

Gestión N° DAJ-DAE-1526-13

Pronunciamiento N° DAJ-AE-335-13
18 de diciembre del 2013

Señor
Ricardo Medina Piedrahita
Dirección Nacional de Recursos Humanos
Asociación Cruz Roja Costarricense

Presente.

Estimado Señor:

Damos respuesta a su consulta recibida en ésta Dirección el día 18 de abril del año 2013, mediante la cual nos solicita indicar si existe algún reglamento, norma, directriz, etc., que justifique o que impida la reubicación del personal durante su periodo de embarazo, esto considerando que eventualmente podrían verse expuestas a situaciones o condiciones de riesgo propias de las actividades que ejecutan como socorristas y que posteriormente podrían generar daños a la integridad física de la funcionaria o del feto.

En primer lugar, consideramos procedente brindar las disculpas del caso por el atraso ocurrido en la evacuación de su consulta, la misma se debe a la enorme cantidad de consultas que se encuentra atendiendo ésta Asesoría Legal, en materia de derechos laborales.

- **Sobre el caso concreto.**

Para un adecuado desarrollo del tema en consulta, se estima procedente iniciar trayendo a colación lo referente al tema del "*Ius Variandi*".

El Ius Variandi, ha sido definido como: *“aquel derecho potestativo del empleador de modificar las condiciones de trabajo, dentro de ciertos límites, en cuanto a la forma y modalidades de la prestación.”*¹

Debe tomarse en cuenta que determinadas variaciones de la prestación de trabajo, tanto en su contenido como en sus condiciones, no son sustanciales y, en consecuencia, pertenecen a la esfera de la potestad de dirección del empleador, quien, en uso de su poder de *ius variandi*, puede concretar o especificar el contenido necesariamente genérico de la prestación laboral en el marco de un contrato que, como el de trabajo, es de tracto sucesivo o ejecución continuada en el tiempo.²

Según expone Rodríguez Pastor: *“El empresario tiene reconocido por el ordenamiento jurídico un poder de especificación o concreción de la prestación laboral (ius variandi) que implica la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo”*.³

Además, se ha dicho que: *“el ejercicio del jus variando se realiza mediante un acto o negocio jurídico unilateral recepticio: la declaración de voluntad del empleador de variar la forma o modalidades de la prestación laboral dirigida (notificada) al trabajador y que llega a su conocimiento, basta para que el cambio sea vinculante y despliegue todos sus efectos, sin precisarse, en ninguna circunstancia, que el trabajador exprese a su vez una nueva declaración”*.⁴

En el ámbito nacional, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia se ha referido al tema en numerosas ocasiones, para lo cual ha considerado:

¹ SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res: 2011-000727, de las nueve horas treinta y cinco minutos del siete de setiembre de dos mil once.

² SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Res: 2011-000727, de las nueve horas treinta y cinco minutos del siete de setiembre de dos mil once.

³ (Rodríguez Pastor, Guillermo. “La Modificación del horario del trabajo.” Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p. 48).

⁴ (SACO BARRIOS, Raúl. “Jus Variando. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral”. Lima, CIAT/OIT, 1993, p.165).

*“Con la locución latina ‘ius variandi’, se denomina la potestad, normalmente, del empleador, de modificar, en forma unilateral, las condiciones de la relación contractual, en el ejercicio de las potestades de mando, de dirección, de organización, de fiscalización y de disciplina que le confiere el poder directivo del que goza dentro de la contratación. Ahora bien, esta facultad, puede ejercerse en el tanto en que las medidas tomadas, no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni mermen los beneficios del trabajador. En efecto, si el patrono ejerce su derecho de manera abusiva o arbitrariamente, en perjuicio de los intereses del empleado, lo autoriza a éste a colocarse en una clara situación de despido injusto”.*⁵

Es importante, entonces, determinar en cada caso si el empleador ha ejercido sus potestades de dirección, fiscalización y organización en forma razonable o, si bien, ha existido una extralimitación capaz de modificar las condiciones esenciales del contrato de trabajo en perjuicio del trabajador, dado que, en este segundo supuesto, se estaría ante un evidente abuso del *ius variandi*, lo que implicaría la posibilidad del trabajador de dar por rota la relación laboral con responsabilidad patronal.

De este modo, tal y como lo ha dicho la Sala, además de que las modificaciones unilaterales que se introducen a la relación laboral, no pueden atentar contra las cláusulas del contrato, ni deben mermar los beneficios del trabajador, le corresponde al empleador además, acreditar la existencia de un motivo válido que justifique la necesidad de modificar las condiciones de la prestación de trabajo y en caso de que no acredite la realidad, y la necesidad objetiva de la modificación, ésta se entenderá abusiva y por ende injustificada.

⁵ (Voto número 300, de las 10:50 horas del 29 de septiembre de 1999). (En este sentido, consúltense también las sentencias de esta Sala, números 567 de las 9:15 horas del 8 de noviembre de 2002; 80 de las 9:50 horas del 22 de febrero de 2006; 227 de las 10:00 horas del 13 de abril y 294 de las 9:35 horas del 11 de mayo, estas dos últimas de 2007).

Ahora bien, de previo a armonizar el tema del Ius Variandi con la reubicación del personal femenino durante su periodo de embarazo o periodo de lactancia, se estima pertinente hacer la aclaración que a nivel nacional nuestro sistema jurídico no contempla una norma expresa que regule éste tipo de reubicaciones, sin embargo, a nivel internacional éste tema ha sido regulado a través del Convenio N° 183 denominado *“Convenio sobre la protección de la maternidad”* y las Recomendaciones 095 denominada *“Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952”* y la 191 denominada igualmente *“Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000”*, todas emanadas de la Organización Internacional del Trabajo, (OIT).

La Recomendación N° 183, denominada *“Convenio sobre la protección de la maternidad”*, vino a establecer a partir de su artículo 3° que: *“Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.”*

Asimismo, las Recomendaciones 095 y 191 denominadas ambas *“Recomendación sobre la protección de la maternidad”*, de los años 1952 y 2000, al tenor de lo dispuesto en el artículo 3° anteriormente transcrito, expresaron a partir de sus capítulos V. *“Protección de la Salud de las Mujeres durante el Periodo de la Licencia Maternidad”* (sic) y VI. *“Protección de la Salud”*, respectivamente lo siguiente:

“5. 1) El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de suerte que puedan disfrutar de períodos adecuados de descanso.

2) *El empleo de una mujer en trabajos considerados por la autoridad competente como peligrosos para su salud o la de su hijo debería estar prohibido durante el embarazo y durante tres meses, por lo menos, después del parto o durante más tiempo aún, si la mujer lacta a su hijo.*

3) *Los trabajos comprendidos en las disposiciones del apartado 2) deberían incluir, en especial:*

a) todo trabajo penoso:

i) que obligue a levantar, tirar o empujar grandes pesos;

(ii) que exija un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, incluido el hecho de permanecer de pie durante largo tiempo;

b) todo trabajo que requiera un equilibrio especial;

c) todo trabajo en el que se empleen máquinas que produzcan trepidación.

4) *Una mujer empleada habitualmente en un trabajo considerado por la autoridad competente como peligroso para su salud debería tener derecho a ser transferida, sin reducción de salario, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.*

5) *Dicho derecho de transferencia debería también concederse por razones de maternidad, en casos individuales, a cualquier mujer que presente un certificado médico en el que se declare que un cambio en la naturaleza de su trabajo es necesario en beneficio de su salud y de la de su hijo.”*

“6. (1) Los Miembros deberían tomar medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo. Los resultados de dicha evaluación deberían ser comunicados a la mujer interesada.

(2) En cualquiera de las situaciones enumeradas en el artículo 3 del Convenio o cuando haya sido determinada la existencia de un riesgo significativo, a tenor de lo dispuesto en el subpárrafo 1), deberían adoptarse medidas para que, bajo presentación de un certificado médico, se ofrezcan las opciones siguientes:

- (a) la eliminación del riesgo;*
- (b) la adaptación de sus condiciones de trabajo;*
- (c) el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o*
- (d) una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable.*

(3) Deberían adoptarse las medidas previstas en el subpárrafo 2) en particular cuando se trate de:

- (a) todo trabajo penoso que obligue a levantar, cargar, empujar o tirar de cargas manualmente;*
- (b) todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas;*
- (c) todo trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio;*
- (d) todo trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones.*

(4) Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado.

(5) La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto ello deje de encerrar un riesgo para su salud.

(6) La mujer debería poder ausentarse de su trabajo, cuando corresponda, después de notificar a su empleador, con la finalidad de realizar controles médicos relativos a su embarazo.

De las normas transcritas, se permite colegir la existencia de otro fuero de protección especial que encuentran las trabajadoras embarazadas o lactantes durante el desempeño del trabajo, además del ya conocido fuero de protección especial que las inhibe de ser despedidas, el cual radica en cuanto a la protección de la salud de la madre o del hijo.

Este fuero de protección radica en garantizar la protección de la salud de la mujer y su hijo a través de la adopción de medidas necesarias que procuren el no obligar a las mujeres en dichas condiciones a desempeñar trabajos que puedan resultar perjudiciales para la salud; que puedan resultar penosos, ya que las obliga por ejemplo a levantar, tirar o empujar grandes pesos manualmente, estar expuestas a temperaturas extremas o a vibraciones, o bien les exige un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, así como el tener que permanecer de pie o sentadas durante largos periodos de tiempo; o estar frente a la exposición de agentes biológicos, químicos o físicos que pueden ser peligrosos para sus funciones reproductivas.

Dentro de éste contexto, encontramos como medidas que procuran garantizar la seguridad de la madre y del hijo, la eliminación del riesgo, la adaptación de las condiciones de trabajo y el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o bien el otorgamiento de una licencia remunerada cuando dicho traslado no sea realizable.

Tendiente al derecho de las trabajadoras a ser transferidas a otro trabajo, debemos de acotar que para los efectos de que dicha variación no resulte perjudicial para la

trabajadora y por ello no revista en constituir un Ius Variandi Abusivo, éste debe obedecer primeramente a razones de maternidad y el mismo a la hora de concretarse no debe incurrir en detrimento de las condiciones laborales originalmente pactadas, así como en una reducción del salario de la trabajadora.

Lo anterior, obedece al hecho de que las modificaciones unilaterales que se introduzcan a la relación laboral, no pueden atentar contra las cláusulas del contrato, ni deben mermar los beneficios del trabajador, correspondiéndole al empleador además, acreditar la existencia de un motivo válido que justifique la necesidad de modificar las condiciones de la prestación de trabajo; debiendo conservar la mujer el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto se deje de encerrar un riesgo para su salud o la de su hijo.

Asimismo, se debe indicar que los alcances del derecho de transferencia o reubicación aludido debería también concederse por razones de maternidad, en casos individuales, a cualquier mujer que presente un certificado médico en el que se declare que un cambio en la naturaleza de su trabajo es necesario en beneficio de su salud y de la de su hijo, o porque existen razones evidentes de riesgo por las labores que realiza.

Partiendo de todo lo anterior, debemos indicar entonces que la reubicación temporal del personal femenino de la Cruz Roja Costarricense, durante su periodo de embarazo e incluso durante el tiempo de la lactancia, esto último, en caso de que fuere necesario, podría verse justificado siempre y cuando existan las motivaciones válidas que acrediten dicha variación, tales como la exposición al desarrollo de actividades físicas que involucren el levantamiento de pesos, ejecución de movimientos y demás acciones propias de la prestación de servicio como socorrista que pudieran generar daños en la integridad física de la trabajadora y del feto; y además en el entendido de que las modificaciones unilaterales que se introduzcan a la relación laboral, no atenten en contra de las cláusulas del contrato, ni mermen los beneficios de la trabajadora,

debiéndosele garantizar a ésta la posibilidad de reincorporarse a su trabajo tan pronto se extingan las condiciones de riesgo para su salud o para la de sus hijos; ya que de lo contrario se incurriría en un Ius Variandi Abusivo, lo cual es ilegal y pone a la trabajadora en un estado de despido injusto.

Cordialmente,

Licda. Ivania Barrantes Venegas. Asesor

Jefa

RPM/lsr
Ampo. 4-D