

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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: NATURALEZA DE LA LICENCIA DE EMBARAZO Y PERIODO DE LACTANCIA.

RESUMEN

El presente informe contiene un estudio acerca de la licencia de embarazo y el periodo de lactancia. El primer apartado hace referencia a la normativa del tema. El segundo apartado es doctrina referente a la trabajadora embarazada y la licencia de embarazo. Por ultimo se incluye jurisprudencia respecto a este tema, como el despido a la trabajadora embarazada, el aviso al empleador y la certificación medica y la naturaleza jurídica de la licencia de embarazo.

SUMARIO

Índice de contenido

NORMATIVA.....	2
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....	2
Código de trabajo.....	2
DOCTRINA.....	5
Ministerio de trabajo.....	5
Cual es la protección especial que tiene toda trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia?.....	5
Qué debe hacer la trabajadora si la despiden en estado de embarazo o en periodo de lactancia?.....	5
Cual es el procedimiento que deben seguir los(as) patronos(as) para solicitar la autorización para despedir a una trabajadora en estado de embarazo o en periodo de lactancia?.....	6
Qué es y hasta cuando se extiende el periodo de lactancia?.....	6
El (la) médico que emita el dictamen del periodo de lactancia debe ser de la Caja Costarricense de Seguro Social?.....	6
El cálculo del aguinaldo, de vacaciones, de preaviso y auxilio de cesantía se ven afectados por el tiempo que la trabajadora disfruto de licencia por maternidad?.....	7
Deben rebajarse cargas sociales del "salario" de la trabajadora durante los cuatro meses de licencia por maternidad?.....	7
JURISPRUDENCIA.....	7
Naturaleza Jurídica de la licencia de embarazo.....	7
Aviso al empleador y certificación medica.....	9

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Despido de trabajadora embarazada.....	9
Protección especial de la trabajadora embarazada.....	11
FUENTES UTILIZADAS.....	17

NORMATIVA

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹

ARTICULO 11

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular:

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella

3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Código de trabajo²

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

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

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

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

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

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

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

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

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCTRINA

Ministerio de trabajo³

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

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

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

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

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

Puede acudir ante la Inspección General de Trabajo, la cual realizara la investigación que corresponda sobre la denuncia. Si lo prefiere, puede acudir ante el juez de trabajo a solicitar su preinstalación inmediata. En caso de que la trabajadora no quiera ser reinstalada, además del preaviso, auxilio de cesantía, aguinaldo y vacaciones que pertinentes, su patrono (a) deberá pagarle las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

despido, hasta completar los ocho meses de embarazo. Si se tratara de una trabajadora en periodo de lactancia, además del preaviso, cesantía, aguinaldo y vacaciones a que tenga derecho, si renuncia a la preinstalación, le corresponderá una indemnización equivalente a diez días de salario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

JURISPRUDENCIA

Naturaleza Jurídica de la licencia de embarazo.⁴

IV.- Ya se adelantó que la trabajadora en estado de embarazo está cubierta por un fuero extraordinario que deriva de su derecho constitucional a una protección singular por parte del Estado y de la sociedad civil, al igual que del reconocimiento, a nivel internacional, de la función social de la reproducción. Al respecto, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6969, de 2 de octubre de 1984, y que, por su contenido en materia de derechos humanos, es un parámetro

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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

también salario, pero eso no es objeto de este asunto. No obstante, no huelga acotar al respecto que, desde la reforma introducida al ordinal 95 del Código de Trabajo, mediante Ley No. 7491, de 19 de abril de 1995, se desterró de su contenido la referencia al "subsidio" por maternidad.

Aviso al empleador y certificación médica.⁵

I.-El artículo 94 del Código de Trabajo, reformado por Ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990, que entró a regir el 26 de ese mismo mes, reza que: "Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido. Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social" (lo evidenciado no es del original). Y el 94 bis de ese mismo Código, -introducido también mediante dicha reforma-, agrega, en lo que interesa, que "La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, podrá gestionar ante el juez de trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos...En caso de que la trabajadora no optara por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo".

Despido de trabajadora embarazada⁶.

"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

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 gravedad 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 des-

pido 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 atenderse, 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. "

Protección especial de la trabajadora embarazada⁷

"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

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 \checkmark Convención de Belem do Para, adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA.) el 9 de junio de 1994 y aprobada por la Asamblea Legislativa, mediante la Ley N° 7499, del 2 de mayo de 1995, publicada en La Gaceta, N° 123, del 28 de junio de 1995 y con efectos a partir de su publicación, en cuanto propugna la eliminación de cualquier forma de violencia contra la mujer. Asimismo, la "Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer", ratificada por la Ley N° 6968, del 2 de octubre de 1984, también contiene importantes normas, relacionadas con esta concreta materia. Así, por ejemplo, en el artículo 11, se establece: " 1°.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano. / b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo. / c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al re adiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico. / d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo. / e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas. / f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. / 2°.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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,

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 cancela-

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

ción 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

Centro de Información Jurídica en Línea
Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

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 eruirse en obstáculos al ejercicio del derecho. En otros términos, es el hecho del embarazo o el hecho de la lactancia lo que impide al patrono despedir cuando no concurra falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del Código de Trabajo.- "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).

FUENTES UTILIZADAS

- 1 LEY N° 6968 del 02 octubre 1984
- 2 LEY N° 2 del 27 de agosto de 1943.
- 3 MINISTERIO DE TRABAJO DE COSTA RICA. Trabajadora embarazada.[en linea]
Consultado el 13 de febrero del 2007 en :
<http://www.ministrabajo.go.cr/Macros/Embarazada/embarazada.htm>
- 4 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 281 de las nueve horas del catorce de noviembre de mil novecientos noventa y siete
- 5 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 177 de las ocho horas diez minutos del veinte de agosto de mil novecientos noventa y tres.
- 6 SALA SEGUNDA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 424 de las diez horas del 1 de agosto del 2001.
- 7 SALA SEGUNDA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución N° 47 de las nueve horas con cincuenta minutos del 3 febrero de 2006.