

DAJ-AE-81-06
7 de febrero del 2006

Señor
Roy Maynard, Gerente General
Dimsa Software
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su correo electrónico recibido en nuestras oficinas el 26 de octubre del año en curso, mediante el cual nos solicita, resolver sus consultas sobre la posibilidad de despedir a una mujer embarazada por reestructuración interna y pagándole todos los montos de ley: cesantía, preaviso, vacaciones y aguinaldo.

Previo a dar respuesta expresa a sus consultas, es importante que usted conozca sobre los derechos que le asisten a la mujer en período de lactancia, de forma tal, que los pueda respetar y garantizar.

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, el cual establece como causales las siguientes:

"a- Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores de forma abiertamente inmoral, acuda a la calumnia, injuria, o vías de hecho contra su patrono.

b- ... cometa alguno de los actos del inciso anterior contra de sus compañeros, durante el tiempo que ejercite su trabajo, siempre que como consecuencia se altere gravemente la disciplina y se interrumpen sus labores.

c- ... cuando fuera de su trabajo acuda a la injuria, calumnia o las vías de hecho contra su patrono o contra los representantes de éste en la dirección de las labores, siempre que dichos actos no hayan sido provocados y que como consecuencia de ellos se haga imposible la convivencia y armonía para la realización del trabajo.

d-cometa algún delito o falta en perjuicio directo del patrono o cuando cause intencionalmente un daño material en las máquinas, herramientas, materias primas, productos y demás objetos relacionados en forma inmediata e ineludible con el trabajo.

e- -....cuando revele secretos a que alude el inciso g del artículo 71

f- ... comprometa con su imprudencia o descuido absolutamente inexcusables, la seguridad del lugar donde se realizan las labores o la de las personas que allí se encuentran.

g- ... cuando deje de asistir al trabajo sin permiso del patrono, sin causa justificada durante dos días consecutivos o durante más de dos días alternos dentro del mismo mes calendario.

h-... se niegue de manera manifiesta y reiterada a adoptar las medidas preventivas o a seguir los procedimientos indicados para evitar accidentes o enfermedades; o cuando el trabajador, se niegue en igual forma a acatar, en perjuicio del patrono, las normas que éstos o sus representantes en la dirección de los trabajos le indiquen con claridad para obtener la mayor eficacia y rendimiento en las labores que se están ejecutando.

i-... cuando después de que el patrono lo aperciba por una vez, incurra en las causales previstas por los incisos a,b,c y d, del artículo 72.

j-... cuando al celebrar un contrato haya inducido en error al patrono pretendiendo tener cualidades, condiciones o conocimientos que evidentemente no posee, o presentándole referencias o atestados personales cuya falsedad éste en juego compruebe, o ejecutando su trabajo en forma que demuestre claramente su incapacidad en la realización de las labores para las cuales ha sido contratado.

k-... sufra prisión por sentencia ejecutoriada.

I-... incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le impone el contrato.

Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes."

Es por ello, para poder despedir a una mujer embarazada o en período de lactancia, como es el caso que usted plantea, tiene que existir alguna de las causales taxativas que se enunciaron y deben ser demostradas en el informe rendido por un inspector de trabajo de la Dirección Nacional de Inspección General de Trabajo, con el objeto de que se pronuncie sobre la procedencia del despido. Esto implica que de previo al despido usted debe solicitar la autorización ante la Inspección de Trabajo.

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.**

PERÍODO DE LACTANCIA

En relación con el periodo de lactancia, le informamos que la trabajadora embarazada y en periodo de lactancia tiene una protección especial establecida en los artículos 94 y 94 bis, y del Código de Trabajo, misma que es clara y general y fue dispuesta en cumplimiento del artículo 51 de la Constitución Política; **que establecen una prohibición de despedir a la mujer trabajadora que se encuentre en periodo de lactancia, y nuevamente se establece la salvedad de que la trabajadora haya incurrido en alguna falta establecida en el numeral 81 del Código de Trabajo.**

Por otra parte, el artículo 95 del mismo cuerpo legal establece:

***“Artículo 95:** La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto, y los tres meses 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.”*

Como vemos de la normativa anterior se desprende que existen dos períodos de lactancia de la persona menor de edad:

1. **Periodo post- parto:** Se entiende que son 3 meses siguientes a la fecha del parto (incapacidad natal); el cual, por disposición legal, se tiene como período mínimo de lactancia.
2. **Periodo durante el cual la madre alimenta a la persona menor de edad por medio de leche materna:** Se da a partir del momento en que la trabajadora reinicia su trabajo y comprende los meses que el médico especialista recomienda como necesarios para este tipo de alimentación.

Durante ambos períodos existe la prohibición para el patrono de despedir a la trabajadora **si no media justa causa**; lo que significa que si el despido ocurre, la trabajadora puede solicitar la reinstalación en su puesto o el pago de sus derechos laborales. De esta forma, **si la trabajadora no opta por su reinstalación**, se le deberá cancelar vacaciones, aguinaldo proporcional, la cesantía y el preaviso, el monto de diez días de salario por concepto de indemnización por daños y perjuicios según lo dispone el artículo 94 y tomando como base el total del salario devengado y no sólo el 50% que el patrono pagó durante la licencia por maternidad.

De las anteriores normas se desprende que es de vital importancia, para el legislador, el período de lactancia que sobreviene inmediatamente después de la licencia postnatal, y que se otorga en calidad de prórroga.

Sin embargo, es importante tener presente también, que la letra de la ley es sumamente escueta en su enunciado, posiblemente porque la materia que trata no puede ser regulada fríamente por la ley, sino que debe quedar al criterio técnico de una persona “*especialista*”, la forma y circunstancias de su otorgamiento.

Es por ello que simplemente se dispuso que el período inicial podrá prorrogarse, pero no se indica hasta dónde, por cuanto es el médico con especialidad en pediatría, quien estará facultado para definir el período de duración de este beneficio, con sustento en las condiciones y necesidades del infante-lactante y de la madre, pues fácilmente podemos deducir que en este aspecto no hay un término definido y todos los casos requieren un estudio y análisis específico y personalizado.

Ahora, la disposición legal supratranscrita expresamente señala que se requiere de “prescripción médica”, lo que se traduce en un documento que por su idoneidad tenga fe pública, tal es el caso del dictamen que emite un profesional en esta especialidad, y el cual no puede ser cuestionado, **salvo por fallo judicial**.

Podemos concluir sobre este aspecto, que el documento que indique el período de lactancia que requieren madre e hijo o hija deberá ser expedido por un especialista en pediatría, atendiendo al interés del infante, y debe ser idóneo para los efectos requeridos, es decir, puede tratarse de una certificación o dictamen emitido con los requisitos de forma y fondo necesarios para que tenga fe pública, independientemente si se trata de un especialista en consulta privada o de la Caja Costarricense del Seguro Social.

Por lo tanto, si la trabajadora aporta el un dictamen médico de un médico especialista en pediatría, en el que se recomienda el período de lactancia, se encontrará protegida para el no despido según nuestra legislación.

En conclusión, y contestando su consulta, le informamos que la mujer en período de lactancia tiene derecho a tres meses de período de duración de la lactancia en el período post-parto, pero podrá extenderse durante todo el tiempo que el médico especialista certifique para esos efectos, en cuyo caso no hay un límite máximo. Además, hay que considerar que durante todo el período de lactancia, la mujer se encuentra protegida por la prohibición del artículo 94 del Código de Trabajo, por lo cual no la pueden despedir.

Repetimos entonces que, existe una prohibición de despedir, aún pagando prestaciones, a una trabajadora embarazada o en período de lactancia, a menos que se incurra en una causal del artículo 81 supra citado, sin embargo, la razón que usted menciona es la reestructuración interna, lo cual **no es una causal de despido y en caso de que hubiera sido otra que si estuviera contemplada en dicho artículo, tiene que ser comprobada por la Inspección Laboral del Ministerio de Trabajo. Esto con la finalidad de evitar los despidos encubiertos y prevenir que se despida por razones de discriminación a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, como es el presente caso.** En suma, no puede despedir por esa razón a la trabajadora embarazada ni siquiera pagando las prestaciones, tanto porque es prohibido por ley, como por el hecho de que la trabajadora puede pedir la reinstalación ante los Tribunales de Justicia.

De usted con toda consideración,

Dra. Priscilla Solano Castillo
ASESORA

Licda. Ivania Barrantes Venegas
JEFE a.i.

PSC/ihb
Ampo 8 C).