

DAJ-AE-451-06
21 de junio de 2006

Señor
Julio Román Jiménez
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 27 de febrero del año en curso, mediante el cual nos solicita, resolver sus consultas sobre el despido de mujer embarazada durante el periodo de prueba.

Previo a dar respuesta expresa a sus consultas, es importante que usted conozca sobre los derechos que le asisten, de forma tal, que los pueda ejercer.

PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA MUJER EMBARAZADA O EN PERIODO DE LACTANCIA

En primera instancia es importante que usted sepa que existe una PROTECCIÓN ESPECIAL, por el hecho de ser trabajadora embarazada. En este sentido, el particular, **el artículo 94 del Código de Trabajo** textualmente 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 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.” (el destacado es nuestro)

De acuerdo a la cita legal expuesta, existe una prohibición expresa para que los patronos despidan a las trabajadoras embarazadas, salvo que se compruebe que cometió alguna de las causales imputadas en el artículo 81 del Código de Trabajo.

Es por ello, que para poder despedir a una mujer embarazada o en período de lactancia, TIENE QUE PRESENTARSE SOLICITUD PARA DESPEDIR ante la Inspección de Trabajo, donde el patrono está obligado a demostrar la falta.

La intención del legislador con estas disposiciones legales, es otorgar a la trabajadora en estado de gravidez y en período de lactancia la protección contemplada en el artículo 51 de la Constitución Política, 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 o por la lactancia.**

Ahora bien, en relación el despido de una mujer embarazada durante el periodo de prueba, el voto 2004-00336 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia manifestó al respecto que:

"IV.- SOBRE EL DESPIDO POR ESTADO DE GRAVIDEZ: El Estado Costarricense confiere una protección especial a la familia, así lo define el artículo 51 de la Constitución Política :

"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido."

*Esta protección se expresa mediante la cobertura a la madre y al niño que se consagran como derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política. Es por ello que existe un fuero especial de protección en muchos aspectos, en aras de tutelar el interés superior del niño, aun si éste no ha nacido, por esta misma razón se protege a la mujer embarazada. Este principio constitucional ha sido desarrollado en la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, N° 7142, del 2 de marzo de 1990, y mediante la reforma al Código de Trabajo, específicamente al artículo 94, y la adición del artículo 94 bis, modificaciones cuyo fundamento es el artículo 32 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como "Convención de Belem do Pará". Mediante esta reforma se fortaleció la protección a la mujer, estableciéndose la garantía especial para las trabajadoras en estado de gestación o en período de lactancia. El artículo 94y 94 bis del Código de Trabajo indica (...) **El***

mismo artículo señala que si la trabajadora no aceptara la reinstalación, el patrono deberá pagarle la indemnización por cesantía a la que tuviere derecho, y como pago por daños y perjuicios, la cancelación de las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto, así como los salarios que haya dejado de percibir, desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo" (el destacado es nuestro).

En este sentido, se desprende que la protección a la mujer embarazada inicia desde el período de prueba y se debe de acreditar alguna de las causales *supra* citadas del artículo 81 del Código y seguir el proceso de autorización de la Inspección Laboral de este Ministerio.

A mayor abundamiento, es importante que usted sepa, que aunque la persona tenía muy pocos días de haber iniciado sus labores, ella tiene la protección constitucional que le indicamos anteriormente. Sin embargo, también es importante que usted conozca el criterio de la Sala Segunda, que en el voto *supra* citado indicó:

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.)
Aduce al recurrente que:

“...la actora comunicó su estado de embarazo una vez que ella aceptó su despido (ya había cobrado sus prestaciones), sea que la relación laboral ya había terminado.” (folios 32 y 206)

Esta afirmación tampoco exime de responsabilidad a la recurrente porque aún si esto fuera cierto, el empleador pudo modificar el despido, evitando la vulneración de los derechos de la trabajadora. El recurrente invoca como fundamento del despido, que fue por reorganización, motivo que no es congruente con los hechos, pues como el mismo lo indica, la trabajadora tenía únicamente tres semanas de trabajar, y es claro que cuando se contrata a una persona es porque se requieren sus servicios, por lo que resulta poco creíble que se le contratara, y a las tres semanas se hiciera una reorganización para prescindir de sus servicios. También son contradictorias las manifestaciones de la recurrente, pues mientras afirma que el despido fue por motivo de reorganización, indica que:

“La actora tenía apenas tres semanas de laborar, ya había faltado una tarde, además, no nos satisfacía su labor, por lo tanto al estar en el llamado período de prueba decidimos prescindir de sus servicios, precisamente por reorganización de personal, sea

para contratar nuevo personal que si cumpliera con nuestras expectativas...” (folios 31 y 203) (el énfasis es agregado)

Todas estas contradicciones muestran una actuación ilegítima de la demandada, tendente a vulnerar el derecho de la trabajadora, mediante un ejercicio abusivo de su derecho, ante situaciones semejantes, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido:

La teoría del abuso del derecho, de gran desarrollo doctrinario, tiende a reprimir el egoísmo, la mala fe y cualquier móvil ilícito, en el ejercicio de los derechos por los particulares, de modo y manera que el uso de los derechos subjetivos no impida el cumplimiento de la función que las instituciones jurídicas buscan cumplir en el entorno social donde se originan; y tal doctrina ha sido de amplia recepción en el Código Civil, con normas de contenido muy amplio, que permiten la solución de las consecuencias nacidas de cualquier ejercicio ilícito de los mencionados derechos. Tales normas son las siguientes: "Artículo 20.- Los actos realizados al amparo del texto de una norma, que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de la ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Artículo 21.- Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe. Artículo 22.- La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial de éste. Todo acto u omisión en un contrato, que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero o para la contraparte, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". (Sentencia 177 de las 8:10 del 20 de agosto de 1993.)"(el destacado es nuestro)

En conclusión, de conformidad con lo expuesto, se concluye que es ilegal el despido de persona trabajadora en estado de gravidez, se encuentre o no dentro del período de prueba, ya que ello constituye flagrante violación de los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo, pues el hecho **de estar en período de prueba no es argumento válido para perder esa protección**, ya que dicha norma no excluye a la trabajadora embarazada cuando está en período de prueba, y no podría hacerlo porque implicaría un trato discriminatorio en relación con otras embarazadas que han superado dicha prueba. Nótese que estamos ante un fuero especial que tutela intereses superiores de orden constitucional que trascienden el tema de la antigüedad en el empleo, en consecuencia, lo procedente es no despedirla, salvo que la trabajadora incurra en alguna de las conductas del artículo

81 del Código de Trabajo y se efectúe el procedimiento administrativo en la Inspección de Trabajo de este Ministerio.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Licda. Ivania Barrantes Venegas
JEFE a.i.

IBV/ihb
Ampo 3 C)., 9 c), f),