
DAJ-AE-146-08
26 de junio de 2008

Licenciada
Francela Conejo Jiménez
Directora Ejecutiva
Fundación Ser y Crecer
PRESENTE

Estimada señora:

Nos referimos a su nota, recibida en nuestras oficinas el 12 de junio del año en curso, mediante la cual solicita criterio jurídico, en relación con la situación que se expone a continuación:

La Fundación Ser y Crecer fue contratada mediante licitación con plazo de un año, por el Patronato Nacional de la Infancia, para ofrecer servicio de atención del proyecto "Recepción Técnica de Denuncias vía 9-1-1". La práctica de la fundación es liquidar todos los extremos laborales a los trabajadores, contra la finalización de cada licitación y por esa razón, el 4 de junio se dio aviso verbal del término de la relación laboral y se entregó el preaviso escrito en fecha 5 de junio. De manera posterior al comunicado verbal, una trabajadora informa a la coordinadora que está embarazada, información que es trasladada a la Dirección Ejecutiva el 5 de junio, cuando ya se había enviado a todas las despachadoras el preaviso. Dicha despachadora, no reúne el perfil requerido en la nueva licitación del Patronato Nacional de la Infancia, sea que no cuenta con el grado de licenciatura y además, en su estado resulta inconveniente la rotación en los diferentes turnos y por esa razón la Fundación descartó volverla a contratar.

El criterio solicitado, versa sobre la posibilidad de despedir a esa trabajadora y la obligación de recontractarla, aun cuando no se ajusta a los nuevos requerimientos de contratación establecidos por el PANI.

I.- SOBRE LAS FORMAS DE CONTRATACIÓN

Para el análisis de su consulta, resulta importante analizar lo que se entiende por contratos por tiempo indefinido y contratos a plazo fijo o por obra determinada.

Los contratos por tiempo indefinido son aquellos que se realizan con los trabajadores que van a cubrir las actividades permanentes de la empresa. De

esta manera, los trabajadores permanentes, como lo indica la doctrina¹, son aquellos que se incorporan a la empresa para trabajar satisfaciendo las necesidades normales, constantes y uniformes de ésta.

El contrato por obra determinada, es aquel que se celebra para satisfacer las necesidades que eventualmente se presenten en una empresa, y en la cual, sin previa fijación de tiempo, el objeto de la prestación personal del servicio subordinado es la misma obra producida.

Por su parte, los contratos por tiempo definido son aquellos que se dan en función de un período previamente estipulado (días, meses, años). Por el contrario, los contratos por tiempo indefinido, como su nombre lo dice, no están sujetos a limitación en el tiempo.

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 establece el artículo 26 del Código de Trabajo.

“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”.

De la norma se desprende que el contrato a plazo fijo, solo puede darse con el fin de realizar labores que son eminentemente temporales y, que una vez que venza el plazo, parece también su razón de ser.

La importancia de distinguir los contratos a plazo fijo o por obra determinada de uno por tiempo indefinido, radica esencialmente en el tipo de indemnización que corresponde en caso de finalización de la relación laboral. En los primeros, solamente existirá la posibilidad de indemnización en aquellos casos en que alguna de las partes unilateralmente decida poner término al contrato, antes de vencerse el plazo o de concluirse la obra, sin motivo alguno, pero si el contrato llega a su término normalmente, solo procede el pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales.

Por su parte, en los contratos por tiempo indefinido, al darse el rompimiento de la relación laboral sin justa causa, el trabajador tendrá derecho, de acuerdo al tiempo laborado, al pago del preaviso y auxilio de cesantía en los

¹ Cabanellas, Guillermo. “Tratado de Derecho Laboral. Doctrina y Legislación Iberoamérica”. Tomo II Derecho Individual del Trabajo. Volumen I Contrato de Trabajo. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 3° edición, 1988, p355.

términos que indican los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo, así como al pago de vacaciones y aguinaldo proporcionales.

2) SOBRE LA PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA.

La trabajadora embarazada y en período de lactancia, tiene una protección especial establecida en los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo, misma que es clara y general y fue dispuesta en cumplimiento del artículo 51 de la Constitución Política.

“Artículo 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 del 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.”

“Artículo 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...”

De conformidad con la normativa citada, es prohibido despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia; **SALVO POR CAUSA JUSTIFICADA EN FALTA GRAVE A LOS DEBERES DERIVADOS DEL CONTRATO CONFORME A LAS CAUSALES DEL ARTICULO 81 DE ESE MISMO CODIGO.** Esto significa que aún cuando la Ley prevé la protección especial para las trabajadoras en estado de embarazo o en período de lactancia, esa protección termina cuando la propia trabajadora incurre en alguna falta grave. Esto tiene su fundamento lógico en el hecho de que de lo contrario, las trabajadoras podrían abusar de la protección y daría cabida a una serie de abusos por parte de éstas lo que ocasionaría una total desprotección para el patrono que se enfrente a estas situaciones.

Sin embargo, para que el despido con justa causa esté ajustado a derecho, es necesario que el patrono siga los procedimientos que establece la Ley para ello. En este sentido el mismo artículo 94 nos dice que el patrono interesado deberá presentar una solicitud de despido ante la Dirección

Nacional e Inspección General de Trabajo, aportando las pruebas que demuestren la falta en la que está incurriendo la trabajadora, de esta manera, una vez que la citada Dirección lleve a cabo un procedimiento de investigación sobre el caso, decidirá si procede o no el despido.

Dicho en otras palabras, no es legal despedir a una trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia, si ésta no ha incurrido en alguna de las causales que establece el artículo 81 del Código de Trabajo y aún en el caso de haber incurrido en falta para despido, no procede el mismo si no se ha solicitado el permiso a la Inspección de Trabajo de este Ministerio.

En caso de que el patrono infrinja dicha disposición, se establece en la normativa de cita, que la trabajadora despedida, podrá gestionar ante el Juez de Trabajo su reinstalación inmediata en pleno goce de sus derechos. Junto con esa reinstalación, el Juez puede ordenar el pago de los salarios dejados de percibir bajo pena de apremio corporal en caso de incumplimiento. En caso de que la trabajadora no quiera ser reinstalada, el patrono deberá pagarle además de la cesantía, una suma por daños y perjuicios equivalente a los subsidios de pre y post parto y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar los ocho meses de embarazo.

Asimismo, debe indicarse que el fuero especial de la trabajadora embarazada, es un beneficio que alcanza únicamente a las trabajadoras contratadas por tiempo indefinido. Lo anterior, por cuanto al hablar de contrato a plazo fijo o por obra determinada, **no se puede hablar de despido, sino de un cese de la relación laboral, por haberse cumplido el plazo o realizado la obra encomendada.**

Entonces si no hay despido, no se le puede aplicar la protección que establece el artículo 94 del Código de Trabajo aquí estudiado, dado que esta norma establece una prohibición expresa de despedir a la trabajadora embarazada o en período de lactancia. Criterio que ha sido sostenido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al expresar:

“El cese de una relación laboral no constitutivo de despido ni con ánimo discriminatorio, sino, basado en un hecho objetivo, como lo es, el nombramiento en el puesto de otra persona en propiedad, no le es aplicable lo dispuesto en los artículos 94 y 94 bis aludidos, por no constituir este hecho un supuesto contemplado en los mismos...”²

En relación con el momento en que la trabajadora debe dar aviso al patrono de su estado de embarazo, es criterio de esta Dirección, así como la jurisprudencia relacionadas con la materia, que la trabajadora embarazada no está obligada a comunicar su estado antes de ser contratada ni durante la

² Resolución N° 95 de las 14:30 horas del 31 de marzo de 1998, que se refiere a trabajadoras contratadas a plazo fijo, para sustituir a otra trabajadora, que al momento de reintegrarse, se vence el plazo de dicho contrato.

relación laboral, ya que además de ser un aspecto íntimo, el mismo podría significar un impedimento para obtener el empleo o generar algún tipo de discriminación en el trabajo, razón por la cual, se considera que esta comunicación **únicamente** se requiere a efecto de obtener la protección que establece la legislación para las trabajadoras en estado de embarazo, lo cual podrá hacerlo incluso en el momento del despido o en las instancias judiciales y obtener su reinstalación con el pago de daños y perjuicios y salarios caídos correspondientes.

A efecto de completar nuestro criterio, resulta importante transcribir lo que sobre el tema, ha dispuesto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia:

V.- SOBRE EL DEBER DE DAR AVISO DE SU ESTADO DE EMBARAZO AL EMPLEADOR: *En el caso en estudio, la actora fue despedida –según el dicho de la demandada- por reorganización, encontrándose en estado de embarazo, y en esa misma fecha informó al empleador de su estado (folios 4 vuelto 32, 88 a 90, 127 y 128), por lo que el recurrente alega que la actora no ha actuado de buena fe, **tome nota el demandado que en estos casos no puede alegarse buena o mala fe de la parte actora, pues se trata de proteger el interés superior de la madre y del niño.** De acuerdo con la normativa aplicable, el empleador no podía despedirla, pues como se indicó supra existe un fuero especial de protección a la mujer embarazada. En situaciones semejantes, la jurisprudencia ha sido clara en indicar que no es procedente el despido cuando se trata de una servidora en estado de gravidez: **“Por ello, cuando una trabajadora es despedida por su patrono, por una de las causales del artículo 81 del Código de Trabajo, con cognición de su estado de gravidez, sin que se le siga el procedimiento administrativo determinado, tiene pleno derecho a ser reinstalada, o, en su defecto, si no opta por la reinstalación, a recibir las indemnizaciones que, por concepto de preaviso de despido y de auxilio de cesantía, le correspondan, así como los daños y perjuicios del numeral 94 bis, ya indicado; garantizados, en nuestra legislación laboral, como derechos irrenunciables (artículo 11 del Código de Trabajo), con mayor razón aún, si el despido no se sustenta en una de esas causales. Eso sí, es necesario, para ello, constatar en el proceso, que el patrono o su representante, estaba enterado de la gravidez de la trabajadora, ya sea, por ser evidente o bien, porque ésta así lo comunicó a cualesquiera de ellos, incluso en el instante mismo del despido; lo que puede acreditarse por cualquier medio de prueba. La certificación médica o la constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social, no tiene que ser aportada, necesaria y obligatoriamente, al momento de comunicarse el estado de gravidez; pues de mantenerse la relación laboral, ese requisito, meramente Ad probationem, bien puede cumplirse a posteriori; y, en caso de despido, ante las autoridades administrativa o***

judicial competentes. Así las cosas, si una trabajadora embarazada hace del conocimiento de la representación patronal, su estado de gravidez, en forma verbal o escrita y proceden a despedirla sin seguirle el procedimiento administrativo previo, dicha actuación se haría en contravención de las normas de equidad y de buena fe, que deben imperar en toda relación laboral y en violación del principio constitucional del debido proceso -se haya o no aportado los documentos enunciados-. Es evidente que, de actuar el empleador de esa manera, lo haría en forma no sólo ilegal sino dolosa, perjudicando a quien se encuentra amparada bajo el alero de una disposición que le es aplicable por su estado; pero que, en razón de haber omitido la presentación de un documento, se le intenta negar su protección, dejándola al arbitrio de patronos inescrupulosos, que buscan siempre cualquier medio para obviar el pago eventual de los subsidios por maternidad y por período de lactancia. De darse tal situación, no cabe la menor duda de que a la trabajadora se le deberán liquidar los salarios correspondientes al mes anterior y los tres posteriores al alumbramiento -pre y post parto-, y por concepto de daños y perjuicios los salarios que hubiere dejado de percibir, desde el momento del despido hasta completar ocho meses de embarazo. Resolver de otra manera, sería consentir que los patronos saquen provecho de su propia falta, al permitirles despedir a trabajadoras embarazadas después de enterarse de su estado; violentando así, derechos laborales fundamentales e irrenunciables, al inobservar los artículos 17 y 19 del Código de Trabajo, así como las normas que tienden a la protección social directa de la mujer e indirecta del niño, que por su naturaleza, son de orden público y de acatamiento obligatorio, para todos los patronos, pues tienen rango constitucional y legal. Ahora bien, cuando medie una causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato -causales establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo-, que faculte al empleador para dar por concluida la relación laboral y éste o el representante patronal sea conocedor del estado de gestación de quien será destituida, antes de ejecutar el despido, debe siempre hacer la gestión administrativa previa, ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, pero si, eventualmente, se desconociera el estado de gravidez y a la hora de ser cesada, en cumplimiento de la obligación de dar aviso de su estado, la trabajadora comunica al patrono, o a su representante, estar embarazada, el empleador deberá seguir, contra ésta, tal gestión administrativa. Sea que, para despedir o cesar a una trabajadora en estado de gravidez, no existe libre despido, por ello el empleador, de previo a hacer efectivo el mismo, con sustento en una de las causales del citado artículo, deberá realizar la gestión administrativa y comprobar allí, que la trabajadora incurrió en la falta que se le endilga -debido proceso...” (Sentencia 284 de las 11:00 del 18 de junio de 2003),

(En sentido similar ver las sentencias No.284 de las 11:00 del 18 de junio de 2003, No.15 de las 10:20 del 25 de enero de 2002, No. 379 de las 9:50 del 31 de julio de 2002 y No. 229 de las 9:00 del 17 de mayo de 2002, entre otras.)”³

Conforme con lo expuesto, resulta válido que la trabajadora que menciona, diera aviso de su estado de embarazo al recibir el preaviso verbal de la terminación de la relación laboral.

Según lo expuesto, es criterio de esta Asesoría, dado que de la consulta se desprende que la Fundación Ser y Crecer tiene por actividad habitual y permanente, prestar los servicios descritos en su nota, tendríamos que asumir que la labor es permanente y estaríamos en presencia de contratos por tiempo indefinido, de hecho por esa circunstancia es que cancelan todos los derechos y prestaciones laborales a los trabajadores, cada vez que termina una licitación. La irregularidad que observamos es la liquidación del personal cada vez que concluye una licitación, ya que esto conlleva el impedimento para los trabajadores de acumular antigüedad con el consiguiente perjuicio en las liquidaciones y además en su estabilidad laboral, es evidente que no existe ninguna intención de la empresa de liquidar definitivamente a sus trabajadores cada vez que les cancelan las prestaciones, por ello esta cancelación desde el punto de vista laboral es una evidente evasión de las obligaciones patronales en cuanto a la estabilidad laboral y antigüedad en el trabajo.

Por ende, existiendo una relación laboral por tiempo indefinido, la trabajadora que menciona estaría en todo su derecho de presentar la denuncia por despido injustificado y operarían todas las protecciones legales establecidas contra el despido injustificado de la trabajadora embarazada, tal como lo ha resuelto reiteradamente la Jurisprudencia.

En consecuencia, al no existir una causal de despido de las establecidas en el artículo 81 del Código de Trabajo y puesto que el cambio de los requerimientos establecidos por el PANI no obedece a una causa atribuible a la trabajadora, le recomendamos no realizar el despido y mantener en planilla a la trabajadora aunque el contrato suscrito con la empresa a la que le brindan el servicio haya concluido. Los problemas que tenga la empresa para ubicar a sus trabajadores no puede ser traslado a éstos, mucho menos tratándose de una trabajadora en estado de embarazo. Los contratos por tiempo indefinido le otorgan la protección a la trabajadora, y en este caso no podemos hablar de contratos a plazo fijo o por obra determinada, pues como dijimos, la actividad es permanente y no cumple los requisitos de este tipo de contratos especiales.

Por último, consideramos que es importante crear conciencia que la maternidad es un evento supremo, que garantiza la existencia humana y por consiguiente es en la etapa del embarazo cuando más necesidad de empleo tiene la mujer, para garantizar el ingreso con el que podrá alimentarse y cuidarse en dicho período y garantizar la salud del niño; es por ello que la

³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2004-00336

legislación nacional e internacional protege tanto a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo y debemos procurar contribuir con esa protección pues de lo contrario, serán los Tribunales de Justicia quienes obliguen a su acatamiento.

Aprovechamos la oportunidad para hacer un llamado al cambio de actitud hacia las trabajadoras en estado de embarazo, de manera que en lugar de buscar argumentos cualquiera para despedirla o ejecutar contrataciones fuera de la ley, se busque más bien otorgarle las condiciones laborales que ella necesita durante la maternidad.

De Usted con toda consideración,

Licda. Adriana Benavides Víquez
Asesora

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefe

Abv-ihb

Ampo 9-F