

**DESPIDO DE MUJER EMBARAZADA POR AUSENCIAS.
NO SE CUMPLIÓ EL DEBIDO PROCESO.**

VOTO N° 2016-000466

DE LAS 09:45 HRS

DEL 18 DE MAYO DE 2016

[...]

“III.- EL DESPIDO DE LA MUJER EN ESTADO DE

EMBARAZO: De previo al análisis de fondo, es necesario considerar el criterio que ha sostenido esta Sala en relación al fuero especial de protección que goza la trabajadora embarazada y/o en período de lactancia. El artículo 94 del Código de Trabajo prohíbe al empleador/a despedir a la trabajadora que esté en período de embarazo o de lactancia, salvo que haya incurrido en falta grave a los deberes del contrato de trabajo o en las causales legalmente establecidas, en cuyo caso deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este mismo artículo dispone que *“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”*. Esa norma desarrolla el contenido del numeral 51 de la Constitución Política, en cuanto ordena una especial protección a las madres y a los niños y niñas. El despido de la mujer embarazada también es contrario a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política y en la Ley n° 8107 de 18 de julio de 2001, en cuanto subyace una discriminación por género, la que está prohibida por esa normativa, que adicionó el Título XI del Código de Trabajo (artículos 618 y 624). La norma tiene sustento en el artículo 51 constitucional, en el artículo XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice *“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidado y ayuda especiales”*; en el artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), que prohíbe la discriminación por sexo, íntimamente ligada a la discriminación por embarazo y al Convenio 111, artículos 1 y 2 de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado por Costa Rica el 1° de marzo de 1962; en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la ONU, y en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) y su protocolo

facultativo. La Sala, en múltiples ocasiones, ha destacado que las trabajadoras embarazadas están protegidas por un fuero especial que constituye una clara excepción al régimen general de libre despido, propio del sector privado. Se presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación-presunción iuris tantum; y que le corresponda al patrono probar, a ciencia cierta, que se trata de un despido objetivo debidamente autorizado por el órgano competente. En otras palabras, la normativa aplicable, reconoce la existencia de actos y comportamientos “objetivamente discriminatorios” que, por eso mismo, son ilícitos. La intención de discriminar por razón de sexo pierde así toda importancia, desplazándose la relevancia jurídica de aquellos a su efecto pre judicial. De ahí que, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención Belén do Pará), ratificada por Costa Rica, en su Preámbulo, indique la preocupación *“...al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos (se refiere a las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer), las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones...”* y tiene presente *“...la importancia social de la maternidad...”* y *“... que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación...”*. Esa discriminación la define como *“...toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y en cualquier esfera”*. Por ello el artículo 11, párrafo 2, ibídem, establece que la finalidad de *“...la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales...”* es *“... impedir la discriminación contra la mujer por razones de embarazo o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar...”*. El párrafo 3, de ese mismo numeral, compromete a los Estados parte a examinar, a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos, la legislación protectora relacionada con este tema y a revisarla, derogarla o ampliarla, según corresponda. En concordancia con esos parámetros y siguiendo la evolución que el derecho antidiscriminatorio tiene, es preciso que las labores de interpretación y aplicación del fuero de comentario no

obstaculicen el otorgamiento de la protección legal (en este mismo sentido puede consultarse los votos nos. 00528, de 9:20 horas, de 1 de noviembre de 2002 y el 00117, de 15:30 horas, de 14 de marzo de 2003). Acorde con lo expuesto, resulta importante transcribir para una mayor claridad, el artículo 94 del Código de Trabajo que 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 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 de Seguro Social**”. Por su lado, el artículo 94 bis del mismo cuerpo legal, señala que “...**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. Presentada la solicitud, el juez le dará audiencia al empleador en los siguientes tres días. Vencido este 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 tratara 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 de pre y post parto, y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo [...]**”. De la normativa citada resulta importante destacar que la prohibición de despido es general y no hace excepciones de ninguna naturaleza. Por otra parte, la imposición del requisito de

acudir al Ministerio de Trabajo, cuando existen (o no) causas justas para el despido, resulta un trámite (constitutivo) indispensable para la legalidad del acto de despido. De esta forma se hacen efectivos los compromisos internacionales para eliminar la discriminación, y evitar que los procesos derivados de un conflicto por despidos discriminatorios de esta naturaleza se conviertan en discusiones de la parte patronal, sobre propósitos (motivos), y no sobre el resultado de sus actuaciones.

IV.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: La parte recurrente sostiene en esta instancia que a la señora [Nombre 001] se le despidió con justa causa en razón de haber incurrido en la falta que señala el inciso g) del artículo 81 del Código de Trabajo –despido por ausencias-. Adujo que esto se trató de un despido objetivo. No obstante, analizadas las probanzas se llega a la conclusión de que el agravio no es de recibo por las razones que se dirán a continuación. De previo a que la parte patronal procediera a sancionar cualquier acción cometida por la demandante –lo cual es una potestad disciplinaria que mantiene la persona empleadora incluso en el caso de una trabajadora embarazada-; debió haber gestionado la autorización correspondiente para su cese, en la Dirección de Inspección del Ministerio de Trabajo, en razón de que antes de emitir el acto de despido tuvo conocimiento del estado de embarazo de la señora [Nombre 001]. Es decir, la accionante gozaba de un fuero de protección que impedía al Estado sancionarla a través de los mecanismos ordinarios: el proceso disciplinario tramitado por el Ministerio de Educación Pública según lo manifestó el propio recurrente en el escrito de contestación de demanda (folio 242) y fue demostrado con prueba documental (folios 133, 134, 146, 161, 162, 168 a 171, 210 a 213). No consta prueba alguna en el expediente de que la parte empleadora procediera a instaurar el requerimiento de despido ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo según lo ordena el numeral 94 *Ibíd.* Ni tampoco el Estado ha defendido, durante el proceso, –ni incluso en esta instancia- haber realizado ese procedimiento ante la autoridad administrativa correspondiente. (Ver hecho cuarto de la demanda en el folio 3 y su contestación en el folio 242 en el cual el Estado no se opone a la afirmación “*se ha procedido contra una trabajadora embarazada, sin cumplir con los procedimientos que determinan las normas citadas...*”). La parte actora fue despedida mediante la resolución n.º 11609 del 17 de agosto de 2010 emitida por el Tribunal del Servicio Civil (folios 210 a 213 y hecho probado

“o”) la cual le fue comunicada el 23 de agosto de 2010 (folios 214 a 219). La existencia del aviso de embarazo a la parte demandada fue confirmada por las deponentes [Nombre 003] y [Nombre 004] quienes manifestaron que laboraron junto a la accionante en el Colegio Barrio Irving localizado en Guanacaste. Ambos testimonios concordaron en el hecho de que los permisos y justificaciones laborales se presentaban ante el asistente de dirección, el señor [Nombre 002]. *“Solo él era el que recogía las boletas de incapacidad y permiso, el era el que las tramitaba”* (folio 303 vuelto, testimonio de [Nombre 003]). *“... el señor asistente que era el asistente de dirección y tenía el cargo de director, nosotros teníamos que justificar a él”* (folio 305, testimonio de [Nombre 004]). Indicaron que la señora [Nombre 001] comunicó al señor [Nombre 002] su estado de gestación: *“... este señor le dijo que no le importaba que estuviera panzona...”* (folio 303 vuelto, testimonio de [Nombre 003]). *“...ella le dijo a él que estaba embarazada, y el le dijo que no le importaba”* (folio 305 vuelto, testimonio de [Nombre 004]). En este proceso el estado físico de la trabajadora se estableció desde el hecho probado r) –no impugnado por la recurrente– en el cual se consignó que la actora al momento del despido se encontraba en estado de embarazo con aproximadamente siete meses de gestación (folio 308 vuelto, comprobante de la licencia de maternidad y periodo de lactancia n.º 0479946 que estableció el inicio de la licencia a partir del 01 de noviembre de 2010). Lo anterior significa que la señora [Nombre 001] estuvo embarazada aproximadamente desde marzo de 2010 y habiendo comunicado su estado al señor [Nombre 002], este con conocimiento del proceso administrativo que tramitaba el Ministerio de Educación Pública, estaba en la obligación de procurar que el proceso disciplinario por ausencias fuera del conocimiento del Ministerio de Trabajo. Aún cuando se desconoce la fecha en la cual se informó a la parte recurrente sobre el estado de gravedad, esta Sala ya ha expresado anteriormente que *“Si bien, es cierto, las normas arriba transcritas no resultan lo suficientemente claras en cuanto a la oportunidad de la comunicación, esta Sala ha considerado posible que la trabajadora informe a su empleador de su estado en el mismo momento del despido o incluso con posterioridad a éste. Empero dicha*

posibilidad ha sido condicionada a que la comunicación se practique dentro de los parámetros de la proporcionalidad y razonabilidad”. Voto n.º 905-2015 de las 09:15 del 28 de agosto de 2015. Mas no estamos en un caso en cual la comunicación del estado de embarazo llegó al patrono en el preciso momento del despido o con posterioridad a este. En el particular, el aviso al empleador necesariamente se dio en horas laborales y en un momento o día previo al despido pues las deponentes mencionadas confirmaron la respuesta obtenida por el señor [Nombre 002] ante el comunicado. Es decir, presenciaron el hecho porque se encontraban en el centro educativo. Posteriormente fue cuando se notificó el despido a la demandante (folio 214) pues la testigo [Nombre 004] expresó que a la actora *“la habían llegado a buscar a la casa y ella no había abierto la puerta. Ella estando embarazada recibió el documento del despido”* (folio 305 vuelto). Por otro lado, se hace ver que la defensa del Estado no ha sido –ni tan siquiera en esta instancia– que el despido de doña [Nombre 001] se hizo sin tener el conocimiento de que la trabajadora se encontraba embarazada. Así las cosas, no hay duda alguna de que los testimonios de [Nombre 003] y [Nombre 004] son los elementos de prueba irrefutados de que el embarazo de doña [Nombre 001] sí fue notificado con antelación. No existen probanzas en el expediente que permitan darle un valor distinto a los testimonios señalados, y la recurrente no ha indicado cuales otras deben analizarse para valorar los testimonios de manera diversa. Entonces, con la manifestación hecha por la accionante al señor [Nombre 002] sobre su embarazo, bastaba para que el Estado dejara sin efecto o bien, suspendiera el despido y tramitara ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la respectiva autorización –como bien lo señaló el Tribunal–, por considerar que existía una causa justificada para hacerlo. Pero, como no lo hizo, el acto de despido deviene en ilegal y por ende es nulo lo cual hace procedente el pago de las indemnizaciones correspondientes. Por lo manifestado, carece de interés analizar si la parte actora incurrió en la falta imputada –ausencias al trabajo– si de previo no se cumplió con el debido proceso que ordena el ordinal 94 *Ibíd*”.

[...]