en una reorganización administrativa. Ahora bien, la ley de creación del SENARA, expresamente declaró para los servidores trasladados a la nueva institución, el respeto de sus "derechos adquiridos", con el fin de garantizarles el mantenimiento de su condición laboral. En consecuencia, dentro de esos derechos debe entenderse incluido el de la estabilidad, en los términos antes descritos y del cual gozaba el servidor, como funcionario que fue, adscrito al Servicio Civil, porque de lo contrario, el traslado a una institución pública distinta, constituiría un mecanismo ilegal, para dar al traste con aquella protección especial garantizada a los servidores pertenecientes a ese Régimen y que evidentemente se le quiso respetar en la expresada ley. Es decir, si los funcionarios cubiertos por el Servicio Civil únicamente pueden ser removidos de sus puestos, en las hipótesis y bajo las condiciones establecidas por imperativo legal y más que eso, constitucional (artículo 192 Constitucional),



devendrían en absolutamente improcedentes todas aquellas interpretaciones que lleven al desconocimiento de ese derecho. Si el respeto de esa situación fue precisamente lo que el legislador previó en la disposición contenida en el Transitorio II de la Ley de creación del SENARA, a través de la cual se le garantizó expresamente a los servidores trasladados, el respeto a la estabilidad de la cual ya eran titulares, y no a manera de simple expectativa, no es cierto que el reconocimiento al actor de la indemnización prevista en el numeral 37 del Estatuto del Servicio Civil, sea arbitrario o contraría la legalidad que vincula a la actividad del ente demandado. Por el contrario, el acatamiento a esa disposición y la consecuente obligación de indemnizar al actor, por la imposibilidad en que la misma Administración lo puso, de continuar en el puesto donde fue nombrado, es consecuencia directa de lo ordenado por el Transitorio II referido, en relación con las normas del Estatuto del Servicio Civil. VI.- SOBRE LA CAUSA DE TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL. - No es cierto que el cese del nombramiento del actor, en su puesto de Contador, obedeciera a una renuncia del funcionario. Conforme a la realidad de lo acontecido, es evidente que la disolución de esa relación se generó dentro de un proceso de reestructuración organizativa del demandado que contempló una reclasificación y revaloración salarial integral de sus puestos, con base en lo cual, el puesto del actor fue reasignado a una categoría diferente, con una nomenclatura, salario y requisitos, también diferentes. Así, el puesto de Contador 4 fue reasignado, como Bachiller Profesional, cuyos requisitos no cumplía el actor. Ante esa situación, el demandado puso al actor en la disyuntiva de decidir entre asumir un puesto con una categoría y una remuneración salarial menor; o, de no aceptar esa desmejora, acogerse al pago de las prestaciones laborales (ver folio 144). En definitiva, fue la reestructuración organizativa del demandado, la causa inmediata de la conclusión de la relación laboral, pues aunque se trata de una reasignación del puesto, para el actor representó la desaparición del mismo, porque la otra opción ofrecida resultaba en franco perjuicio de sus intereses, a lo cual no estaba obligado, porque si bien la Administración Pública, dentro de las amplias facultades que posee de darse su propia organización, puede trasladar a un trabajador a ocupar otro puesto, ello debe ser siempre dentro del respeto a las condiciones generales, adquiridas como derechos, por el servidor. En este sentido consta la documental aportada por la recurrente (folio 5 en relación con el 147), de la cual se desprende que el salario base del actor, como Contador 4, era de ¢92.550, en tanto el de Técnico de Proceso Nivel C, que le fuera ofrecido, como traslado, tenía asignado un salario base de ¢86.450, lo que da pie para pensar que por ese otro medio se gestaba un despido indirecto. VII.- Tampoco encuentra la Sala que el Tribunal haya omitido fundamentar



debidamente su decisión de considerar a la cesantía como un derecho adquirido, porque no es cierto que el Tribunal haya llegado a esa conclusión. La estimación de la demanda la fundamentó el órgano

Ad quem, en la consideración de que, dentro de los derechos adquiridos del actor, garantizados por la Ley de Creación del SENARA y el Decreto Ejecutivo No. 16277-MAG, de 17 de julio de 1985 (Reglamento General del SENARA), se encuentran los derivados de su pertenencia al Régimen del Servicio Civil y la correlativa aplicación del numeral 37 inciso f) en relación con el 47 inciso b) del Estatuto, lo cual se estima correcto, de acuerdo con las consideraciones expuestas. "

4. Importancia del dictamen medico ¹¹

La actora se muestra disconforme con el fallo del Tribunal, porque en su caso -dice- no pudo configurarse la causal del despido invocada por los demandados, debido a que su ausencia al trabajo durante dos días consecutivos fue justificada por la enfermedad padecida; y que tal situación quedó demostrada con el dictamen médico y con el testimonio del señor Walter Villalobos, ofrecidos por ella como prueba. Aduce que esos elementos no fueron valorados acorde con las reglas de la sana crítica y reclama una indebida aplicación del numeral 493 del Código de Trabajo, así como la violación a los principios de justicia y equidad.

II.- El Tribunal de Trabajo declaró justificado el despido de la actora con base en la causal contenida en el artículo 81 inciso g) del Código de Trabajo, que a la letra dice:

"Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:... g) Cuando el trabajador deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario."

En el subjúdice no existe controversia alguna sobre la ausencia de la actora a sus labores, durante los días 30 y 31 de agosto de 1999. La discusión se plantea sobre la justificación de esas inasistencias. La actora considera que por haberse encontrado enferma durante esos días, no se operó la causal contenida en el mencionado inciso.

III.- En la forma en que está concebido el contrato de trabajo dentro de nuestro sistema jurídico laboral, la principal obligación que existe para el trabajador respecto del patrono es la prestación personal del servicio (artículo 4º del Código de Trabajo), la cual surge como contraprestación a la remuneración percibida (artículo



18 ibídem). Por tratarse del incumplimiento de esa obligación, la ley autoriza al patrono a prescindir de los servicios del trabajador que en forma injustificada se ausente de sus labores durante dos o más días consecutivos dentro de un mismo mes calendario. Ante esa situación, a los fines de librarse de las consecuencias negativas que trae para el trabajador el ausentarse a su trabajo, surge para él el deber de justificar en forma oportuna, la causa que motivara su ausencia. En este sentido en el voto No. 158, de las 15:00 horas, del 4 de octubre de 1989, la Sala señaló que, :

"La jurisprudencia ha sido clara en el sentido de que en el caso de ausencias al trabajo es indispensable que el empleado, por razones de la buena fe y del deber de consideración mínima que subyace como elemento de todo contrato laboral, está obligado a avisarlo y a justificarlo en forma oportuna y no se ha aceptado como correcta la práctica de hacerlo posteriormente (...). Se concreta que el aviso y comprobación deben hacerse en forma oportuna, o sea durante los dos primeros días, con el fin de que el patrono pueda tomar las medidas del caso para la atención de sus intereses; y no es concebible una actitud de descuido y descortesía como si no existiera de por medio una relación con obligaciones recíprocas. Se habla del término de dos días por lo menos, en vista de que de acuerdo con el artículo 81, inciso g), del Código de la materia, la inasistencia al centro de trabajo sin permiso del patrono y en forma injustificada es causa de despido, de suerte que la ausencia en aquellos términos hace nacer de inmediato para el empleador el interés legítimo para proceder de conformidad. Si de acuerdo con la norma basta la ausencia conforme se ha señalado para que se de (sic) el motivo de despido, ahí está implícito el deber de acreditar las cuestiones de hecho que excluyen la falta antes de que ésta se pueda tener por configurada y se produzcan los efectos que legitiman al patrono para actuar en defensa de sus derechos". (En igual sentido, se pronuncian las sentencias Nos.010-01 de las 9:50 horas del 5 de enero del 2001 y 159-99 de las 10:00 horas del 11 de junio de 1999). "

IV.- La actora aportó a los autos la copia de un dictamen médico expedido por el Doctor Ulises Loría Núñez (documento visible a folio 2) con el cual pretende demostrar que su ausencia al trabajo fue justificada; más ello no resulta suficiente porque amén de que se trata de un dictamen médico privado, cuya fuerza probatoria es dudosa, pues en estos casos existe la posibilidad de que se expidan complacientemente, no existe prueba alguna de que oportunamente le brindara a sus patronos aquella justificación. El equívoco que existe está en pretender demostrar en sede jurisdiccional, únicamente la existencia de la



causal justificante de la ausencia, cuando lo cierto es que además de ello debió acreditar el hecho de haber realizado en tiempo la comunicación a que se hizo referencia. Esa es la razón por la cual el Tribunal acertadamente estimó que el despido ordenado el día 1º de setiembre de 1999 (ver folio 3) se encuentra ajustado a derecho, porque después de ausentarse durante dos días consecutivos, la actora no justificó oportunamente al patrono, como era su deber, la razón de su inasistencia, lo que lo legitimó para tener por configurada la causal a que se ha hecho referencia. Dicho dictamen médico lleva fecha 11 de setiembre de 1999 (ver folio 3); es decir, fue expedido muchos días después de las ausencias, incluso luego de que se había acordado el despido. Por su parte, el testimonio del señor Villalobos Fernández, solo da cuenta del comentario hecho por la actora sobre su enfermedad y el despido, pero no refiere en modo alguno, a la comunicación que se echa de menos.

5. Jubilación y despido por incapacidad prolongada¹²

De un pormenorizado estudio de las presentes diligencias, se llega a concluir que la remisión que hace el numeral 111 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el demandado y el Sindicato UPINS al artículo 25 es errónea, toda vez que lo correcto es remitir al 149, pues el primero de los textos citados se refiere al momento en que surge el derecho para jubilarse de parte de un trabajador y en su segundo párrafo señala que la jubilación otorga al reconocimiento de preaviso y auxilio de cesantía los cuales se liquidarán con base en lo dispuesto en el artículo 125; pero, si se lee detenidamente este último texto de la Convención, se observa que no establece ninguna forma de liquidar los extremos aludidos, fórmula que sí la da el artículo 149. Así las cosas, concluir como lo hace el Tribunal que el envío al numeral 125, lo que permite es equiparar la jubilación con el despido por incapacidad prolongada con el consiguiente beneficio de seis meses de salario, esforzar la interpretación de los textos convencionales. En efecto, tal y como lo indica el representante legal de la Institución accionada, una cosa es la jubilación y otra muy distinta es el despido por incapacidad prolongada. En la primera situación se obtiene el derecho por el simple transcurso del tiempo; y en la segunda, de lo que se trata es de un despido cuando la incapacidad del servidor se prolongue por más de veinticuatro meses y en cuyo caso se le otorga un beneficio adicional que consiste en el pago de seis meses de sueldo completos. Aún cuando el apoderado del actor alega que son situaciones similares, aduciendo que quien llega a la edad de jubilarse tiene disminuidas sus facultades y por ello se asimila al caso del incapacitado, esta Sala no lo entiende en esa forma, pues lo que ocurre es que quien se incapacita por más de dos años para



trabajar sufre una situación que le impide efectuar sus labores por enfermedad o accidente, mientras que quien llega a determinada edad de acuerdo con la respectiva ley, obtiene el derecho al retiro, sin que ello quiera decir que ha sufrido menoscabo en su capacidad para el trabajo, el cual puede continuar realizando; y tan es así, que la gran mayoría de los jubilados continúan laborando, en tanto que el incapacitado no lo puede hacer por cuanto por enfermedad o accidente se ve impedido y de ahí que se justifique el reconocimiento de seis meses de sueldo adicionales. Consecuentemente, procede revocar la sentencia impugnada en cuanto otorga la indemnización adicional de seis meses de salario, debiendo confirmarse en lo demás.

6. Despido por incapacidad prolongada¹³

Al respecto la Sala ha establecido que si bien es cierto, dicho supuesto no se encuentra "contenido entre las causales del artículo 81 del Código de Trabajo, sí lo está en las del 80 como causa de terminación del contrato laboral, ajena a la voluntad de las partes", lo que hace concluir que "el supuesto del despido por enfermedad mayor de tres meses con el pago de los extremos correspondientes, es válido" por estar previsto en la legislación laboral (sentencia N° 4499-94). Como de la documentación que acompaña al libelo de interposición de este recurso se desprende que la autoridad recurrida procedió a dar por terminado el contrato de trabajo de la petente, porque ha estado incapacitada por enfermedad para desempeñar sus labores por un período mayor de tres meses, el amparo resulta improcedente, toda vez que de conformidad con los artículos 79 y 80 del Código de Trabajo, la incapacidad del trabajador por enfermedad comprobada que se extienda por un período mayor a los tres meses, provoca la extinción del contrato de trabajo con pago de prestaciones. Ahora bien, la determinación de la oportunidad y conveniencia de la decisión impugnada, constituye un asunto ajeno al ámbito de competencia de esta Jurisdicción, toda vez que lo alegado no envuelve cuestiones propias de constitucionalidad. Así las cosas, teniendo presente los argumentos esgrimidos anteriormente y habiéndose desvirtuado el supuesto sobre el que se fundamenta el accionante para alegar la violación de sus derechos, el recurso resulta improcedente y así debe declararse." (v. también en este sentido las sentencias #1798-2004 de las 14:36 horas del 24 de febrero, #831-2004 de las 15:00 horas del 18 de agosto y #12354-2004 de las 15:35 horas del 2 de noviembre, todas de 2004)

Tratándose aquí de un supuesto similar, donde la funcionaria acumuló en dos años laborales quinientos seis días de incapacidad, y se le despidió con base en la misma disposición del Código de



Trabajo, con el pago de las prestaciones de ley, procede desestimar el amparo.



FUENTES UTILIZADAS

-
- 1 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA. 7 de noviembre de 1949
 - 2 LEY N° 6227 del 02 de mayo de 1978
 - 3 LEY N° 2 del 27 agosto de 1943
 - 4 REGLAMENTO N° 7082 del 03 de diciembre de 1996
 - 5 LEY N° 1581 del 30 de mayo de 1953
 - 6 DECRETO EJECUTIVO N° 21 del 14 de diciembre de 1954
 - 7 SALA SEGUNDA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 424 de las diez horas del 1 de agosto del 2001.
 - 8 SALA SEGUNDA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 47 de las nueve horas con cincuenta minutos del 3 febrero de 2006.
 - 9 SALA SEGUNDA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 965 de las diez horas con veinticinco minutos del 10 de noviembre del 2004.
 - 10 SALA SEGUNDA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 442 de nueve horas del 20 de agosto del 2003.
 - 11 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N°: 756 de las nueve horas cuarenta minutos del veinte de diciembre del dos mil uno.
 - ¹² SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 024 de las nueve horas treinta minutos del veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y ocho.
 - ¹³ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 7096 de las catorce horas y veintiuno minutos del diecinueve de mayo del dos mil seis.