

DESPIDO DISCRIMINATORIO DE TRABAJADORA EN PERÍODO DE LACTANCIA. REINSTALACIÓN.

VOTO N° 000040-2015
DE LAS 10:05 HRS
DEL 14 DE ENERO DE 2015

[...]

“III.- La Constitución Política dedica el Título V, a la tutela y a la protección de los derechos y de las garantías sociales. En el Capítulo Único de dicho Título, está el artículo 51, que consagra a la familia como el elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, estableciéndole un derecho de protección especial por parte del Estado derecho que, expresamente, se hace extensivo a la madre, al niño, al anciano y al enfermo desvalido. La denominada Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, número 7142 del 2 de marzo de 1990, que vino a desarrollar, en parte, aquel numeral 51 constitucional y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem do Pará”, mediante el numeral 32, reformó, entre otros, el artículo 94 del Código de Trabajo e introdujo el numeral 94 bis, estableciéndose aquella protección especial para las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia. En efecto, ese artículo 94, establece una prohibición para el empleador, de despedir a las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, salvo el caso de la comisión de una falta grave, respecto de los deberes originados en el contrato de trabajo, según el numeral 81 ídem. Dicha norma establece: *“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 del 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 de Seguro Social”*. Por su parte, el 94 bis íbidem establece el derecho de la trabajadora, despedida en contra de lo regulado en el 94 anterior, a ser reinstalada en el puesto que desempeñaba, con el pleno goce de todos sus derechos: *“La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuese 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 ese 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 tratare 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...”. Para resolver con acierto el punto que se somete a estudio, a saber, la interpretación que se ha dado a los alcances del derecho a la reinstalación y de los salarios caídos previsto en la norma citada, debemos siempre tomar en consideración que nuestro ordenamiento jurídico garantiza la igualdad entre hombres y mujeres y particularmente el derecho de estas últimas, a vivir en un ambiente libre de violencia y de cualquier tipo de discriminación. En consecuencia, la mujer tiene, en igualdad de condiciones con los hombres, derecho a acceder a los puestos de trabajo y es deber de todos reconocerlo así como sancionar conforme al ordenamiento jurídico a quienes incurran en prácticas que tengan un fin distinto al apuntado. El trabajo en tanto derecho humano, no le puede ser negado por el hecho del embarazo, acto discriminatorio que desconoce la maternidad como función social (artículos 33, 51 (ya aludido) y 56 de la Constitución Política). De ahí que, el problema de la discriminación en contra de las mujeres, ha merecido un tratamiento especial por parte de la normativa internacional, en procura de erradicarla. Para los efectos del caso que nos ocupa, interesa acudir al Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la discriminación (empleo y ocupación), ratificado por Ley número 2848, del 26 de octubre de 1961, el cual en su artículo 2 dispone que los países Miembros para los cuales esté en vigor el instrumento, se obligan a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en empleo y ocupación, con el fin de eliminar cualquier discriminación a este respecto. Esa norma debe relacionarse con el artículo 1°, referido a los alcances del término discriminación, entendiendo por tal: cualquier distinción, exclusión o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, religión,

opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por afecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Por otro lado, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos (introducida al ordenamiento jurídico interno por Ley número 4524 del 23 de febrero de 1970), consagra el principio de igualdad ante la ley y de la no discriminación; el numeral 6 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “CONVENCIÓN BELEM DO PARA”, ratificada por Ley número 7499, del 2 de mayo de 1995, establece el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, el cual incluye, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación. En ese mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por Ley número 6968, del 2 de octubre de 1984, se ocupa particularmente del trato discriminatorio de la mujer en estado de embarazo. Así, su artículo 11, textualmente dispone: “1. Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes, tomarán medidas adecuadas para: a) **Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad** y a la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) **Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;** c) **Alentar el suministro de los servicios sociales de**

apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella...” (énfasis agregado). También la Sala Constitucional ha indicado que la protección dispuesta en el Código de Trabajo, para la trabajadora embarazada o en período de lactancia gira en torno “...a los obvios fines de la Ley: A) *Es prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia pero no se ha garantizado su inamovilidad: El despido es procedente si el patrono comprueba una falta grave de la trabajadora en los términos del artículo 81 del código laboral, de igual forma que el ordenamiento prohíbe el despido de trabajadores porque ejerciten sus libertades sindicales o políticas, pero no impide que si el patrono comprueba una falta grave a los deberes derivados del contrato, puede ejercer su potestad de despido. Un equilibrio dinámico e histórico entre los factores de la producción, con un marco razonable de configuración por parte del legislador, es tutelado por el artículo 74 constitucional. B) Las disposiciones constitucionales y legales que amparan a la madre y al niño no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora...*”. Así las cosas, queda claro que la normativa contenida en el Código de Trabajo, interpretada conforme con las normas constitucionales y de Derecho Internacional ratificadas por Costa Rica y, por ende, con autoridad superior a la ley ordinaria (artículo 7 constitucional), responde a una voluntad indiscutible del legislador para brindar una especial protección a la trabajadora en estado de embarazo o en período de lactancia, que tiene un indiscutible propósito, la erradicación de una práctica discriminatoria que históricamente la ha afectado en muchos ámbitos, pero, particularmente en el laboral, con vulneración, como se dijo, de sus derechos como ser humano y que por el hecho de ser tal le deben ser reconocidos sin distingo alguno. De ahí que, el despido de una trabajadora embarazada sin seguir el procedimiento establecido en la legislación ordinaria y calificado como discriminatorio, supuesto del que se conoce, deba siempre considerarse un despido nulo. En ese mismo sentido se legisló, en términos generales, desde el año 1961. Así, la Ley número 2694, del 22 de noviembre de 1960, denominada Ley Sobre la Prohibición de la Discriminación en el Trabajo (inspirada en el artículo 56 de la Carta Fundamental, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Convenio III y Recomendación III adoptados por la

Organización Internacional del Trabajo), dio cuenta en el artículo 1, de lo siguiente: “*Prohíbese toda suerte de discriminación, determinada por distinciones, exclusiones o preferencias, fundadas en consideraciones sobre raza, color, sexo, edad, religión, estado civil, opinión política, ascendencia nacional, origen social, filiación o situación económica, que limite la igualdad de oportunidades o de trato en materia de empleo u ocupación*”. Y, el numeral 3 siguiente, dispone: “*En cuanto al Estado, sus instituciones y corporaciones, todo nombramiento, **despido**, suspensión, traslado, permuta, ascenso o reconocimiento que se efectúe en contra de lo dispuesto por la presente ley, será **anulable** a solicitud de parte interesada; y los procedimientos seguidos en cuanto a reclutamiento o selección de personal carecerán de eficacia en lo que resulte violatorio de esta ley*” (énfasis suplido). Esa norma general aún vigente es clara y como la discriminación por razones de embarazo puede calificarse como una discriminación por razones de sexo, no hay duda alguna que en iguales términos debió interpretarse la norma especial analizada (artículo 94 bis del Código de Trabajo). Lo anterior, es así, en atención al espíritu protector de la norma, tendente a evitar la discriminación por razón del embarazo, y de conformidad con los principios que orientan las obligaciones de empleadores y trabajadores (artículos 1° y 19 del Código de Trabajo), así como los que rigen la aplicación de la normativa laboral (artículo 17, ídem), por lo que debe concluirse que el despido en estos casos es un despido nulo con todas las consecuencias que ello trae consigo. Se insiste, de lo que se trata, en el caso de un despido discriminatorio es del odioso desconocimiento de un derecho humano, que acarrea su nulidad, precisamente, por contrariar los principios democráticos básicos que sustentan el ordenamiento jurídico; derecho que ha sido tutelado por la comunidad internacional. Ahora bien, los efectos de esa nulidad no pueden limitarse, como se ha hecho, pues, entonces, realmente no se estaría restableciendo justamente a la afectada en el goce del derecho; es decir, en el estado en que se encontraba con anterioridad al hecho dañoso. El artículo 627 del Código Civil dispone que para la validez de las obligaciones es indispensable la existencia de causa justa; la que en el caso de un despido discriminatorio evidentemente no existe. Seguidamente, el numeral 835 de ese mismo cuerpo normativo establece que hay nulidad absoluta de los actos o contratos cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia, como resulta ser el caso que nos ocupa. Por último, el artículo 844 da cuenta de los efectos de la declaratoria de nulidad: “*La*

nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo...”. Esas normas encuentran aplicación a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Código de Trabajo y constituyen una fuente importante para visualizar los verdaderos alcances de la reinstalación como efecto de la nulidad a la que se alude en el numeral 94 bis, que a su vez armoniza no sólo con la cantidad de normativa a la cual ya se ha hecho mención, sino, también, con el principio de que las normas, en tratándose de derechos fundamentales, deben interpretarse en pro de garantizar el derecho y no en su detrimento.

IV.- El recurrente advierte ante esta Sala, que el Tribunal realizó una valoración errónea de la prueba, pues de ella claramente se desprende que la actora disfrutó el período de maternidad hasta el 27 de setiembre de 2011, razón por la cual al momento del despido, el 29 de setiembre de ese año, razonablemente debía presumir que ella se encontraba en período de lactancia. En instancias anteriores se tuvo por probado que la señora [Nombre 001] inició labores con la empresa demandada el 23 de julio de 2010, donde realizaba trabajos de Coordinadora de Eventos Especiales y de donde fue despedida el 29 de setiembre de 2011, por borrar, supuestamente, el 4 de mayo de 2011, de forma voluntaria y arbitraria información de la computadora portátil que su patrono le había facilitado. El punto medular del presente asunto radica en determinar si a la señora Jiménez Mora la cobijaba el fuero de protección establecido en los numerales 94 y 94 bis del Código de Trabajo, que indica que para que un patrono pueda despedir legítimamente a una mujer en período de lactancia, debe primero acudir al Ministerio de Trabajo, de lo contrario el despido sería nulo y la consecuencia de tal nulidad, la reinstalación de la trabajadora. Considera esta Sala que el despido de la actora fue discriminatorio, en contravención de lo estipulado en el Código de Trabajo y en la normativa internacional citada en el considerando anterior, por las razones que a continuación se expondrán. Aplicando los principios de la lógica y la experiencia, resulta razonable suponer que una mujer que se reincorpora a la actividad laboral luego de gozar de los cuatro meses de licencia por maternidad -pre y post parto-, está dando lactancia a su hijo. También es lógico pensar que si el patrono hubiera tenido dudas justificadas sobre la condición particular de la actora, en atención al principio de buena fe, debió cerciorarse al respecto a efecto de no vulnerar un derecho fundamental, ejecutando un despido incorrecto. Sobre el citado principio, el artículo 19 del Código de Trabajo establece que las partes contratantes quedan obligadas no solo en los concretos

términos del contrato sino respecto de aquellas obligaciones que de este último se deriven, según la buena fe, la equidad, el uso, la costumbre o la ley. Este principio general exige observar una actitud recta, de respeto, de lealtad y de honradez, tanto cuando se esté ejercitando un derecho como cuando se esté cumpliendo con un deber. Con base en el principio de la buena fe, de manera reiterada, se ha señalado que el contrato de trabajo conlleva un contenido ético que vincula las actuaciones de las partes. En ese sentido, en la sentencia de esta Sala número 305, de las 16:00 horas del 19 de junio del 2002, se indicó: “... *la naturaleza personal de la prestación, en un contrato de esa naturaleza, le incorpora un elemento ético de suma importancia, en el que la buena fe, la confianza y la lealtad, se yerguen como elementos insoslayables (artículo 19 del Código de Trabajo). “Lealtad” dice el Diccionario Jurídico Omeba, Buenos Aires, Driskill S.A, tomo XVII, 1978, pp. 844, significa “Que guarda la debida fidelidad, incapaz de traicionar; bondad, moralidad, integridad y honradez en el obrar”. De acuerdo con el tratamiento doctrinario y los criterios jurisprudenciales, surgidos alrededor de esa figura, es posible atribuir a dicho concepto, dos contenidos. Uno de ellos, en sentido negativo, que se traduce en obligaciones de no hacer, como por ejemplo, la de no concurrir en actividades de la misma naturaleza de las que se dedica al patrono. En sentido positivo, la exigencia se traduce en obligaciones de hacer, tales como la debida diligencia en la ejecución de la prestación; o en la de guardar fidelidad al patrono, que implica la obligación de no perjudicar los intereses materiales o morales del empleador.*” (La negrita no está en el original). Con base en esta tesis, debió, brindarle el empleador a la trabajadora la oportunidad de presentar el certificado médico a efecto de informarse de su estado. Con esta omisión, el patrono perjudicó a la demandante y, por ende, incurrió en un despido abiertamente discriminatorio. Tómese en cuenta que la actora llevaba únicamente dos días de haberse incorporado al trabajo luego de la licencia de maternidad, por lo que no había transcurrido un plazo que pueda considerarse desproporcionado para presentar el dictamen médico que se extraña, antes bien, cabe suponer que es durante esos primeros días que se realizan las gestiones ante las autoridades médicas competentes para obtener el certificado. Esta presunción cobra especial relevancia ante el testimonio brindado por la señora [Nombre 003], quien se desempeña como gerente de ventas de la empresa accionada y respondió “*si es correcto*”, cuando la juzgadora le preguntó si tenía conocimiento que la actora estaba en período de

lactancia. Explicó que: “*en la empresa siempre a las funcionarias, a las personas que han tenido el período de lactancia se les ha dado*”. Asimismo, cuando le preguntaron si se solicitaba que se presentara una certificación para otorgar el período de lactancia o se daba simplemente con regresar del período de maternidad, respondió: “*después de reintegrarse del período de maternidad las funcionarias tienen derecho a su período de lactancia (...) en mi caso sí lo presente, pero ni siquiera porque me lo pidieran, yo lo presente porque lo considere, pero no porque me lo pidieran*”. Del testimonio parcialmente transcrito se deduce no solo que se tenía conocimiento de que la actora se encontraba en período de lactancia, sino, además, que en la práctica la empresa no requiere que se demuestre con certificado médico dicho período, incluso, en el caso particular de la señora Campos, ésta aduce haberlo presentado tiempo después, por una decisión voluntaria. Aunado a ello, no puede dejarse de lado en el presente análisis el contenido del artículo 2 de la Ley de Fomento de la Lactancia Materna, número 7230 del 10 de octubre de 1994, que señala: “*Para los efectos de esta Ley, se adoptan las siguientes definiciones: Lactante: niño hasta la edad de doce meses cumplidos...*”. Esta norma reafirma la presunción que debió tener el patrono previo al despido de la actora. Aunado a lo anterior, es menester resaltar que el contenido del artículo 95 del Código de Trabajo, no puede aplicarse de manera tajante, de forma que conlleve a una desprotección de la mujer en período de lactancia y por consiguiente del menor lactante. Deberá analizarse según cada caso concreto y, en este caso particular, a la actora no se le brindó una oportunidad real de presentar el dictamen, pues incluso en la carta de despido entregada a ella el 29 de setiembre de 2011, claramente se indica que la decisión del despido se tomo en el transcurso de la licencia de maternidad y se estaba a la espera del regreso de la actora para ejecutarlo, sin que previamente considerara el patrono que la señora [Nombre 001] muy probablemente regresaría en período de lactancia, tal y como lo hacen la mayoría de mujeres madres de niños de tres meses. Así las cosas, no puede esta Sala concluir otra cosa que el patrono se aprovechó de la omisión de la trabajadora de presentar un documento formal, para despedirla al margen del procedimiento establecido en los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo, ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, cuando apenas estaba reingresando al trabajo, sin darle ninguna oportunidad de demostrar su condición de madre en lactancia.”

[...]