
DAJ-AE-007-11
11 de enero de 2011

Señora (ita)
Margot Meléndez Matarrita
Alcaldesa a. i.
Municipalidad de Pococí
Presente

Estimada señora (ita):

Damos respuesta a su nota recibida en esta Dirección el 20 de agosto del 2010, mediante la cual consulta si tiene o no derecho a la incapacidad por maternidad una empleada de la Municipalidad que fue contratada bajo la modalidad de “Servicios Especiales”, que es un contrato de trabajo por tiempo definido. Inicialmente ella fue contratada por seis meses, luego se le prorrogó por cinco meses más, pero durante esta segunda prórroga informó que se encontraba en estado de embarazo, aún así, terminada esta segunda prórroga se le hizo una nueva ampliación del contrato por un mes más hasta completar el año. Manifiesta que la trabajadora presentó la incapacidad por maternidad, sin embargo, la misma no fue recibida por cuanto la Municipalidad no contaba ya con la plaza que ella ocupaba para el siguiente año. Desea se le aclare si la empleada tiene o no derecho a la incapacidad por maternidad.

COMPETENCIA DEL MINISTERIO DE TRABAJO

Es menester recordarle que de conformidad con los artículos 3 de la Ley Orgánica y 20 inciso c) del Reglamento de Reorganización y Racionalización, ambos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el 11 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección sólo es competente para atender y resolver consultas que se refieran a la aplicación de la legislación social o sobre la interpretación de las leyes de trabajo, seguridad y bienestar social y demás disposiciones conexas, que formulen las autoridades nacionales, las organizaciones de empresarios y trabajadores y las personas particulares.

Sin embargo pese a la anterior limitación, los criterios jurídicos son elaborados después de una profunda valoración y análisis, pero con la advertencia sobre la no vinculancia de los mismos para la Administración Pública, por cuanto no existe una norma legal que así lo autorice, razón por la cual, lo esbozado por este Ministerio en sus pronunciamientos es una manifestación de la forma correcta y legal en que deben ser interpretadas, a nuestro juicio, las normas y situaciones dadas en las relaciones laborales, de conformidad con el derecho laboral, y no de las normas que rigen para la Administración Pública.

Asimismo, se le recuerda que el Órgano Consultivo por excelencia para la Administración Pública es la Procuraduría General de la República, incluso, algunas situaciones puedan también ser analizadas por la Dirección General del Servicio Civil, tratándose de Municipalidades, se puede acudir también al Instituto de Fomento y Asesoría Municipal.

Hecha la anterior salvedad, procedemos a externarle el criterio de esta asesoría sobre la consulta planteada.

CONTRATO TEMPORAL O A PLAZO FIJO

Es principio generalizado, que todos los contratos de trabajo lo son por tiempo indefinido, sin embargo existen excepciones a dicha regla, las cuales solamente se permiten cuando se enmarcan dentro de los lineamientos que dicta la ley. El artículo 26 del Código de Trabajo¹, reconoce la posibilidad de contratar a plazo en los casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar, pero *si subsiste la causa que le dio origen y la materia del trabajo, el contrato se convierte en uno por tiempo indefinido*. En ese sentido la Doctrina ha indicado que:

“(…), para determinar la naturaleza ocasional o continuada de la prestación laboral, es “menester indagar si las tareas asignadas al trabajador responden a necesidades permanentes de la empresa, que lleva a considerar como intuitiva la posibilidad de una continuación de la relación; y ahí se encuentra el único modo de distinguir al trabajador transitorio del trabajador ocasional y del estable…”

***De las necesidades permanentes de la empresa** se parte para definir el trabajo continuo o por tiempo indeterminado como aquel en el cual, salvo las interrupciones que exigen el sueño, la fatiga corporal, los días festivos y circunstancias análogas, encuéntrase siempre empeñada la actividad del trabajador en su especialidad, con continuada dependencia jurídica y material con respecto al patrono (...). Como la excepción la constituye el contrato por tiempo determinado, corresponde al empresario o patrono demostrar en juicio*

¹ “Artículo 26.- El contrato de trabajo solo podrá estipularse por tiempo determinado en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos”.

que el trabajador fue contratado para tareas precarias”² (el resaltado es nuestro).

En ese mismo orden de ideas, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha analizado las características que debe tener la prestación del servicio para considerarse como un contrato temporal o a plazo fijo, las diferencias de este con el contrato a tiempo indeterminado y las consecuencias que pueden tener los patronos cuando celebran contratos al margen de la normativa que rige esos contratos, manifestando:

“Sobre este particular debe indicarse que nuestro ordenamiento jurídico establece un régimen de preferencia por el contrato por tiempo indefinido respecto del que pueda pactarse a plazo. Diferentes regulaciones marcan esa preferencia y evidencian la primacía del principio de continuidad. En efecto, el artículo 26 establece que el contrato sólo podrá pactarse por tiempo determinado cuando así proceda, según la naturaleza del servicio que se va a prestar, señalando que si cumplido el plazo subsisten las causas que le dieron origen y la materia de trabajo, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, en cuanto beneficie al trabajador, siempre que sea permanente la naturaleza de los trabajos. De igual manera, el artículo 27 ídem establece que el contrato de trabajo no puede pactarse por más de un año, salvo que se trate de servicios que requieran de preparación técnica especial, en cuyo caso, el contrato puede pactarse hasta por cinco años; estableciéndose la posibilidad de prórroga expresa o tácita de la contratación. El contrato por tiempo determinado, en consecuencia, está previsto a manera de excepción en nuestro ordenamiento legal y sólo resulta procedente en los casos en los que así está permitido. Tal regulación obliga al juzgador a hurgar en la realidad de los hechos a fin de determinar la verdadera naturaleza de la prestación contratada para a partir de ahí definir el carácter de la contratación. Ante esa situación, se concluye que lleva razón la parte demandada al señalar que la naturaleza de las labores encomendadas a la actora no eran las propias de una contratación a plazo definido, en la que concluidas las obras concluye la necesidad del servicio; sino permanentes. Al ser permanente la naturaleza de los servicios contratados, la verdadera naturaleza del contrato suscrito entre las partes era indefinida y por ello las indemnizaciones en corresponderle son las propias a este tipo de contrato, es decir, las establecidas por el artículo 29 del Código de Trabajo³”. (el resaltado es nuestro)

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho laboral, TOMO I, Buenos Aires, editorial Heliasta, S.R.L. Tercera edición 1992, pág., 599, 600.

³ Resolución 2004-00686 de las nueve horas cincuenta minutos del veinte de agosto del dos mil cuatro de la SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José.

De lo expuesto podemos concluir, que el contrato de trabajo a plazo fijo, se determinará no solamente por lo que hayan fijado las partes, sino por las circunstancias en la que se presta el servicio, el cual debe ser temporal y no puede ser del giro normal de la empresa, pues de lo contrario lo que priva es el principio del Derecho Laboral que en doctrina se ha llamado “*contrato realidad*”.

En virtud del Principio citado, no tiene relevancia lo que las partes, sea patrono y trabajador pacten, porque lo importante es lo que se presenta en la realidad laboral, y la intención de las partes viene a ser sustituida por la realidad, siempre y cuando favorezca al trabajador.

Jurisprudencialmente se ha reconocido el contrato realidad como una forma de protección contra aquellas contrataciones disfrazadas, con el objetivo de mermar los derechos de los trabajadores.

Ahora bien, entrándose de una institución pública, la diferencia de lo expuesto podría establecerse, mediante una normativa especial, como lo podría ser la que crea, como el caso de ustedes, varias plazas bajo la modalidad de servicios especiales.

Sin embargo, de acuerdo con su explicación de los hechos que motivaron las diferentes prórrogas del contrato de trabajo con la trabajadora en cuestión, pareciera desprenderse con claridad que se trata de plazas establecidas para atender funciones permanentes de la Municipalidad, lo cual no justificaría de modo alguno el contrato a plazo fijo.

RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO

La trabajadora embarazada y en período de lactancia tiene una protección especial establecida en los artículos 94 y siguientes del Código de Trabajo, en virtud del cual no podrá ejecutarse ningún despido en su contra salvo que se trate de falta grave, en cuyo caso deberá solicitarse la respectiva autorización a la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo de este Ministerio.

El artículo 94 del Código de Trabajo, dispone lo siguiente:

“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 a las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección de 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 del Seguro Social.”.

De acuerdo a la cita legal trascrita, existe prohibición expresa para que los patronos despidan a las trabajadoras embarazadas. Solo es admisible si se presenta solicitud de despido ante la Inspección de Trabajo, en cuya instancia deberán aportar todas las pruebas que demuestren la falta cometida por la trabajadora, y una vez aprobado el despido por dicha Inspección, será posible proceder al despido de la trabajadora.

En caso de no seguirse el procedimiento mencionado, el despido es ilegal y tendrá las consecuencias que señala el artículo 94 bis que establece:

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

Presentada la solicitud, el juez le dará audiencia al empleador en los siguientes tres días. Vencido este término, dentro de los cinco días siguientes, ordenará la reinstalación, si fuere procedente, y, además, le impondrá al empleador el pago de los salarios dejados de percibir, bajo pena de apremio corporal en caso de incumplimiento de cualquiera o de ambas obligaciones. El apremio corporal procederá contra el empleador infractor, o su representante, si se tratara de personas jurídicas, durante el tiempo que dure el incumplimiento, a requerimiento de la trabajadora o de la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo. En caso de que la trabajadora no optara por la reinstalación, el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía a que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo.

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

Lo que la normativa pretende, es impedir que el patrono despida a una trabajadora en estado de embarazo cuando no se está en presencia de una falta grave en los términos del artículo 81 del Código de Trabajo.

El legislador también procuró que la trabajadora en estado de gravidez sea acreedora a la protección contemplada en el artículo 51 de la Constitución Política y la legislación laboral, dándole un trato especial a la madre y por ende al bebé, quien sufre las consecuencias del despido de su madre y así evitar la discriminación en el trabajo por el estado de embarazo. Aunado a ello, evitar que los empleadores cuando conozcan el estado de embarazo de una de sus colaboradoras, no las despidan, y por ende burlen los derechos que le asisten a estas personas.

De acuerdo con lo expuesto y la información brindada por usted, pareciera que la contratación bajo la modalidad de “servicios especiales” no justifica la aplicación de la contratación a plazo fijo, por cuanto al indicarse que mediante presupuesto se crean plazas desde el 2009, que fueron prorrogándose y prorrogándose, es porque se trata de funciones necesarias y permanentes de la Municipalidad, salvo que en efecto se tratara de plazas creadas para cubrir una función temporal, que una vez finalizada, ya no se van a necesitar más.

En este sentido debe quedar claro que si no se justifica la aplicación de un contrato a plazo fijo, y más bien se determina que dicha plaza es para cubrir una función permanente, que deriva en un contrato a plazo indefinido, no se autoriza el cese de la trabajadora embarazada, porque se trataría de un despido absolutamente ilegal, máxime que según se desprende de su manifestación, no se le recibe la incapacidad, alegándole que “*por su condición laboral*”, no se le va a prorrogar el contrato, lo cual presume una aplicación absolutamente discriminatoria.

EN CONCLUSIÓN

Con fundamento en todo lo expuesto, esta Asesoría Jurídica considera:

- ❖ Que de acuerdo a su nota de consulta, el contrato suscrito entre la Municipalidad de Pococí y la trabajadora invocada, pareciera ser un contrato de trabajo por tiempo indefinido, y no como lo pactaron; sea un contrato por tiempo definido.
- ❖ Lo precedente debido a que la naturaleza del servicio que brinda esa trabajadora, que es Registradora de Bienes Inmuebles, es una función evidentemente permanente y dentro del giro normal de la Municipalidad, esto por cuanto usted misma indica en

su nota que la plaza “temporal” que ocupa, u ocupaba la trabajadora como Registradora había sido solicitada a la Administración Municipal -se presume que debe ser ocupada por un trabajador en forma permanente o “en propiedad”- además, el contrato fue prorrogado en varias ocasiones, esto prueba la necesidad de la realización de esa actividad. Recordemos que el contrato a plazo fijo procede de manera excepcional, dado que perjudica a los trabajadores por cuanto no les brinda la misma protección de derechos.

- ❖ El contrato que predomina es el contrato realidad, independientemente de que las partes lo hayan denominado como contrato a plazo fijo, lo que en la realidad se dio, fue un contrato por tiempo indeterminado.
- ❖ La Municipalidad debería poder contratar a plazo fijo, solo cuando que se trate de una necesidad que deviene de una circunstancia temporal y no sea permanente, por ejemplo, cuando se trate de contratar personas que sustituyan a trabajadores que se encuentran incapacitados o con licencias sin goce de salario, o simplemente que realicen trabajos especiales determinables en el tiempo, y que no superen el periodo de un año.
- ❖ Por ser el contrato por tiempo indefinido y por haber presentado la trabajadora comprobante del estado de embarazo dentro de la relación laboral, es que de acuerdo con el artículo 94 del Código de Trabajo supra transcrito, tiene derecho a que la Municipalidad de Pococí, como patrono, le cubra el período de incapacidad por maternidad.

De usted con toda consideración,

Licda. Shirley Bonilla Guzmán
Asesora

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefe a.i.

SBG/lsr
Ampo 9 F)