

PAGO DE DERECHOS DE IMAGEN DE DEPORTISTAS FORMA PARTE DEL SALARIO VOTO N° 2006-00961

De las 10:00 hrs. del 20 de octubre del 2006.

Sobre el tema, la Sala Segunda resolvió lo siguiente:

V.- El recurrente niega la naturaleza salarial de las bonificaciones y premios recibidos por los jugadores y el cuerpo técnico, aduciendo que no son entregas continuas, sino, ocasionales y únicamente cuando la Asociación decide darlos como un incentivo adicional y extraordinario ajeno al pago mensual que reciben. A efectos de analizar el punto, debemos partir del contenido ya citado del aludido artículo 18 del Código de Trabajo, según el cual el trabajador presta sus servicios al empleador “... por una remuneración de cualquier clase o forma”. Esa disposición debe relacionarse con la normativa del Capítulo IV del Código de Trabajo, relativa al salario y a las medidas que lo protegen. En ese apartado, el artículo 162 establece que el salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo. Conforme a esa norma, debe partirse que la naturaleza salarial de una entrega patronal al empleado se desprende de su carácter retributivo. Por otro lado, debe tomarse en consideración que en tesis de principio, razonablemente los pagos realizados por el patrono a sus trabajadores constituyen salario por los servicios prestados por éstos, por cuanto ello responde a la normalidad de las cosas. De ahí que, el artículo 166 del Código citado disponga respecto del salario en especie “... no se computarán

como salario en especie los suministros de carácter indudablemente gratuito que otorgue el patrono al trabajador, los cuales no podrán ser deducidos del salario en dinero ni tomados en cuenta para la fijación del salario mínimo”. Aunque las bonificaciones y premios no pueden estimarse como un suministro en especie, pues, en realidad, lo que se entrega es dinero, resulta importante citar esta norma, por cuanto ratifica la interpretación de que en esta materia se debe considerar salario toda entrega del empleador a su trabajador, salvo que aquel acredite fehacientemente que se trató de una entrega indudablemente gratuita. Ahora bien, en el informe D.R.S.H.N. N° I.C.002-96 se da cuenta que esas cancelaciones se hicieron por metas y objetivos alcanzados, renglón que se mantuvo en el resto de los informes (números 201-259-97; 201-370-97; 87-98) así como en la resolución 0042-98 y en el acuerdo de la Junta Directiva artículo 33 de la sesión N° 7378. Por otro lado, el testigo Marcos Jiménez Solís, quien junto con el deponente Gerardo Castillo Fuentes, fue asignado por parte de entidad aseguradora para colaborar en el estudio contable de la actora, manifestó que él se encargó de recabar la información y luego se desligó del asunto. En cuanto al punto que interesa, dijo haber encontrado cheques girados por premios y bonificaciones, recordando algunos a favor de Mauricio Montero y de Javier Delgado en los cuales se decía que eran por un periodo (folios 190 a 193). Castillo Fuentes declaró acerca de que en los cheques aparecía el detalle: “... objetivos y metas de cada etapa, un cheque por cada etapa” (folios 194 y 195). Por su parte, Ricardo Chacón Chaves, quien fue jugador de la actora en

el periodo comprendido entre 1984 y 1995, señaló que las bonificaciones o premios se daban cuando el rendimiento era óptimo por resultados positivos, a saber, cuando se llegaba a la final o se ganaba un campeonato o por un partido importante (folios 228 a 229). El deponente Carlos Martín Zúñiga Madrigal, a la fecha de la declaración gerente general de la actora desde hacía un año y cuatro meses, declaró: *“Los premios se les da a los jugadores, con base a logros, si se obtiene un campeonato, no es nada seguro, era antes igual como ahora. Se pagaba mediante una distribución de acuerdo a la situación de cada jugador, de acuerdo a lo que cada uno aportó, si fue titular en el cien por ciento del campeonato”*. Por último, el testigo Luis Javier Delgado Prado, funcionario de la administración y quien fue jugador de la demandante declaró: *“... se recibían bonificaciones y premios por obtener un logro, por ejemplo llegar a la final, porque la televisora iba a poder transmitir el partido final, con esto nosotros queríamos y teníamos una participación, el cual se nos pagaba por un monto fijo, es decir, se nos pagaba un monto fijo por quedar de campeones, o un monto fijo por llegar a la final.- Ese pago no era seguro, era sólo si lográbamos la meta, no era nada seguro.- ... En algún momento se estuvo variando el sistema de premios, la fórmula se cambiaba de acuerdo al contenido económico, si recuerdo, que en una ocasión, nos pagaban por llegar a los veinte puntos, nos pagaban una suma determinada, no recuerdo si se campeonizó en ese año, pero después se cambió el sistema. Si no se llegaba a ningún logro nosotros no teníamos ningún tipo de bonificación o premio. Yo eso lo conozco bien porque siempre estuve metido en un tipo de comisión de jugadores que negociaban esos premios y bonificaciones con la actora”* (énfasis suplido). Y, añadió: *“En ese entonces se acostumbraba que el dinero por premios o bonificaciones, se lo entregaba al capitán del equipo y éste los repartía. Al final se le pagaba a cada jugador de acuerdo a como se había estipulado antes”*. Con base en lo anterior, no puede considerarse que las bonificaciones o premios sean ajenos al salario, pues, evidentemente, constituían una retribución por los servicios prestados, con el claro propósito de optimizar los logros y metas de la actora, vinculados directamente al contrato de trabajo. Además, según manifestó el testigo Delgado, ese renglón era objeto de negociación entre los jugadores

y la entidad, lo que descarta que fuera una entrega indudablemente gratuita o simple liberalidad patronal. De haber sido así, en modo alguno pudo ser objeto de una negociación, de lo que se colige que efectivamente constituía parte del salario de los trabajadores sujeto a las condiciones previamente pactadas.

VI.- También se niega la naturaleza salarial de los pasajes aéreos para los jugadores y cuerpo técnico extranjero, por estimarse que al contratar trabajadores que se encuentran fuera del país existe la obligación de pagarle los respectivos tiquetes para traerlos y luego para que se devuelvan a su lugar de origen. Por un lado, debe tomarse en consideración que en los respectivos estudios contables, los pasajes aéreos tomados en cuenta no fueron aquellos propios de la ida y retorno antes y después de la vigencia del contrato aludidos en el ordinal 39 del Código de Trabajo, sino, aquellos dados a los jugadores y a sus familiares para que se trasladaran a sus países de origen a disfrutar las vacaciones, tal y como se indicó claramente en el acuerdo de la Junta Directiva adoptado en la sesión N° 7378 (artículo 33) al cual se ha hecho mención. La entrega de pasajes aéreos puede considerarse salario en especie a tenor de lo dispuesto en el citado numeral 166 del Código de Trabajo, salvo que se acredite, sin lugar a dudas, que la entrega fue gratuita y no retributiva. Sin embargo, en este asunto, la excepción a la regla no fue acreditada por el patrono, quien tenía esa carga procesal. Además, lógicamente, la entrega de pasajes aéreos para disfrutar de vacaciones es una ventaja patrimonial para los trabajadores, que tiene por causa la prestación de los servicios, de lo que se infiere claramente su naturaleza salarial.

VII.- En el recurso especialmente se analiza la razón por la cual el pago por fichaje y derechos de imagen no puede considerarse retributivo de los servicios prestados, es decir, no puede estimarse como salario. Es cierto como se invoca en el recurso que el voto de la Sala Constitucional número 678-91 de las 14:16 horas del 27 de marzo de 1991 pronunciado a propósito del controvertido tema relativo a las intervenciones de las comunicaciones, indicó respecto del derecho de la intimidad cuanto sigue: *“El derecho a la intimidad entre otras cosas, es el derecho del individuo a tener un sector personal, una esfera privada de su vida, inaccesible*

al público salvo expresa voluntad del interesado” (esa definición fue reiterada en la sentencia de ese mismo órgano número 5376, de las 11:45 horas del 16 de setiembre de 1994). Igualmente se alude al voto de ese órgano número 1026-94 (citado erróneamente como 1029-94) de las 10:54 horas del 18 de febrero de 1994, dictado con motivo de investigaciones realizadas por parte de la Policía Antidrogas del Ministerio de Seguridad Pública, en el cual se externó el siguiente criterio: “IV.- El numeral 24 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la intimidad. Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito” (ese criterio fue retomado en la sentencia también invocada por el recurrente número 4323-99 de las 13:45 horas del 4 de junio de 1999).

Mas, esos pronunciamientos no contradicen la calificación salarial del fichaje y de los derechos de imagen, como tampoco lo hace la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos N° 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, citada durante el proceso y hasta en esta instancia como sustento de la tesis de la parte actora sobre el carácter no retributivo de esos renglones. El artículo 153 de esa ley dispone: *“También gozarán de la protección en el artículo 78, los atletas, aficionados y profesionales, que actúen en público. El ejercicio del derecho corresponderá al club o entidad deportiva a que pertenezcan”*. El numeral 78, antes de ser reformado por la Ley N° 7979 del 6 de enero del 2000, al cual se hace referencia señalaba: *“Los artistas, intérpretes o ejecutantes, sus mandatarios, herederos, sucesores o cesionarios, a título oneroso o gratuito, tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión y retransmisión, por medio de radio o televisión, o cualquier otra forma de uso, de sus interpretaciones o ejecuciones”*.

Para analizar el caso es importante considerar el contenido de los respectivos contratos. En el expediente se cuentan con algunos de ellos, de los cuales no todos corresponden al periodo por el cual se hicieron las planillas adicionales (marzo de 1992 a febrero de 1996). No obstante, los unos y los otros, tienen elementos comunes, para efectos de esta litis interesa resaltar que aunque todos llevan por título “CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS DE IMAGEN” o “CONTRATO DE DERECHOS DE IMAGEN” contienen una cláusula que con ligeras variantes en su redacción reza: *“Para todo efecto legal-deportivo, ambas partes aceptan que los derechos aquí negociados, equivalen para efectos de este contrato a lo que en la costumbre deportiva se había venido denominando como “fichaje”, por manera que, su pago, confiere a Rojo y Negro S.A., los mismos derechos que antiguamente confería el pago de un fichaje, conjuntamente con los que la ley en mención y este convenio establece”*. La Ley a que se hace referencia es, precisamente, la citada de Derechos de Autor y otros Derechos Conexos, la cual en la misma negociación se relaciona con los numerales 47 y 48 del Código Civil (folios 856 a 903 y 964 a 985 (especialmente del folio 870 al 879, del 883 al 885, del 890 al 892, del 895 al 897, del 902 al 903, del 964 al 985) de la documentación que se guarda en el archivo y folios 30 y siguientes del expediente principal). Es decir, los llamados derechos de imagen se identificaron con lo que en el ambiente deportivo se conocía como fichaje. Ese aspecto no sólo quedó impreso, sino que así también lo entendieron los interesados. Sobre el particular, Delgado Prado refirió que se enteró de la existencia de la sociedad Rojo y Negro S.A. porque era la que emitía los cheques mediante los cuales se le pagaban *“... los fichajes o derechos de imagen”* (folio 226). Ahora bien, la “ficha” ha sido entendida como una prestación económica considerada salario por cuanto se cancela por la firma del contrato deportivo que es un contrato de trabajo. En otras palabras, es una suma que se le cancela al trabajador al contratarse o vincularse con la entidad deportiva de que se trate, pero no a modo de indemnización o compensación, sino, como contraprestación por los servicios prestados (en ese mismo sentido la ha concebido la doctrina: BAZAN CABRERA (José) El contrato de trabajo deportivo. (Un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales), Madrid, Instituto de

Estudios Políticos, sin número de edición, 1961, p. 152; CANTON MOLLER (Miguel) y VÁZQUEZ ROMERO (Adolfo) Derecho del Deporte, México D.F., Editorial Esfinge S.A, Primera Edición, 1968, p. 95; SAGARDOY BENGOCHEA (Juan Antonio) y GUERRERO OSTOLAZA (José María) El contrato de trabajo del deportista profesional, Madrid, Editorial Civitas S.A, Primera Edición, 1991, pp. 72-73; VAN DER LAAT ECHEVERRÍA (Bernardo) La regulación del trabajo deportivo en Costa Rica, en Esporte Directo, Homenaje póstumo al Prof. José Martins Catharino, Ronald Amorim e Souza (coordinador), Salvador, Gráfica Trío, 2004, pp. 106 a 108). En cuanto al derecho de imagen el autor Cardenal Carro da cuenta de la práctica en materia deportiva de suscribir contratos dobles, uno de los cuales es el denominado "contrato de imagen", lo que motivó que en España, concibiendo su objeto como la participación en los beneficios derivados de la explotación comercial de la imagen, hizo depender esa participación de lo que se determine en convenio colectivo o pacto individual. Para el autor "... lo que tipifica los derechos de imagen y decide su naturaleza laboral o mercantil es la vinculación con la actividad ordinaria de la empresa deportiva, es decir, si responden a una mera explotación de la competición o constituyen un propósito empresarial diferente. Por consiguiente, no existen unos límites en la estructura de la propia prestación, y en la medida en que se aprecia en los últimos años un progresivo incremento de esta explotación, ordinariamente constituirá una obligación de naturaleza laboral colaborar en los compromisos publicitarios asumidos por el Club. Esta cuestión dependerá de la configuración de cada industria deportiva ..."

(CARDENAL CARRO (Miguel) Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional, Murcia, Servicio de Comunicaciones Universidad de Murcia, sin número de edición, 1996, pp.285-286). La Sala entiende que el pago por cesión de derechos de imagen, es decir, por la explotación de la imagen del trabajador, debe conceptuarse como salario en la medida que esté vinculada íntimamente a la prestación de los servicios, es decir, al contrato de trabajo, concebida como una retribución más de aquellos. En los contratos a que se ha hecho referencia se indicó que la cesión al amparo de la mencionada Ley de Derechos de Autor y otros derechos Conexos tiene por

objeto "... todos sus derechos que como jugador de fútbol le corresponden de acuerdo a las disposiciones legales precitadas, por el lapso correspondiente a las temporadas..." (para el caso de que fuese entrenador así se consignó). Dicha cláusula resalta, sin lugar a dudas, que en el caso concreto lo negociado no era el derecho de la imagen de la persona en términos generales, sino, como jugador o entrenador de fútbol, cuestión que es propia del giro normal de la actora. De ahí su carácter salarial. Nótese que los testigos ofrecidos por ella, describen en parte la explotación del derecho de imagen, haciendo mención a la transmisión (evidentemente de los partidos de fútbol), que hacía el Canal 2 así como "... actividades con los patrocinadores, anuncios de televisión y radio, actividades sociales en escuelas, hospitales, etc., es decir, este tipo de actividades donde es importante la imagen que tenga el jugador" (declaración de Delgado Prado en folios 225 a 227). También Chacón Chaves hizo referencia a la transmisión por parte del Canal 2: "La actora para pagar los derechos de imagen, obtenía los recursos era la televisora (sic), porque es de la que se reciben más ingresos, y en realidad es la que explota la imagen de los jugadores" (folios 228 y 229). Por último, Zúñiga Madrigal declaró: "En cuanto a los derechos de imagen, estos se les pagan montos a los jugadores y cuerpo técnico, hay dos miembros del cuerpo técnico a los que se les paga derechos de imagen.- este derecho proviene, como su nombre lo indica, de la explotación de la imagen que nos pagan algunos patrocinadores, básicamente hablamos de la televisora, que tiene un peso muy fuerte en los ingresos, y de aquellos que pagan por aparecer en las camisetas de los jugadores. Ese pago que nos hacen a nosotros es porque los jugadores exponen sus marcas comerciales en televisión, porque aquí interesa lo que ven los televidentes, no lo que ve la gente en el estadio ... la televisora lo que paga es los derechos de explotación de la imagen de los jugadores que portan una camiseta y que hacen un espectáculo, que vale lo que pagan porque se ve en televisión, es decir, el espectáculo no lo hacemos los administrativos, sino los jugadores y el cuerpo técnico que andan con sus uniformes.- Todos los jugadores reciben el beneficio de ese derecho de imagen porque ellos son los actores. Ellos, los jugadores, reciben por derecho de imagen casi el ochenta por ciento del total que se recibe de las

televisoras y patrocinadores” (folios 229 y 230). Aunque podrían establecerse diferencias entre los derechos de imagen y el fichaje, fueron tratados como similares en las contrataciones, y resulta evidente que se hizo así, precisamente, porque a fin de cuentas lo que se estaba haciendo era retribuyendo al trabajador por los servicios prestados en el marco del contrato de trabajo. El tema del fichaje relacionado con los derechos de imagen ya ha sido tratado por esta Sala, según se refirió en el recurso. Así, en la sentencia número 224, de las 9:30 horas, del 8 de octubre de 1993, se consideró: “III.- En el sub lite, los medios de prueba traídos al proceso, por la parte accionante, son suficientes, para determinar que la Asociación Liga Deportiva Alajuelense reportaba al Instituto Nacional de Seguros, que el actor devengaba la suma de ¢13.000.00 colones mensuales por concepto de salario, y que al mismo tiempo pagaba al señor Ledezma Corrales la suma de ¢75.000.00 colones, ¢45.000.00 colones por concepto de salario, según consta en documentos de folios 31 a 42, bajo el título de salario, y ¢30.000.00 colones por concepto de fichaje, lo que consta en documentos de folios 46 a 52, bajo la denominación de fichaje, por lo que no son de recibo las argumentaciones del recurrente en el sentido de que el actor devengaba un salario mensual de trece mil colones y otros beneficios no salariales, calculados sobre los resultados económicos de los eventos en los cuales participara, con base en las disposiciones de la Ley de Derechos de Autor, indicándonos que no se deben incluir dentro del salario del jugador de fútbol, las sumas correspondientes a fichajes, ya que este rubro está amparado en dicha ley. Sobre este aspecto, es conveniente tener claro cual es el objeto de la ley aludida, por lo que sobre este punto es pertinente citar a la especialista Delia Lipszyc, en su obra *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Editorial Avellaneda, Buenos Aires, 1993, página 61, donde señaló: *“El objeto de la protección del derecho de autor es la obra. Para el derecho de autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”*. A este respecto el artículo 78 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, número 6683 reza: “Los artistas, interpretes o ejecutantes, sus mandatarios, herederos, sucesores

o cesionarios a título oneroso o gratuito, tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión y retransmisión por medio de radio o televisión, o cualquier otra forma de uso de sus interpretaciones o ejecuciones” y el artículo 153 del mismo cuerpo legal, reformado por ley numero 6935 de veintidós de noviembre de mil novecientos ochenta y tres, dispone: “También gozarán de la protección prevista en el artículo 78, los atletas aficionados y profesionales, que actúen en público. El ejercicio del derecho corresponderá al club o entidad deportiva a que pertenezcan”. De la relación de estos dos artículos y la cita doctrinaria, se desprende que lo protegido por la ley, es el derecho que poseen los artistas, intérpretes, ejecutantes, etc; para autorizar o prohibir la transmisión, reproducción, etc; de sus obras, interpretaciones o ejecuciones. En el caso de atletas aficionados y profesionales será el club o entidad deportiva a la que pertenezcan, quien ejerce el derecho de dar o negar esta autorización. Sin embargo, y según se puede observar de las transcripciones, ninguno de los artículos citados, ni otro artículo de dicha ley, establece que los fichajes de los jugadores profesionales de fútbol, sean emolumentos distintos al salario como lo manifiesta la demandada... La jurisprudencia y la doctrina, son conformes en determinar que, el salario comprende no sólo el fijado en la escala respectiva, sino también las remuneraciones adicionales, sean estas bonificaciones, comisiones, premios, zonaje, antigüedad, etc; por lo que salario o sueldo se refiere a la totalidad de beneficios que recibe el trabajador, llámense fichaje, premios, comisiones, etc. De lo expuesto, esta Sala concluye, que la suma de setenta y cinco mil colones mensuales que recibía el actor, lo era por concepto de salario, en contraprestación de los servicios prestados a su expatrono Asociación Liga Deportiva Alajuelense, independientemente de la denominación dada a dicha remuneración, por la codemandada”.

En otro antecedente de esta Sala, a saber, el número 402 de las 10:40 horas del 20 de diciembre de 1996, se partió de la naturaleza salarial del fichaje, así. “XII.- La suma de cuatrocientos diez mil colones que debió cancelársele, en un solo tracto, el 30 de abril de 1995, corresponde, según la calificación que el demandante

le otorgó y los accionados no refutaron, al fichaje o prima. No obstante su indudable naturaleza salarial, reiteradamente declarada por esta Sala (votos N°s 224 de las 9:30 del 8 de octubre de 1993 y 136 de las 9:00 horas del 10 de mayo de 1996), tal extremo se paga, al jugador, por la firma del contrato de trabajo deportivo. En otras palabras, se trata de una remuneración parcelada, cuya cancelación, al beneficiario, no depende del cumplimiento de las condiciones contractuales, pues el derecho a su percepción, aún cuando se posponga la fecha para ello, se adquiere, enteramente, con la firma del acuerdo. Es, sin duda, una gratificación que se da o se ofrece al futbolista, a fin de obtener su participación en un club determinado (véase, en este mismo sentido, RUPRECHT, Alfredo, "Deportistas", en: Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Driskill S. A., tomo VI, 1979, pp. 796-797). En consecuencia, aún cuando el despido hubiese sido justificado, procedería ordenar el pago de esa cantidad en favor del actor, a título de daños y no de perjuicios" (también se puede consultar el voto 319 de las 9:10 horas del 12 de diciembre de 1997, el cual arriba a la misma conclusión al amparo de la legislación y de la doctrina y la sentencia número 136 de las 9:00 horas del 10 de mayo de 1996).

Del contenido de los contratos visibles en el expediente claramente se desprende que los llamados derechos de imagen identificados en las negociaciones con el fichaje fueron cancelados con motivo de la contratación laboral y no ajenos a ella; es decir, están íntimamente vinculados con las relaciones laborales y forman parte de la contraprestación por los servicios prestados. De ahí que, no pueda considerarse que tengan por causa un contrato de otra naturaleza (civil o mercantil); tesis invocada por la parte recurrente en esta instancia. A mayor abundamiento, cabe hacer notar que, de acuerdo a la experiencia, lamentablemente se ha podido apreciar la existencia de una práctica contraria a la ley por defraudatoria, según la cual los patronos tratan de evadir el pago de las cargas sociales procurando disimular la naturaleza laboral de distintas relaciones o de algunos extremos que se pagan a los trabajadores con motivo de los servicios prestados, para lo cual incluso delegan en distintas sociedades del mismo grupo la cancelación de determinados extremos, tal y como sucedió en este caso, en el cual apareció la

sociedad Rojo y Negro S.A cancelando los llamados "derechos de imagen"; indicio que apreciado a la luz de las circunstancias, abona a favor de lo expuesto.

VIII.- En materia laboral, el tema de las costas está regulado en los numerales 494 y 495 del Código de Trabajo. El primero dispone que la sentencia debe contener pronunciamiento de ese extremo, sea para condenar al pago de las procesales, o de ambas; o bien, para fallar sin especial condenatoria. En este último supuesto cada parte correría con sus respectivos gastos. Por su parte, el artículo 495 establece que la sentencia deberá regular prudencialmente los honorarios correspondientes a los abogados, sin que se fijen en un porcentaje menor al quince por ciento ni mayor al veinticinco, del importe líquido de la condenatoria o de la absolución y, cuando el asunto no sea susceptible de estimación pecuniaria, el juzgador debe fijarlos prudencialmente según el dictado racional de su conciencia. Conforme con el numeral 452 de ese mismo cuerpo normativo, para resolver la litis también son aplicables las normas sobre la materia contenidas en el Código Procesal Civil. Según el artículo 221 de este Código la regla es condenar al vencido al pago de las costas, pues, es justo que esta parte retribuya a la otra los gastos en que la hizo incurrir. El artículo 222 siguiente faculta al juez a eximir del pago de esos gastos, en los supuestos que contempla, a saber, cuando "... haya litigado con evidente buena fe, cuando la demanda o contrademanda comprenda pretensiones exageradas, cuando el fallo acoja solamente parte de las peticiones fundamentales de la demanda o reconvencción, cuando el fallo admita defensas de importancia invocadas por el vencido, o cuando haya vencimiento recíproco". La buena fe procesal implica la convicción de la parte, de que su pretensión es legítima y de que, el derecho que reclama, sin duda, le corresponde. Para el recurrente como se litigó con evidente buena fe debe condenarse a la demandada al pago de las costas en caso de revocarse el fallo en lo impugnado o por lo menos mantener lo resuelto por el juzgado en ese aspecto. Mas, no resulta procedente variar el pronunciamiento en cuanto a ese extremo. En primer término, según se analizó, los agravios del recurso por el fondo no son de recibo, por lo que al declararse sin lugar la demanda no procede imponer esos gastos a la parte demandada. Por

otro lado, a la luz de las citadas normas debe partirse que la condena en costas es la regla, y la exoneración constituye la excepción, no considerándose que la parte actora haya actuado con la alegada evidente buena fe, a efecto de ejercer la facultad concedida a los jueces de exonerarla del pago de dichos gastos, debiendo aplicarse la regla de imposición de costas. Lo anterior por cuanto se planteó la demanda invocando algunas tesis relacionadas con la inexistencia de relación laboral respecto de determinadas personas o del carácter no salarial de algunos pagos, sin aportarse prueba sobre el particular y, por otro lado, según el contenido de los contratos analizados y como funcionó en la práctica sin lugar a dudas los llamados “derechos de imagen” fueron identificados con el “fichaje” y pagados como retribución por los servicios prestados, es decir, en este caso concreto, con una clara naturaleza salarial. De ahí que, no pueda compartirse la tesis de que se intentó la demanda con la firme convicción de que le asistía derecho a lo pretendido, porque, razonablemente, no fue así.

IX.- Conforme con el análisis realizado, la sentencia venida en alza debe confirmarse.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL VOTO N° 2005-00935

De las 9:30 hrs. del 11 de noviembre de 2005.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José,

IV.- EN CUANTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN MATERIA LABORAL: La recurrente sostiene que ha mediado indebida valoración de los elementos probatorios que constan en los autos. Al respecto, cabe señalar que el artículo 493 del Código de Trabajo señala que, salvo disposición expresa en contrario, la prueba se apreciará en conciencia, sin sujeción a las normas del Derecho Común; pero indicándose,

en cada caso concreto, las razones sobre las cuales se sustenta lo resuelto. En atención a ese numeral, el juzgador debe valorar los elementos de convicción allegados a los autos y, además, debe aplicar las reglas de la sana crítica y la razonabilidad, pues esa norma no contempla un régimen de íntima o de libre convicción. En efecto, en el fallo constitucional número 4448, de las 9:00 horas del 30 de agosto de 1996, respecto de esta concreta norma, se explicó: “... *la apreciación de la prueba en conciencia no implica resolver en forma arbitraria, por cuanto todo juez - como funcionario público que es - se encuentra sujeto al principio de legalidad, el cual constituye un imperativo de adecuación de la acción pública, no sólo de las normas específicas sobre un objeto determinado, sino a todo el bloque de legalidad; por lo que no puede fallar con desprecio de los principios y derechos constitucionales, ya que está limitado por las reglas de la sana crítica y principios de razonabilidad, que debidamente aplicados conducen a la armonía de la apreciación jurisdiccional con la Constitución Política,...* las facultades de los jueces de apreciar la prueba en conciencia no resultan contrarias a la obligación del juez de fundamentar sus fallos, principio constitucional que integra el debido proceso ... Con fundamento en lo anterior, es que procede interpretar la norma en cuestión de tal manera que no resulta inconstitucional la facultad de los jueces laborales de apreciar la prueba en conciencia, siempre y cuando se dicte un fallo fundamentado, en aplicación de las reglas de la sana crítica y razonabilidad.” Así, ese específico sistema de valoración de las pruebas, debe entenderse a la luz de los parámetros de constitucionalidad expuestos en el citado fallo, pues en forma alguna podría pensarse que se trata de un régimen que permite al juzgador fallar arbitrariamente. En relación con ese sistema se ha explicado: “*El legislador no ha arbitrado un procedimiento novedoso de valoración. Lejos de ello, la fórmula “en conciencia” es un retorno a las ideas de la teoría clásica de la prueba. La ley se apoya en el presupuesto de que la verdad es, ante todo, un “estado de ánimo” del que la aprecia, un reflejo del mundo exterior en la conciencia. El hombre posee una aptitud innata para acceder a la verdad, ..., una luz interna que le permite distinguir lo real de lo falso... La “conciencia” a que se remite la ley abarca las dos significaciones del vocablo. El juzgador ha de determinarse, por lo*

tanto, con arreglo a los métodos habituales de acceder a la verdad, los únicos que conoce y utiliza el hombre. No podrá prescindir del uso adecuado de los principios de la lógica, ni subestimar el razonamiento... Si ello es así, el juicio en conciencia –al igual que la sana crítica– no es otra cosa que una de las denominaciones que adopta el sistema valorativo de persuasión racional... La utilización de la fórmula “en conciencia” tiende, sin embargo, a conceder una mayor autonomía al juez que la involucra por las palabras “sana crítica”. (AMÍLCAR BAÑOS, Heberto. La apreciación de la prueba en el proceso laboral. El juicio en conciencia, Buenos Aires, Ediciones Arayú, pp. 110-111, 116-117).

En similar sentido, Montero Aroca, explica: “ *En el sistema de la prueba libre, o de la libre apreciación, no existiendo reglas legales, la valoración corresponde íntegramente al juzgador, al cual deja la ley en libertad para formar su convencimiento, y sólo con base en él se determinarán los hechos probados. Este segundo sistema tiende a hacerse hoy predominante en las legislaciones de todo el mundo, haciéndose hincapié en su mayor racionalidad y destacándose que prueba libre no significa apreciación arbitraria o discrecional, sino razonada.*” (MONTERO AROCA, Juan. El proceso laboral, Tomo II, Barcelona, segunda edición, Editado por Hijos de José Bosch, S. A., 1982, pp. 264-265). Con base en esas premisas procede entonces determinar si las integrantes del órgano de alzada incurrieron o no en los yerros de apreciación que se acusan en el reclamo planteado ante esta tercera instancia rogada.

V.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Analizadas las pruebas que constan en los autos, la Sala no considera que se haya incurrido en los yerros de valoración que se acusan en el recurso. No resulta relevante que la entidad demandada no haya aportado la declaración del otro vigilante que estaba a cargo de la requisa de los servidores el día en que la actora pretendió sustraer algunos alimentos. La obligación procesal del empleador, en caso de que haya mediado un despido justificado, es la de acreditar la falta atribuida para justificar la destitución, para lo que resulta válido cualquier medio de prueba. La entidad demandada ha explicado, desde la tramitación del proceso administrativo, que el otro vigilante –DAB, cuya declaración no pudo evacuarse, laboraba para

una empresa privada que brindaba servicios de seguridad a la CCSS y aquel había dejado de hacerlo desde hacía algún tiempo, por lo que había resultado imposible localizarlo para procurar su testimonio (véase folio 24, legajo administrado). Sin embargo, a juicio de la Sala, con la declaración del señor CVB y la documental aportada, quedó debidamente acreditada la falta atribuida a la actora para justificar su destitución. En efecto, dicho testigo manifestó: “*En el Hospital nosotros tenemos la instrucción de revisar los bolsos de los empleados a la hora de salida. El día de los hechos estábamos dos guardas: DAB y yo, y estábamos requisando y a mí me tocó un grupo y a A otro. Se trata de un pasillo angosto por donde deben pasar los empleados y D y yo estábamos frente a frente. Doña R llevaba esos productos en una bolsa plástica. Como yo estaba enfrente de D yo presencié todos los hechos que estoy narrando. Estábamos requisando y cuando le tocó el turno a RD le dije: Muéstreme la bolsa. Doña R la puso en el suelo y entonces D la abrió y al ver los productos lo comenté conmigo y yo le dije: Eso tenemos que decomisarlo. Eso no puede salir... En el momento del decomiso la actora no aportó ningún documento que demostrara que lo decomisado era suyo. Sólo nos dijo que la perdonáramos, que no lo volvía a hacer. Doña R salió con un grupo de cinco personas y ella era la última de la fila. La mecánica del registro es así: Nosotros no metemos la mano. Si es del caso le pedimos al empleado que saque alguna cosa. La revisión se hace todos los días. Sobre los hechos nosotros levantamos un acta lo que hicimos en el mismo acto y en el mismo puesto... La orden que tenemos de revisar a los empleados es para todos, sin excepción, inclusive médicos y el propio director. Los productos decomisados a la vista se veían en buenas condiciones. Al momento de salir doña R llevaba su cartera y la bolsa. Aclaro que sobre los hechos hicimos un informe de decomiso en el puesto, pero el acta de decomiso la hicimos en la oficina de la nutricionista. Esto último no fue el mismo día. Don D no laboraba para la CCSS sino para una empresa de seguridad privada. Él solo laboró después durante unos ocho días. No recuerdo el nombre de los otros cuatro empleados de la fila. El informe de decomiso lo hizo D y yo lo firmo como testigo. D y yo estábamos en el mismo nivel de jerarquía... Ese día se celebraba el día de las madres en el hospital... No había ninguna*

autorización para que ningún empleado sacara productos. Lo usual es que si nosotros encontrábamos en el bolso de algún empleado algún producto que no debe estar ahí, y hay algún jefe en el hospital nosotros lo llamamos, pero ese día no había ningún jefe, por el día que era. Entonces llamamos a un compañero: MC, y él acompañó a D a llevar la bolsa a la caseta de la empresa privada de seguridad.” (folios 87-88). Su declaración es clara y coherente, aparte de que se trató de un testigo que apreció los hechos en forma personal y pudo observar que la actora pretendía retirar aquellos alimentos. El hecho de que solo uno de los testigos tuviera conocimiento directo de los hechos atribuidos a la demandante, no resulta suficiente como para tener por no demostrada la falta. Ya esta Sala ha reiterado el criterio que la declaración de un solo testigo puede servir para tener por acreditado los hechos que interesan en juicio y, en ese sentido, en la sentencia número 295, de las 9:30 horas del 30 de abril del 2004, se indicó:

“Con base en un solo testimonio, puede tenerse por acreditado el hecho que interesa en juicio (sustracción de repuestos), siempre que no existan motivos razonables, que hagan dudar de su dicho. En ese sentido, se ha pronunciado la mayoría de la doctrina:

“... La exclusión del testigo único fue sostenida por algunos autores, con los siguientes argumentos:

- 1°) el testigo único es solo una enumeración, desde que ninguna razón hay para dar mayor crédito a la palabra de un hombre que afirma, frente a otro que niega;*
- 2°) que el testimonio único constituye una acusación y no una demostración;*
- 3°) que frente a toda acusación se levanta una presunción de inocencia;*
- 4°) que la sospecha que engendra la acusación no se puede prestigiar el dicho del testigo del cual nace precisamente la sospecha. Pero en general, la doctrina reconoce hoy que esa regla no tiene ningún fundamento, porque, si bien no existe la garantía que supone la concordancia entre*

las declaraciones de varios testigos, ella puede hallarse compensada por la calidad del testigo único y la exigencia de que, en tal caso, el juez aprecie el testimonio con mayor severidad.” (énfasis agregado) (ALSINA (Hugo) Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Juicio Ordinario, Buenos Aires, 1961, Editorial Sociedad Anónima Editores, Tomo III, Segunda Edición). Así, se reitera, en aplicación de las reglas de la sana crítica, que los juzgadores pueden brindarle credibilidad a la declaración de un solo testigo.”

En el caso concreto, la declaración del señor CVB resulta coherente y concordante con la rendida en la sede administrativa, sin que medie algún indicio o circunstancia que haga dudar de la veracidad de su versión, aparte de que las actas de decomiso de los productos retenidos a la actora sustentan lo declarado (ver documental de folios 1 a 4, del legajo administrativo). Así las cosas, se concluye que el proceder de la demandante, de tratar de sustraer bienes perecederos, que le pertenecían a la entidad pública para la que servía, constituye un hecho grave que no resulta tolerable en el ámbito de la relación que mantenía con la CCSS, lo que le exigía un comportamiento intachable. Además, como lo apuntó la juzgadora de primera instancia, generó que la entidad empleadora le perdiera objetivamente la confianza. De manera reiterada se ha indicado que las condiciones personales que se valoran en una determinada persona, para ser contratada, así como la transparencia en el ejercicio de las labores conexas o directamente relacionadas con su trabajo, por su naturaleza de “intuitu personae”, deben mantenerse a lo largo de toda la contratación. Además, debe tomarse en cuenta el tipo de trabajo que despliega el o la servidora; y, en el caso presente, la entidad demandada perdió objetivamente la confianza en la accionante, por la anomalía en la que incurrió. En cuanto a este tema, Cabanellas ha señalado que “Cuando los actos que el trabajador provoca justifican la pérdida de la confianza, es evidente que desaparece la armonía que debe predominar en el contrato de trabajo, por lo que se justifica el despido, principalmente si el conjunto de los actos del subordinado crea insuperable recelo. Tal es el caso de las conductas que, sin constituir delito,

originan la pérdida de ese elemento que es básico en la relación laboral; aun cuando la deslealtad sancionada no constituya delito criminal ni falta de tal carácter y razón suficiente para imposibilitar la continuidad del contrato de trabajo. Debido a esa naturaleza del vínculo laboral, el trabajador debe mantener una conducta intachable dentro y fuera del trabajo; cuando no es así, desaparece el elemento de confianza en él depositado, y puede ser despedido con justa causa..." En conclusión, todo hecho que sea susceptible de sembrar la desconfianza del empresario y que impida la prosecución de la relación laboral –dentro de un ambiente sin recelos- puede servir para fundar la ruptura del contrato de trabajo." (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1992, pp. 973-974). En el caso concreto, quedó demostrado el grave hecho por el cual se perdió la confianza en la actora, pues resulta inadmisibles que en la condición que mantenía, como auxiliar de cocina del Hospital Blanco Cervantes, incurriera en una falta de esa naturaleza, de tratar de sustraer alimentos que pertenecían al hospital, necesarios para cumplir su fin público.

VI.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con lo expuesto, queda claro que no resulta posible acoger el recurso de la demandante y, por consiguiente, el fallo impugnado debe ser confirmado.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

ACOSO SEXUAL VOTO 2005-01052

De las 9:35 hrs. del 21 de diciembre de 2005.

Se hace un análisis de la normativa que regula el acoso sexual y de la forma de valorar la prueba en esta clase de proceso.

La calificación de pioneros en la regulación del acoso sexual corresponde a Estados Unidos y Canadá. En efecto, el acoso sexual como ilícito laboral surge y se desarrolla en los países mencionados y de ahí se extiende al resto de países y Organizaciones

Internacionales con competencia en las relaciones de trabajo (OIT, UE). Las primeras investigaciones sobre esta materia coinciden en afirmar que el acoso sexual es una consecuencia de la manera cómo está organizada la sociedad y de la distribución del poder entre los sexos. En consecuencia, se considera el acoso sexual no como una expresión del deseo sexual, sino como una demostración de poder, una reafirmación del poder expresada de una manera psíquica que tiene como último objeto recordar a la mujer que su lugar en la sociedad es el de ser un objeto sexual. Por lo tanto la conducta responde a la inferior posición que ocupan las mujeres en el mercado de trabajo y ayuda a mantenerlas en esas posiciones. De esta manera, TANGRI et altri explican el acoso sexual bajo tres modelos distintos: el natural o biológico; el modelo organizativo y el modelo socio cultural. Bajo el prisma del primero el acoso sexual no es más que el simple producto de la natural atracción entre dos personas, y en este sentido, dado que los hombres poseen un vigor sexual más fuerte, son ellos quienes usualmente comienzan las proposiciones sexuales. El segundo de los modelos implica que el acoso sexual es el resultado de ciertas estructuras oportunistas creadas en el interior de las organizaciones sociales y de las relaciones de jerarquía. En este sentido, se afirma que las personas que ejercen cierto poder pueden llevar a personas de una categoría inferior a aceptar un papel de objeto sexual. Por último, el tercer modelo argumenta que el acoso sexual es el reflejo de la larga y diferente distribución social del poder y del status entre los sexos.

En consecuencia, éste no implica una necesidad sexual, sino que es consecuencia y manifestación de las diferencias de poder que existen entre los hombres y las mujeres en nuestra cultura(...) Las estadísticas demuestran que normalmente no son las mujeres más atractivas las que sufren acoso sino las más vulnerables en razón de la edad, el estado civil, la raza o la capacidad física (Lo negrita y subrayado no es del original) (Ver en este sentido, "EL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO", ALTES TARREGA, Juan Antonio, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pág 26, 27 y 28). En nuestro país existe legislación y se han ratificado convenciones que afirman que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos

humanos, las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer al reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. “El miedo a la violencia, incluido el hostigamiento, es un obstáculo constante para la movilidad de la mujer, que limita su acceso a actividades y recursos básicos” (Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer Beijing 1995. Plataforma de Acción Declaración de Beijing. Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y la Familia. Ministerio de Planificación y Política Económica. San José, Costa Rica. 1996). Así la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) ratificada por nuestro país desde el año de 1995, viene a constituir una positiva contribución para proteger los derechos de la mujer y establece la definición y ámbito de su aplicación. Al respecto algunos artículos de esa convención expresan:

“Artículo 1º. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

“Artículo 2º: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar...”

“artículo 3 : Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”.

“Artículo 4: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre

derechos humanos. Estos derechos, entre otros: a) el derecho a que se respete su vida; b) el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c) el derecho a la libertad y a la seguridad personales...e) el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia...f) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley...”

“Artículo 6º: El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento de inferioridad o subordinación”.

La Convención obliga a tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza, o de su condición étnica. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o privación de su libertad.

Por otra parte la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia número 7476, de fecha 3 de febrero de 1995, publicada en La Gaceta número 45 del 3 de marzo de 1995, viene a definir conductas de acoso y hostigamiento sexual y sanciones. En ese sentido, el artículo 1º establece los principios regentes de dicha normativa.

“Artículo 1.- Principio regentes: Esta Ley se basa en los principios constitucionales del respeto por la libertad y la vida humana, el derecho al trabajo y el principio de igualdad ante la ley, los cuales obligan al Estado a condenar la discriminación por razón del sexo y a establecer políticas para eliminar la discriminación contra la mujer, según la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”.

“Artículo 2.- Objetivo El objetivo de la presente Ley es prohibir y sancionar el acoso u hostigamiento sexual

como práctica discriminatoria por razón del sexo, contra la dignidad de la mujer y del hombre en las relaciones laborales y de docencia.”

“Artículo 3.- *Definiciones Se entiende por acoso u hostigamiento sexual toda conducta sexual toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos: a) Condiciones materiales de empleo o de docencia. b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo. .c) Estado general de bienestar personal. También se considera acoso sexual la conducta grave que, habiendo ocurrido una sola vez, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados.*

Artículo 4.- *Manifestaciones del acoso sexual. El acoso sexual puede manifestarse por medio de los siguientes comportamientos:*

1. *Requerimientos de favores sexuales que impliquen: a) Promesa, implícita o expresa, de un trato preferencial, respecto de la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien la reciba. b) Amenazas implícitas o expresas, físicas o morales de daños o castigos referidos a la situación, actual o futura, de empleo o de estudio de quien las reciba. c) Exigencia de una conducta cuya sujeción o rechazo sea, en forma implícita o explícita, condición para el empleo o el estudio.*
2. *Uso de palabras de naturaleza sexual, escritas u orales, que resulten hostiles, humillantes u ofensivas para quien las reciba.*
- 3.- *Acercamientos corporales u otras conductas físicas de naturaleza sexual, indeseados y ofensivos para quien los reciba.*

Artículo 12.- *Responsabilidad del patrono Todo patrono o jerarca que incurra en hostigamiento sexual será responsable, personalmente, por sus actuaciones. Asimismo, tendrá responsabilidad si, pese a haber recibido las quejas de la persona ofendida, no cumple con lo establecido en el artículo 5 de la presente Ley”.* (Lo negrita y subrayado no son del original).

Valga señalar que con anterioridad a la promulgación de la ley, no existía disposición legal específica que regulara internamente el acoso u hostigamiento sexual como una falta grave a las obligaciones laborales, sino hasta que se promulgó la ley, pues con anterioridad tales conductas se incluían en el inciso genérico l) del artículo 81 del Código de Trabajo. Implícitamente en el artículo 25 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y La Docencia, se prevé la posibilidad hasta del despido sin responsabilidad patronal, en el caso en que se incurra en la conducta de acoso y hostigamiento sexual, que viene a atentar contra el deber de fidelidad y la buena fe que debe imperar dentro de toda relación contractual.

En el caso bajo examen la conducta inmoral del funcionario se dio durante la prestación del servicio en perjuicio de las beneficiarias de la ayuda social, que como agente público debía brindar. Se ha demostrado que el señor Viquez Gairaud, quebrantó en forma grave y relevante los deberes de fidelidad implícitos en la prestación del servicio público, obligaciones que debía observar con celo y probidad para no defraudar los intereses de la institución de bien social en que laboraba y la confianza en él depositada, los cuales constituyen infracciones a los deberes éticos, impuestos por la función pública desempeñada, con la suficiente entidad para justificar el despido sin responsabilidad patronal.

SOBRE EL SOBRESIMIENTO DICTADO EN SEDE PENAL Y VIOLACIÓN AL PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. VOTO N° 2005-01052.

De las 9:35 hrs. del 21 de diciembre de 2005.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada ha hecho ver la independencia que existe entre las jurisdicciones penal y laboral. Así en el voto número 519 de las 10:00 horas del 1 de octubre del 2003, señaló “ *En la penal, se pretende establecer la comisión de un delito, de forma tal que el comportamiento de la persona acusada, para que se constituya en ilícito, debe enmarcarse*

expresamente en el tipo penal previsto por la norma; aparte de ser antijurídico y culpable. Así las cosas, un determinado comportamiento puede no ser delictivo, pero sí puede configurarse como una falta grave a las obligaciones impuestas por el contrato de trabajo. Consecuentemente, el resultado de un proceso penal, salvo en las circunstancias previstas en el artículo 164, del Código Procesal Civil, no influye en la decisión que haya de tomarse, al momento de valorar una falta laboral, pues, en aquella sede penal, lo que se pondera es la comisión de un comportamiento tipificado, por la ley, como un delito, de manera que, a pesar de que tal conducta no se configure como un ilícito penal, sí puede, de manera independiente, constituirse en una falta laboral grave, suficiente para poder decretar, legítimamente, un despido justificado.

Este tema fue discutido en la jurisdicción constitucional, estableciéndose una clara independencia entre el ámbito sancionatorio penal y el disciplinario. En ese sentido, en la sentencia número 243, de las 16:30 horas, del 28 de febrero de 1990, se indicó: “El recurrente reclama como violado el principio de presunción de inocencia que consagra el artículo 39 Constitucional, pues se le sancionó disciplinariamente por un hecho que está siendo investigado judicialmente. No comparte la Sala esa tesis, desde que una conducta, como la que se atribuye al señor ..., tiene repercusión y relevancia en dos planos y ordenamientos distintos. Uno, el penal, por el cual debe investigarse si su conducta encuadra como ilícita, de donde la sociedad como tal vendría a sancionarlo, y otra, la laboral (o de servicio), en la que será su patrono quien decida si los bienes puestos a la orden del servidor, para el cumplimiento de sus deberes, fueron correcta o apropiadamente usados. No existe una subordinación de lo laboral a lo penal, como se pretende en el recurso, ya que lo resuelto administrativamente no tiene incidencia en la investigación judicial, pues su naturaleza y propósito es diferente.” (La negrita no está en el original. En el mismo sentido, ver la resolución N° 1.613, de las 9:39 horas del 2 de abril de 1993 de esta Sala; y, de esta otra Sala, entre los más recientes, los fallos N°s. 382, de las 10:20 horas del 31 de julio; 431, de las 9:30 horas del 29 de agosto, ambos de 2002; y, los Nos. 81 de las 9:20 horas del 20 de febrero y 92 de las 9:40 horas del 28 de febrero del 2003).”

PÉRDIDA DE CONFIANZA VOTO N° 2004-0967

De las 10:35 hrs del 10 de noviembre de 2004.

Sobre la pérdida de confianza, la Sala Segunda indicó:

“De manera reiterada se ha indicado que las condiciones personales que se valoran en un determinado trabajador, para ser contratado, así como la transparencia en el ejercicio de las labores conexas o directamente relacionadas con su trabajo, por su naturaleza de “intuitu personae”, deben mantenerse a lo largo de toda la contratación, además de tomarse en cuenta el tipo de trabajo que despliega el o la servidora; y, en el caso presente, justificadamente, la entidad demandada perdió objetivamente la confianza en la funcionaria, por las graves anomalías que se descubrieron en el trámite de la liquidación de las pólizas, que se recalcularon en montos, por mucho, menores a los que realmente correspondían y que inicialmente habían sido fijados de manera correcta por otro funcionario. En cuanto a este tema, Cabanellas ha señalado que “Cuando los actos que el trabajador provoca justifican la pérdida de la confianza, es evidente que desaparece la armonía que debe predominar en el contrato de trabajo, por lo que se justifica el despido, principalmente si el conjunto de los actos del subordinado crea insuperable recelo. Tal es el caso de las conductas que, sin constituir delito, originan la pérdida de ese elemento que es básico en la relación laboral; aun cuando la deslealtad sancionada no constituya delito criminal ni falta de tal carácter y razón suficiente para imposibilitar la continuidad del contrato de trabajo. Debido a esa naturaleza del vínculo laboral, el trabajador debe mantener una conducta intachable dentro y fuera del trabajo; cuando no es así, desaparece el elemento de confianza en él depositado, y puede ser despedido con justa causa...”

En conclusión, todo hecho que sea susceptible de sembrar la desconfianza del empresario y que impida la prosecución de la relación laboral –dentro de un ambiente sin recelos- puede servir para fundar la ruptura del contrato de trabajo.” (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1.992, pp. 973-974).”

Sobre este mismo tópico otra resolución de esta Sala indicó:

“De lo que se trata, entonces, en estos casos, es de una pérdida de confianza objetiva; esto es, de una situación fáctica que, razonablemente, lleva a desconfiar del servidor o de la servidora, como persona idónea para atender los intereses de la parte empleadora. La -pérdida objetiva de confianza-, como falta grave genérica, tiene connotaciones especiales y propias que la diferencian de otras causales de despido...,” figura que apunta más a que se den circunstancias que generen un peligro potencial para el empleador. (El subrayado no es del original). (Voto N° 353, de las 10:40 horas del 5 de abril del 2000). Sobre el tema en particular, también pueden ser consultadas las sentencias números 37 de las 10:00 horas del 5 de febrero del 2003; 102 de las 10:35 horas del 16 de febrero, y 316 de las 9:00 horas del 11 de mayo, ambas del 2005.

CAJEROS VOTO N° 2005-01060

De las 10:15 hrs. del 21 de diciembre de 2005

Tienen un especial deber de diligencia y debe analizarse su conducta laboral con un estricto apego a las normas por el tiempo de labor que desempeñan. Por otra parte, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sala ha sido especialmente estricta con los funcionarios que se desempeñan como cajeros. De esta manera se ha resuelto:

“Por la especial y delicada naturaleza de su función, el servidor bancario en general debe ser un trabajador probo, intachable, leal y, fundamentalmente, confiable; siendo todas éstas, características y obligaciones inherentes a su contrato de trabajo -artículo 19 del Código de Trabajo. En el momento en que un servidor de un Banco, estatal o privado, comprendidos todos, a su vez, dentro del concepto de Sistema Bancario Nacional, contraría alguna de esas obligaciones que le impone el vínculo contractual, en provecho de un tercero o para favorecerse en lo personal, no cabe la menor duda de que pone en

entredicho la estructura y la organización internas de la entidad, desmejorando, en ese tanto, el buen servicio que están obligados a prestar, para la puesta en marcha de programas o de proyectos de beneficio colectivo, en tanto contribuyen al mejoramiento y a la reactivación económica del país, con dineros públicos o privados, en el contexto de la banca mixta.

En esas condiciones, cuando el funcionario bancario atenta contra la estructura interna de la Institución, quebrantando el marco jurídico allí vigente, que regula su proceder actuará, a su vez, contrariamente a la buena fe, probidad, lealtad y confianza, que inspiran su contrato de trabajo y, por ello, se hará acreedor a la máxima sanción a imponer, a saber, su destitución sin responsabilidad patronal.

Valga poner de relieve que, el proceder censurable del servidor, no necesariamente debe causar un perjuicio económico, real y efectivo al patrono; puede ser inclusive potencial, pero no por ello deja de ser sancionable, a raíz del deterioro al prestigio que puede deparar a la imagen del Banco, tanto interna como externamente.” (Resolución N° 202, de las 16:05 horas del 3 de julio de 1996.)

En igual sentido se ha indicado:

“Con relación a las faltas cometidas por el empleado bancario, la Sala ha reiterado el criterio de que basta con determinar hechos, que razonablemente, hagan perder la confianza en el servidor; como lo es una conducta negligente grave, que ponga en peligro los bienes del empleador; para que, justificadamente, éste pueda ponerle fin a la relación, pues de esa manera la idoneidad del empleado, para cumplir con sus obligaciones, resulta en entredicho. Este tipo de funcionarios, por el hecho de realizar actividades relacionadas con el manejo de sumas considerables de dinero, están obligados aún más que cualquier otro trabajador a actuar en forma sumamente cuidadosa, poniendo la mayor diligencia en el desempeño de sus tareas; pues, de no hacerlo, se pueden afectar seriamente los intereses de la entidad bancaria, su empleadora, como sucedió en el asunto del cual se conoce (ver Votos de esta Sala números 79, de las 9:10 horas, del 17 de agosto de 1988 y 40, de las 9:50

horas, del 12 de marzo de 1993). En consecuencia, sus faltas deben ser valoradas con mayor rigor, pues, un mal funcionamiento del sistema no sólo puede lesionar a la entidad desde el punto de vista económico sino también puede afectar su prestigio e imagen, en relación con terceros que ocupan sus servicios, para el manejo y custodia de dineros y de títulos” (La negrita no pertenece al original). (Sentencia número 416 de las 11 horas del 27 de julio del 2001) También consúltense las sentencias N° 958, de las 9:50 horas del 10 de noviembre del 2004, y N° 721, de las 9:15 horas del 1° de septiembre del 2004.

EL FUERO DE PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA VOTO N° 2005-01061

De las 10:20 hrs. del 21 de diciembre de 2005

Sobre este tema la Sala Segunda ha dicho que la Constitución Política dedica el Título V, a la tutela y la protección de los derechos y de las garantías sociales. En el Capítulo Único de ese Título, el numeral 51, consagra la familia como el elemento natural y fundamento esencial de la sociedad, estableciendo una protección especial por parte del Estado; derecho que, expresamente, se hace extensivo, entre otros, a la madre y al niño. Igualmente, se han emitido una serie de normas tendientes a desarrollar este postulado. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los artículos 17.1 y 19, señala el amparo a la familia y a los menores. Del mismo modo, en el Convenio 102 de 1952 de la O.I.T, sobre la seguridad social, adoptado por nuestro país mediante Ley N° 4736 de 29 de marzo de 1971, excluyéndose de aprobación las partes III y IV, en la Parte VIII se regulan las prestaciones mínimas por maternidad. Del mismo modo, en la “Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, ratificada por Ley N° 6968, del 2 de octubre de 1984, en el artículo 11, se establece:

“1°.- Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres 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 al acceso 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 un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de 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.

2°.- 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 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 pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.
- c) Alienta el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para 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.” Desarrollo de estas normas en la legislación ordinaria, son los artículos 94 y siguientes del Código de Trabajo, que detallan el contenido de esos principios.

Así, el artículo 94, prohíbe 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, conforme a las causales establecidas en el artículo 81 ibídem, en cuyo caso 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 esa protección, la trabajadora deberá darle aviso de su estado, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social. El 94 bis ibídem, establece el derecho de la trabajadora despedida en contradicción de lo dispuesto en el artículo anterior, de gestionar ante el juez de trabajo, su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos. En el supuesto de no optar 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 dejados de percibir desde el momento del despido y hasta completar ocho meses de embarazo.

De esa manera, se establece una clara excepción al régimen de libre despido, contemplado en el artículo 63 de la Constitución Política.

(...)

VII.-A lo expuesto hay que añadir que aún considerando como causal del despido, la crisis económica de la empresa, y no el estado de embarazo, no puede el empleador ampararse en esa circunstancia para privar a la trabajadora en estado de gravidez, del derecho al trabajo y su estabilidad y permanencia en él, que le

garantizan los numerales 94 y 94 bis ibídem, y que se erigen en límites al libre despido. Este tema ha sido discutido en doctrina, llegándose a la conclusión de que se trata de un hecho que no es imputable al trabajador si no al patrono, por lo no puede perjudicarlo.

En concreto se ha dicho: “... Una cuestión de interés se plantea cuando el empleador acredita que la causa del despido no es el embarazo o maternidad, pero tampoco es una causa que quepa calificar como justa. Tal lo que sucede, en particular, cuando el motivo de la disolución del contrato es la liquidación de la empresa u otras razones económicas que, por ser imputables al empleador, sacan a la disolución del contrato fuera del marco del artículo 247 de la Ley de contrato de trabajo y lo colocan dentro del artículo 245 de la misma Ley.

Se trata en suma de causales que, dentro del régimen de la Ley de contrato de trabajo, no alcanzan para que el despido pueda ser considerado con justa causa, y no podría el empleador escudarse en ellas para privar a la trabajadora embarazada o madre, de la estabilidad restringida que le brindan los artículos 177 y 178 antes citados ...” (Cabanellas, Guillermo, Tratado de Derecho Laboral, Tomo II, Derecho Individual del Trabajo, Volumen 3, Contrato de Trabajo, 3° edición, Editorial Heliasta S.R.L., 1988, Buenos Aires, Argentina, p. 314). (...)

Los Magistrados que suscribimos, nos apartamos del voto de mayoría por las siguientes razones:

Una vez valoradas las pruebas que constan en los autos, estimamos que lleva razón el recurrente en cuanto acusa una indebida apreciación de los elementos probatorios, así como una incorrecta aplicación de la normativa aplicable al caso concreto. Esta Sala ha reiterado que el despido de la trabajadora embarazada resulta no solo procedente en el supuesto de que haya incurrido en falta grave a sus obligaciones laborales, sino que también resulta viable cuando median causas objetivas u otros supuestos que hagan imposible la estabilidad de la trabajadora. Así, en reiteradas ocasiones, se ha indicado que procede el despido cuando los nombramientos han sido en forma interina para sustituir a otro u otra trabajadora en supuestos de vacaciones o incapacidades (sentencias

números 177-92, 31-93, 410-95, 249-00, 175-02, 377-02, 484-04); que no resulta discriminatorio cuando se le destituye para nombrar a otra persona en propiedad (votos números 177-92, 31-93, 410-95, 95-98, 533-00, 175-02 y 377-02), cuando los contratos son por temporada alta (sentencia número 588-04), o cuando medie una verdadera reorganización (fallo número 1073-04).

Estos criterios también han sido avalados por la Sala Constitucional y al respecto pueden consultarse las sentencias números 4552, de las 16:00 horas del 10 de setiembre; 4979, de las 9:06 horas del 8 de octubre; 5528, de las 10:54 horas del 29 de octubre, todas de 1993; 5050, de las 17:12 horas del 6 de setiembre; 5932, de las 12:39 horas del 7 de octubre, ambas de 1994; 607, de las 16:39 horas del 1° de febrero; 5913, de las 15:24 horas del 31 de octubre, estas de 1995; 5332, de las 9:54 horas del 11 de octubre de 1996; 2329, de las 9:57 horas del 25 de abril; 2942, de las 15:54 horas del 28 de mayo; 3988, de las 10:00 horas del 11 de julio, todas de 1997; 780, de las 15:03 horas del 6 de febrero; 3083, de las 9:12 horas del 6 de mayo; 3581, de las 13:30 horas del 29 de mayo; 8634, de las 17:39 horas del 1° de diciembre, estas de 1998; 2649, de las 17:41 horas del 13 de abril de 1999; 9664, de las 14:35 horas del 1° de noviembre del 2000; 428, de las 15:27 horas del 16 de enero del 2001; 11094, de las 10:41 horas del 22 de noviembre del 2002; y, 6164, de las 10:03 horas del 4 de junio del 2004. En la sentencia de esta Sala número 249, de las 9:55 horas del 25 de febrero del 2000, sobre este punto se indicó:

“No obstante, con una aplicación razonada y objetiva de la disposición normativa, ha sido criterio reiterado, de esta Sala y de la Constitucional, que la regulación especial del Código de Trabajo, reformada e introducida por la Ley de la Promoción de la Igual Social de la Mujer, busca la directa tutela de la mujer, en su condición de madre; estableciéndose, por ello, la prohibición de que sea despedida, con el único fin de evadir el costo de la seguridad social por maternidad. De esa manera, lo que la norma pretende es impedir la discriminación de la mujer, sólo por su condición de embarazada o por estar en período de lactancia. Entonces, debe quedar claro que, tal protección, se estableció para evitar la discriminación; por lo que

ello no obsta para que la relación de trabajo pueda concluirse debido a la comisión de una falta grave, por parte de la trabajadora o bien por cualquier otro motivo objetivo y legítimo que imposibilite la continuación del contrato; pues, claro está, no se trataría, entonces, de un acto discriminatorio. De esa manera, queda prohibida la discriminación de la mujer por el hecho del embarazo o de la lactancia, pero la normativa no garantiza una inamovilidad absoluta.” (Los destacados no son del original).

En el caso bajo análisis las pruebas aportadas resultan plenamente fehacientes en el sentido de que el despido de la actora no se debió al embarazo que ella cursaba, sino que vino impuesto por una especial situación económica de la sociedad empleadora, que al depender de un único cliente se vio seriamente afectada cuando disminuyeron los pedidos, al grado de que poco a poco tuvo que ir despidiendo al personal encargado de la producción hasta cerrar dicho departamento.

La reestructuración o reorganización indicada en la comunicación del despido (folio 56) debe ser entendida en ese sentido, por lo que no compartimos el criterio de la mayoría, de que se varió la causal del despido. La empresa tuvo que liquidar la mayoría del personal, por la imposibilidad de sostener la producción. Este hecho fue del conocimiento de la actora, quien al plantear su denuncia ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo señaló: *“... mi despido se debió a que la empresa no tiene contratos para trabajar y se ha venido despidiendo a todo el personal de la misma poco a poco ya que la van a cerrar...”* (folio 104). De igual forma, de la declaración de su cónyuge se desprende que tenía claro que el despido no era por el embarazo sino por la situación que atravesaba la empresa. En efecto, el señor Carlos Núñez Barahona dijo:

“A la actora la despidieron, porque según la demandada iba a cerrar, supuestamente por reorganización de personal porque la empresa estaba pasando una mala situación económica. Esto me lo comentó la actora... La actora me había comentado que como la empresa estaba como en malas condiciones o bien no tenía mucho trabajo a ella y otras compañeras la mandaron a la casa... La actora me había comentado que en la empresa hubo varios despidos de mujeres y hombres. Fueron despidos masivos” (folios 77-79).

Como se apuntó, de lo anterior se desprende que la accionante tenía clara las razones por las cuales se dispuso su destitución. Además, de la documental y testimonial aportadas, así como del informe realizado por la inspectora de trabajo, se desprende que la reorganización a la que se vio obligada la empresa fue real, debido a la crisis económica. Al folio 32 consta una solicitud de disminución de personal para el momento en que la empresa contaba ya con solo 105 trabajadores y se pedía reducir el número de empleados a 25. La justificación dada se planteó en los siguientes términos:

“En el último mes nuestra Empresa, se vio afectada por los cambios estructurales y organizacionales que tuvo nuestro único Cliente “COACH”./Esto motivó a una grandisminución de Ordenes de Producción y al traslado parcial del Cliente y pedidos a otros Centros de Producción más baratos como China./ Por esta razón nos vimos en la necesidad de reducir sustancialmente nuestro equipo de Trabajo”. Luego, de la documental de folios del 33 al 47 se tiene que en la semana del 5 al 9 de mayo del 2003, la planilla de la empresa era de 163 trabajadores. La actora estaba ubicada en el departamento de producción, concretamente en el módulo 31.

En la semana del 23 al 27 de junio siguiente el número de trabajadores había disminuido a 48 y no quedó ninguno en el módulo de producción en el que trabajaba la actora. Asimismo, de los documentos visibles a partir del folio 93, se tiene que las destituciones comenzaron a darse casi desde un año antes de destituir a la actora, con lo que se confirman las manifestaciones de la parte demandada, en el sentido de que la accionante y otras trabajadoras embarazadas fueron de las últimas en ser destituidas. Así, del cuadro visible al folio 93 se tiene que se despidió a un total de 457 trabajadores, a partir de julio del 2002 y hasta junio del 2003, dándose el mayor número de destituciones en el mes de enero del 2003, que alcanzó un total de 256 despidos. De ese documento y del visible a los folios del 94 al 100 se tiene que la empresa no pudo empezar a recuperarse sino a partir de agosto del 2003 cuando se fue contratando nuevo personal, poco a poco y hasta alcanzar un total de 240 trabajadores, pero esto en julio del 2004. Si se revisa la planilla que ahí consta se desprende que fue solo un poco más de 20 trabajadores los que

permanecieron laborando para la accionada, lo que confirma su posición durante la litis. La situación fue corroborada con la inspección hecha por la funcionaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien al confeccionar el respectivo informe señaló: *“Indican las trabajadoras que su despido no se debió a su estado de embarazo sino a que la empresa se encuentra en quiebra y ha liquidado a casi todo el personal de diciembre hasta la fecha...”*

Por lo anterior visité el 1 de julio el centro de labores y en conversación con la señora MER, Jefe de Recursos Humanos y LMM, Gerente Financiero, estos me indicaron que la compañía se encuentra en muy mal estado financiero y está por cerrar sus actividades a finales de este mes, que de diciembre a la fecha se ha liquidado más o menos a doscientos trabajadores, quedando en la actualidad únicamente algunos técnicos, personal administrativo, personal de bodega y supervisores aproximadamente cuarenta y cinco personas. Que mantuvieron en su trabajo a las señoras que se encontraban embarazadas, pero llegó el momento en que ya no tenían nada que hacer y tuvieron que proceder a su despido.../ Dado lo anterior procedí a realizar un recorrido por toda la planta y entrevisté a varios trabajadores, pudiendo constatar que en realidad casi no hay nada que hacer y la planta está desocupada en un noventa por ciento.” (folios 101-103. La negrita y el subrayado no están en el original). Todo lo anterior también encuentra respaldo en la testimonial evacuada.

La testigo MMER, quien se desempeñaba como Jefe de Personal, manifestó: *“La empresa demandada tuvo un cierre del departamento de producción. Esto porque su único cliente Coach no hizo más pedidos por lo tanto la empresa se vio en la obligación de cerrar dicho departamento. No se supo si esta empresa o cliente Coach iba a realizar más pedidos, por lo tanto como dije se cerró dicho departamento. En dicho departamento se encontraba la actora. Al cerrar dicho departamento se despidió como a unos trescientos cincuenta a cuatrocientos trabajadores, hombres y mujeres. En ese despido incluía a las mujeres embarazadas. Se despidieron a tres mujeres embarazadas. Debo dejar claro que esas tres mujeres embarazadas se despidieron al puro final del proceso, con el fin de ver*

si en algún momento se pedía producción por parte de dicha empresa (Coach).

Pero como no se dio los pedidos, se tuvieron que despedir. Los despidos mencionados se vinieron dando desde julio del año dos mil dos y las mujeres embarazadas se despidieron como en mayo o junio del año dos mil tres... Cuando se cerró dicho departamento únicamente se dejó lo que las oficinas administrativas y personal indirecto por ejemplo: supervisores, personal de bodega, control de calidad con dos personas, departamento de corte y dos misceláneos y técnicos... Entre diciembre del año pasado y enero de este año yo llamé a la actora para que volviera a trabajar y ver si le interesaba volver a trabajar... Se llamaron a esas mujeres embarazadas porque eran buenas operarias, nunca tuvieron problemas... También pude observar que dicha inspectora habló con una supervisora que estaba embarazada no sé de qué hablaron. Esta supervisora no se despidió porque como dije era una supervisora, es decir era una personal indirecto... La casa matriz ordenó que se dejara a los trabajadores indirectos y administrativo, con el fin de buscar otros clientes y no quería irse de Costa Rica... En el proceso de recontractación se llamó algunos trabajadores que trabajaron y algunos también regresaron por cuanto otros ya tenían trabajo... Cuando me refiero a personal directo es toda la gente que cose o realiza labores de costura en el departamento de producción e indirecto es el personal que no trabaja en el proceso de producción, sea que no está directamente con dicha producción (que no la realiza)... No se pudo reubicar al personal directo, no hubo esa opción, incluso se despidió a personal indirecto y administrativo, únicamente se dejó personal clave... En cuanto al personal directo no hubo reubicaciones de funciones..." (sic). (folios 80-83. La negrita no consta en el original).

De la declaración de esta testigo, que resulta plenamente creíble, se desprende que efectivamente el despido de la actora no tuvo relación alguna con su estado de embarazo, sino que vino impuesto por la situación económica que enfrentó la empresa al perder al único cliente. Ello generó que se despidiera a todo el personal encargado de la producción e inclusive a algunos trabajadores administrativos. Según sus manifestaciones, quedó laborando una

trabajadora correspondiente al grupo de trabajadores administrativos, quien estaba embarazada, lo que acredita plenamente que en el caso concreto no medió ningún ánimo discriminatorio. También se confirma que las tres mujeres embarazadas que laboraban para la empresa fueron de las últimas en ser despedidas, cuando se hizo necesario cerrar el departamento de producción. De ahí que tampoco resultara exigible obligar a la demanda a exponer y probar las razones por las cuales se había optado entre una trabajadora embarazada respecto de otros u otras trabajadoras que no lo estaban, en virtud del fuero, pues se desprende que se destituyó a todo el personal y solo se mantuvo a quienes ejercían labores administrativas y especializadas, con el fin de procurar la reactivación del giro comercial de la empresa, por lo que tampoco resultaba posible la reubicación. La testigo señaló, además, que cuando la crisis se fue superando, se llamó a varios de los antiguos trabajadores para que de nuevo laboraran, inclusive a la actora, mas esta no atendió el llamado. Tales circunstancias, sin lugar a dudas, excluyen el ánimo discriminatorio por razón del embarazo. Las manifestaciones de la declarante resultan concordantes con lo indicado por el señor ACB, quien señaló *"La actora fue despedida porque terminación de operaciones. La empresa es una maquila y el cliente que se llama Coach dejó de enviar los programas de producción. La empresa únicamente cerro del todo el Departamento de producción y quedó únicamente lo que fue administración, un personal indirecto en desarrollo de producto. Se despidió a todos los de ese departamento... El despido de la actora fue ya casi al final de que se despidió a los trabajadores... Todo el personal de producción fue despedido, no se reubicó a nadie..."* (Sic. Folios 84-85). Con lo expuesto queda claro que el despido de la actora no tuvo como motivo el embarazo que cursaba, sino la situación sufrida por la empresa, que obligó paralizar su producción. Los testigos y la documental acreditan que la demandante fue una de las últimas trabajadoras en ser despedidas. La sociedad empleadora mantuvo trabajando a una trabajadora embarazada, pero que formaba parte del personal administrativo que sí siguió operando. La reorganización que así vino impuesta fue real y quedó debidamente demostrada por la parte accionada, por lo que la demandada cumplió su obligación procesal de acreditar la causa objetiva que

invocó para disponer el despido de la trabajadora (al respecto, véase la sentencia de esta Sala número 202, de las 9:50 horas del 15 de marzo del 2005). Obligar al empleador a acudir ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo en un supuesto como el que se conoce, estimamos que desborda los alcances de la tutela especial.

La normativa fue modificada con el fin de establecer una protección más efectiva contra la discriminación; es decir, para sancionar a aquellos empleadores que destitúan a las trabajadoras embarazadas, por el solo hecho de la maternidad y por los mayores gastos que su situación les generaba. La norma señala que en caso de invocarse falta grave, de las previstas en el artículo 81 del Código de Trabajo, debe acudirse ante la Dirección Nacional e Inspección General de Trabajo, para acreditar ahí la falta y para obtener una autorización expresa por parte del ente ministerial.

Cuando esta Sala y la Constitucional han conocido otros supuestos distintos a la invocación de una falta grave, de causales objetivas como en el caso se da, no ha exigido aquel procedimiento previo, lo que no implica una lesión a la tutela reforzada; pues, en cambio, se ha exigido una prueba calificada, de la cual se derive que la destitución de la trabajadora se dispuso como último recurso, tal y como se ha hecho en otros casos de fueros especiales de tutela, como el sindical. Así, si el empleador invoca reorganización, debe acreditar fehacientemente que la destitución de la trabajadora embarazada vino necesaria e ineludiblemente impuesta, sin posibilidad alguna de sostenerla en su puesto u en otro compatible con sus habilidades; presumiéndose la discriminación y recayendo, por ello, ante el empleador una carga probatoria especialmente calificada, tal y como se dispone en el artículo 8 del Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, al señalar: *“Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del*

hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.” (Los destacados no están el original). En un caso como el que se conoce, la crisis económica de la empresa vino dándose paulatinamente y derivó de un hecho inesperado, sin que pudiera determinarse si mediaría o no una recuperación. Así, la gestión ante el órgano ministerial hubiera tenido que estar sustentada sobre hechos probables, lo que hubiera resultado improcedente y que la empresa esperara hasta el momento en que debió disponerse la destitución conllevaba la espera de al menos dos meses más, que es el período máximo para tramitar aquella gestión (directriz del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Manual de Procedimientos de la Inspección de Trabajo, publicada en La Gaceta N° 8, del 13 de enero del 2.004), lo que se considera excesivo.

De no haberse acreditado, con la calificación reforzada exigida, que efectivamente medió una causal objetiva verdadera que hizo imposible la continuación del contrato, hubieran operado todas las garantías previstas, pero en el caso, consideramos injusto imponer a la sociedad demandada la condena pedida, cuando realmente se preocupó por respetar el fuero especial hasta sus máximos límites, pues quedó demostrado que la accionante y otras trabajadoras que estaban en gestación fueron las últimas en ser destituidas, todo lo cual fue inclusive verificado por las autoridades de la Inspección de Trabajo. En consecuencia, estimamos que lleva razón el recurrente en cuanto acusa una indebida valoración de los elementos probatorios y una incorrecta aplicación de los artículos 94 y 94 bis del Código de Trabajo. En un antecedente de características algo similares, esta Sala avaló la procedencia del despido de una trabajadora embarazada en un supuesto de verdadera reorganización, al señalar: *“En el caso concreto, no se estima que se esté en presencia de un despido discriminatorio por motivo del embarazo. Para arribar a esta conclusión, resulta de vital importancia el hecho de que dos servidoras que se encontraban embarazadas sí fueron recontratadas, a sabiendas de esa situación... Lo anterior demuestra claramente que el INA no aplica una política discriminatoria en contra de las embarazadas... Del material probatorio aportado al expediente se extrae diáfananamente que el cese de la demandante no tuvo nada que ver con*

su embarazo, sino que se debió a razones objetivas, sea el vencimiento del plazo por el cual había sido contratada, resultando imposible su recontratación -a pesar de haber sido recomendada (folios 170 y 195)- en virtud de la reorganización que sufrió el programa en el año 2000...

Así, queda claro que no solo a la actora no se le prorrogó el nombramiento, sino que en igual situación quedaron otras de sus colegas, algunas de las cuales también habían sido recomendadas (ver lista de profesionales contratadas y recomendadas en los años 1999 y 2000, a folios 195-198), con lo que queda desvirtuada cualquier posibilidad de discriminación.” (Sentencia número 1073, de las 9:30 horas del 15 de diciembre del 2004).

Por último, cabe señalar que la opción de suspender los contratos de trabajo no resultaba viable en el caso concreto, pues no se estaba en presencia de ninguno de los supuestos previstos en el numeral 74 del Código de Trabajo. De conformidad con las razones expresadas, consideramos que lo procedente es revocar el fallo impugnado y en su lugar acoger la excepción de falta de derecho y denegar las pretensiones de la accionante. Estimamos, sin embargo, que procede resolver sin especial condenatoria en costas, en el tanto en que se considera que la actora procedió con evidente buena fe (artículo 222 del Código Procesal Civil), pues bien pudo considerar que le asistía los derechos que reclamaba, por su condición de trabajadora embarazada.

POR TANTO:

Revocamos la sentencia recurrida; acogemos la excepción de falta de derecho y declaramos sin lugar la demanda; sin especial condenatoria en costas.

PATRONO. CÓMO DETERMINAR QUIÉN ES EL PATRONO. VOTO 2006-00001

De las 9:30 hrs del 18 de enero de 2006.

IV.- SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL PATRONO:
Otro de los puntos importantes, a determinar es, ¿A

cuál de las sociedades tendría que tenerse como empleador? Reiteradamente, se ha señalado que la trabajadora no tenía la obligación de conocer la identidad de su patrono, cuando éste es una persona jurídica o un grupo económico; pues lo característico de esta figura, como se ha señalado, reside en la circunstancia de que el trabajador/a es puesto a disposición de una sociedad del “grupo” distinta de la que formalmente ostenta la condición de empleador.

Por lo tanto, no existe una situación de comunicación o confusión de plantillas, pues no se trata de que el trabajador/a preste sus servicios indiferentemente a varias sociedades del grupo, sino de una puesta a disposición de aquél a una determinada sociedad de éste, y tampoco se produce la celebración de un nuevo contrato de trabajo, ya que la prestación de servicios se realiza manteniendo el vínculo contractual primitivo que ligaba al trabajador/a con la sociedad que le contrató y le destaca a otra del “grupo” para que desarrolle en ella su prestación laboral (CAMPS RUIZ Luis Miguel. La Problemática Jurídico-Laboral de los Grupos de Sociedades. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, España, 1986, p. 72). De la relación de los numerales 2, 4 y 18, todos del Código de Trabajo, se pueden deducir los elementos caracterizantes de una relación laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. Esta última se ha entendido como el derecho del patrono de dar órdenes, de dirigir la fuerza laboral del empleado y de disciplinarlo. A efecto de determinar, quién fue la verdadera empleadora del trabajador, se debe tomar en cuenta que, el contrato de trabajo, es un contrato realidad. De ahí que, ante la discordancia entre los documentos o acuerdos y lo que acontece en la práctica, debe estarse a esto último. Por la desigualdad de las partes y en aras de no hacer nugatorios los derechos de los trabajadores/as, la condición de empleado o de patrono no depende de la interpretación que le hayan dado las partes, ni de lo que conste en papeles o documentos, sino la que resulte de la realidad.

Por esa razón, en reiterados fallos, esta Sala, ha externado criterio en el sentido de que, el trabajador/a, no está obligado a saber con certeza, quién es su real y verdadero empleador (ver entre otros los votos N° 120-86 de las 14:10 hrs. del 10 de julio de 1986; el N°

319-98 de las 9:40 hrs. del 23 de diciembre de 1998 y el 981-00 de las 10:00 hrs. del 7 de diciembre del 2000). No debe olvidarse que, el Derecho del Trabajo, como derecho social que es, trata de compensar una desigualdad normalmente latente entre trabajadores/as y patrono, de sus representantes o de la persona que cancela su salario, es dejarlo librado a la posibilidad de ver frustrados sus derechos, sobre todo si se considera la cantidad de mecanismos legales a los que puede recurrir el patrono, para cubrir la responsabilidad patronal. De ahí que doña Ana Francisca, no sólo no tenía por que conocer quién era su patrono real por lo que, al incoar su demanda lo hizo contra quien consideraba como su verdadero patrono.

Debe señalarse, también, que todo contrato de trabajo tiene como presupuesto la buena fe de las partes contratantes. Igualmente en su desarrollo y de acuerdo con el artículo 15 del Código de Trabajo, los casos no previstos por ese cuerpo normativo, deben ser resueltos por los principios generales del Derecho del Trabajo, entre los cuales destaca, el de "Primacía de la Realidad", según el cual, en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales; es decir, los hechos prevalecen sobre las formas o apariencias. Por lo tanto sería erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad carecen de todo valor (PLA RODRÍGUEZ Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Editorial Depalma, Tercera Edición, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 315). En ese entendido, para determinar la figura patronal, no interesa la forma de organización adoptada, sino, quien o quiénes en realidad la constituyen, a efecto de determinar él o los obligados respecto del trabajador/a (Ver los Votos de esta Sala N° 236, de las 10:10 horas del 2 de octubre de 1992, N° 110 de las 16:00 hrs. y el N° 111 de las 16:10 hrs., ambos del 4 de febrero del 2000).

Sin duda, en casos así, debe recurrir a otras normas, y principios de derecho a fin de llenar aquella laguna. Así por ejemplo, ante la proliferación de sociedades de capital, el avance de las relaciones comerciales, la facilidad hoy día de transferir el capital de una sociedad a otra, tanto la doctrina como la

jurisprudencia han venido dando relevancia a la figura de la unidad económica, como una forma de evitar el fraude patronal a los derechos de los trabajadores/as. Así entonces, ya no tendrá tanta importancia cuál persona jurídica aparezca formalmente como patrono, o a cual establecimiento se presenta el trabajador/a diariamente a realizar sus labores, o quién pague el salario, sino la determinación de un interés económico común que une a las empresas, y que se concreta en la existencia de un fondo económico con capacidad suficiente para atender los reclamos formulados por los trabajadores/as de sus derechos laborales.

Lo anteriormente expuesto, también es aplicable al caso en examen, donde se revela una relación familiar empresarial, una dirección unitaria de orden patronal respecto de la actora, pues ésta laboró tanto para don RF, como para su hija, SFC.

VIÁTICOS VOTO 2006-00004

De las 10:00 hrs del 18 de enero de 2006.

Quedó acreditado que, aparte del salario, a don Edward se le cancelaban viáticos cuando viajaba al extranjero, para cubrir los gastos de hospedaje, alimentación y transporte (f. 131 y 139). Debe aclararse que los viáticos no constituyen salario en especie, pues este último está configurado por bienes distintos al dinero (así se resolvió en el voto de esta Sala N° 165 de las 15:50 horas del 16 de junio de 1999). Ahora bien, independientemente de la cuestión de si fueron pretendidas o no, lo cierto es que no puede reconocérsele a dichas sumas una naturaleza salarial, debido a que eran montos variables y sujetos a liquidación, según lo declaró la testigo Viviana Vargas Mena a f. 419. Para una mejor comprensión, resulta interesante citar la sentencia de esta Sala N° 83 de las 9:40 horas del 26 de febrero del 2003:

“La situación planteada también impone determinar si los rubros concedidos al accionante, para que hiciera frente a los gastos de alimentación y hospedaje, durante los días en que realizaba giras a distintas zonas del país, revestían o no naturaleza salarial. Por lo general, a las sumas concedidas en atención a esa concreta necesidad se le ha dado el nombre de viático,

considerándosele como “... un suplemento retributivo, ... una compensación, que el patrono abona al trabajador para que éste haga frente a los desembolsos originados por el alejamiento transitorio de su residencia, siempre que deba efectuar una diligencia, comisión o encargo en nombre de la empresa de la que dependa./ ... / El viático genuino comprende tanto los gastos de viaje como los mayores desembolsos por alimentación y demás, cuando ese traslado es imperativo, impuesto por la empresa, por razón del servicio que el trabajador debe prestar. Cuando éste debe viajar para prestar, por orden de la empresa, una tarea determinada, deben compensársele los gastos originados por dicho motivo; entonces la empresa debe darle, a prevención de tales gastos, una suma, que se denomina viático, y de la cual tiene que rendir cuentas el trabajador.” (CABANELLAS DE TORES, op.cit., p. 767).

Ahora bien, se considera que el viático sí tiene una naturaleza típicamente salarial, cuando deja de ser una simple compensación de los gastos en que ha incurrido el trabajador y, lo concedido, viene a aumentar la retribución de éste; pasando, entonces, a formar parte, jurídicamente, del salario. En ese concreto sentido Néstor de Buen, explica: “Se entiende por viáticos las cantidades que se entregan al trabajador, para el desempeño de su trabajo, cuando tiene necesidad de erogar gastos de alimentación y hospedaje. En realidad no forman parte del salario y solo son exigibles mediante la comprobación del gasto respectivo... Aún cuando no queda claro si esta jurisprudencia se refiere también a los casos en que los viáticos no están sujetos a comprobación, en nuestro concepto si el trabajador recibe una cantidad fija por ese concepto, deberá entenderse que forma parte de su salario.” (DE BUEN L., Néstor. Derecho del Trabajo, Tomo II, México, Editorial Porrúa, S.A., sétima edición, 1.987, pp.204-205). En un sentido semejante, Cabanellas explica que el viático sólo puede ser considerado salario, en el tanto implique un aumento en la retribución percibida por el trabajador, mas no en aquellos casos en que se utiliza para cubrir los gastos que éste debe realizar.

Así, si el trabajador no debe rendir cuentas sobre los gastos en que incurrió, sin poderse determinar los verdaderos gastos que enfrentó, lo concedido

se estima como salario. Al respecto, explica: “Debe calcularse como salario aquella parte del viático que incrementa el patrimonio del trabajador; lo que excluye las sumas por reintegro de fondos empleados en el cumplimiento de las tareas encomendadas. Reviste también el carácter de salario el viático fijo e invariable que el trabajador percibe sin cargo de rendir cuentas y con independencia de los gastos efectivos del viaje”. Y, más adelante, señala: “Pero si se le abonan sumas que, además de compensarle los mayores gastos y el costo del transporte, representan un excedente sobre lo realmente gastado, el viático aumenta la retribución y forma parte de ésta.” (La negrita no está en el original. CABANELLAS, op.cit., pp. 767-768).

Conforme con lo expuesto, lo concedido por viáticos podría considerarse parte del salario, en distintos supuestos: que se le cubrieran, en exceso, los gastos realizados; en cuyo caso, el excedente sería lo que habría que considerar como parte del salario; o bien, que se le otorgara una suma, fija e invariable, sin necesidad de que rindiera cuentas; y con absoluta independencia de que tales gastos, se hubieran o no realizado. En el sub-lite, está debidamente demostrado que al actor se le concedían determinados montos de dinero, para que hiciera frente a los gastos de alimentación y de hospedaje. La documentación aportada consiste en distintas facturas por hospedajes y reportes de los viajes; y, según se desprende de lo indicado por el recurrente, al reconocer la documentación aportada por la parte demandada, se trataba de la comprobación de los gastos en que incurría. Al mismo tiempo indicó que la empleadora les hacía adelantos de dinero para enfrentar los gastos, mas si éstos resultaban inferiores a las sumas otorgadas, el monto correspondiente se ajustaba en el pago siguiente.

De lo anterior se desprende que no se trató de sumas concedidas invariablemente al actor, otorgadas con independencia de que incurriera o no en los gastos; razón por la cual, por ahí, no podrían ser consideradas como una retribución salarial” (sobre el tema, pueden consultarse también las resoluciones de esta Sala N° 80 de las 10:50 horas del 26 de enero del 2000 y 17 de las 10:40 horas del 25 de enero del 2002)

RIESGO DE TRABAJO. MUERTE DEL TRABAJADOR. BENEFICIARIOS VOTO 2006-00004

De las 10:00 hrs. del 18 de enero de 2006.

V-. En cuanto a los requisitos del artículo 243 del Código de Trabajo: La norma en cuestión dice:

“Cuando un riesgo del trabajo produzca la muerte al trabajador, las personas que a continuación se señalan, tendrán derecho a una renta anual, pagadera en dozavos, a partir de la fecha de defunción del trabajador, o bien a partir del nacimiento del hijo póstumo derechohabientes, calculada sobre el salario anual que se determine que percibió el occiso, en el siguiente orden y condiciones:

a- Una renta equivalente al 30% del salario establecido, durante un plazo de diez años, para el cónyuge supérstite que convivía con aquél, o que por causas imputables al fallecido estuviere divorciado, o separado judicialmente o de hecho, siempre que en estos casos el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad a la fecha en que ocurrió el riesgo y siempre que se compruebe que el cónyuge supérstite dependía económicamente del trabajador fallecido.

Esta renta se elevará al 40% del salario anual, si no existieran los beneficiarios comprendidos en el inciso b) siguiente.

Si el cónyuge no hubiere contraído nupcias, y demostrare una definitiva dependencia económica de la renta para su manutención, a juicio del Instituto Nacional de Seguros, el pago de la renta podrá ser prorrogado por períodos sucesivos de cinco años al vencimiento de los mismos.

Cuando el cónyuge supérstite fuere el marido, sólo tendrá derecho a rentas si justifica que es incapaz para el trabajo, y que no tiene bienes o rentas suficientes para su manutención;

b- Una renta que se determinará con base en las disposiciones que luego se enumeran, para los

menores de dieciocho años, que dependían económicamente del trabajador fallecido.

No será necesario comprobar la dependencia económica, cuando los menores sean hijos de matrimonio del occiso, o extramatrimoniales reconocidos antes de la ocurrencia del riesgo.

En todos los demás casos se deberá comprobar fehacientemente la dependencia económica. La renta de estos menores será del 20%, si hubiera sólo uno; del 30% si hubieran dos; y del 40% si hubieran tres o más. Cuando no haya beneficiario con derecho a renta, de acuerdo con los términos del inciso a) inmediato anterior, la renta de los menores se elevará al 35%, si hubiera sólo uno y al 20% para cada uno de ellos si fueran dos o más, con limitación que se señala en el artículo 245.

Estas rentas se pagarán a los menores hasta que cumplan dieciocho años de edad, salvo que al llegar a esta edad demuestren que están cursando estudios a nivel de cuarto ciclo en alguna institución de enseñanza secundaria, o de enseñanza superior, en cuyo caso las rentas se harán efectivas hasta que cumplan veinticinco años de edad.

Para los efectos de la extensión del pago de rentas de los dieciocho a veinticinco años de edad, los interesados deberán presentar al Instituto Nacional de Seguros, una certificación trimestral del centro de enseñanza en donde cursan estudios, en la que se hará constar su condición de alumno regular y permanente, lo mismo que su rendimiento académico. Es entendido que la suspensión de estudios, o un notorio bajo rendimiento en los mismos harán perder el derecho a las rentas en forma definitiva, excepto en los casos en que el beneficiario pueda demostrar incapacidad física prolongada por más de un mes, eventualidad en la que se podrán continuar pagando las rentas, si se comprueba la reanudación de los estudios.

La extensión en el pago de las rentas se perderá definitivamente si el beneficiario estudiante tuviera cualquier tipo de ingresos, suficientes para su manutención;

c- Si no hubiera esposa en los términos del inciso a), la compañera del trabajador fallecido, que tuviere hijos con él, o que sin hijos haya convivido con éste por un plazo mínimo ininterrumpido de cinco años, tendrá derecho a una renta equivalente al 30% del salario indicado, durante el término de diez años, que se elevará al 40% si no hubiere beneficiarios de los enumerados en el inciso b) de este artículo. Para ello deberá aportar las pruebas que demuestren su convivencia con el occiso. Perderá el derecho a esa renta la compañera que contraiga matrimonio, o entre en unión libre;

ch- Una renta del 20% del salario dicho, durante un plazo de diez años, para la madre del occiso, o la madre de crianza, que se elevará al 30% cuando no hubiere beneficiarios de los que se enumeran en el inciso b) de este artículo;

d- Una renta del 10% de ese salario, durante un plazo de diez años, para el padre, en el caso de que sea sexagenario, o incapacitado para trabajar;

e- Una renta del 10% del referido sueldo, durante un plazo de diez años, para cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales del occiso, hasta tercer grado inclusive, sexagenarios o incapacitados para trabajar, que vivían bajo su dependencia económica, sin que el total de estas rentas pueda exceder del 30% de ese salario.

Se presumirá que estas personas vivían a cargo del trabajador fallecido, si habitaban su misma casa de habitación, y si carecen del todo o en parte, de recursos propios para su manutención;

f- La renta que se fije a cada beneficiario no será inferior al resultado de la siguiente relación: mil quinientos por el porcentaje de renta que le corresponda al causahabiente, dividido entre setenta y cinco.

Si al momento de la muerte del trabajador sólo hubiera uno o dos causahabientes, la renta

conjunta que perciban no podrá ser inferior a quinientos colones; y

g- Las rentas que se fijen con base en este artículo tendrán el carácter de provisionales durante los dos primeros años de pago, y no podrán ser conmutadas durante ese plazo”.

El Tribunal rechazó la demanda en lo que concierne al padre y a la hermana del difunto, lo que esta Sala estima acertado, porque ninguno de los dos cumple las exigencias transcritas. Para que el progenitor del causante sea indemnizable, el inciso d) requiere que sea sexagenario o esté incapacitado para laborar -se entiende que a la fecha de la muerte-. Don Eduardo nació el 16 de diciembre de 1941 (f. 27) y se pensionó por invalidez el 1° de octubre del 2000 (f. 380), lo que implica que no cumplía ninguno de los requisitos a la data del fallecimiento. Por su parte, el caso de los hermanos está regulado en el inciso e), el cual también establece como supuestos ser sexagenario o estar incapacitado para laborar, a lo cual se agrega, como ineludible correquisito, la necesidad de acreditar la dependencia económica (la cual se presume si los parientes vivían con el occiso y carecen de ingresos suficientes para su manutención). Doña RM nació el 18 de julio de 1966 (f. 29), por lo que cuando su hermano murió no tenía 60 años, y no consta en autos que esté incapacitada para trabajar, por lo que, faltando esos dos requisitos, lleva razón el Tribunal al señalar que carece de interés analizar el asunto de la dependencia económica. Por su parte, está bien concedido el derecho a la señora QA, pues para la madre no se establece en la ley requisito o limitación alguna. En otro orden de ideas, ninguna incidencia tiene en la fijación del derecho de la menor el que en el convenio de divorcio se haya fijado a su favor una pensión alimentaria de ¢22.500.00, pues estamos aquí en un supuesto distinto -indemnización por un riesgo del trabajo-, cuyos parámetros de cálculo los establece la ley y no guardan relación alguna con la pensión alimentaria que eventualmente estuviera percibiendo el derechohabiente.

VI-. DE LOS INTERESES Y LAS COSTAS: Antes que nada, debe señalarse que no es cierto que los juzgadores de instancia no concedieron las costas a los actores que resultaron victoriosos representados por el Lic. Alfaro Araya, pues así se resolvió expresamente en el considerando sexto de la sentencia de primera instancia, confirmada en ese aspecto por el superior. En lo que concierne a los intereses, únicamente le fueron reconocidos a la hija del señor Harbottle Quirós, no así a la madre de este, por no haberse incluido ese extremo en la demanda presentada por su apoderado, visible a f. 18. Según el Lic. Alfaro Araya, como en el proceso existe un litisconsorcio activo necesario, la pretensión de sus mandatarios es meramente accesoria a la originalmente planteada por doña Carmen Grimaldo Vásquez, la cual cubre también a sus poderdantes. El Tribunal no acogió esa tesis, pues, a su juicio, en la especie no existe un litisconsorcio, dado que no se está en presencia de una situación jurídica indivisible, ya que, pese a que todos los actores pretenden derivar su derecho del mismo hecho, cada uno de ellos puede exigirlo individualmente, lo que denota que en realidad se trata de una acumulación de pretensiones. Para esclarecer la situación, debe partirse de la regulación que al efecto contiene el Código Procesal Civil:

“ARTÍCULO 106.- Litis consorcio necesario.

Cuando por disposición de la ley o por la naturaleza de la relación jurídica material, la decisión deba hacerse en relación con varias personas, éstas deberán demandar o ser demandadas en el mismo proceso. Si la demanda o la contrademanda no comprende a todos los litisconsortes, el juez ordenará a la parte que, dentro del plazo de ocho días, amplíe su demanda o contrademanda en cuanto a los que faltan, bajo el apercibimiento de dar por terminado el proceso, en el primer supuesto, y de declarar inadmisibles la contrademanda, en el segundo.

ARTÍCULO 107.- Litis consorcio facultativo.

Varias personas pueden demandar, o ser demandadas en la misma demanda, cuando entre las pretensiones que se promueven exista conexión objetiva o causal”.

Explica la doctrina que si bien parece habitual que las partes en el proceso sean un actor y un demandado, no resulta infrecuente que alguna o las dos posiciones

vengan ocupadas por más de un sujeto, surgiendo así la hipótesis de la “pluralidad de partes”; circunstancia que puede ser originaria (varios actúan conjuntamente, uno lo hace frente a varios o varios frente a varios) o sobrevenida (iniciado el proceso, otro sujeto se incorpora a él en alguna de las citadas posiciones) (ARMENTA DEU (Teresa), Lecciones de Derecho Procesal Civil, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales SA, Madrid, 2002, p. 95). Manifiesta ASENSIO MELLADO que la nota característica del litisconsorcio voluntario es precisamente la voluntad de los litisconsortes de actuar unidos cuando tal decisión no venga impuesta por la ley o por la propia naturaleza de la pretensión ejercitada, hecho este que permite afirmar que la demanda planteada bien pudiera haberse establecido por cada sujeto o frente a cada sujeto en procesos independientes. Desde este punto de vista, se resuelve simplemente en una actuación procesal común movida por exclusivas razones de armonía o economía, no siendo otra cosa que una simple acumulación de pretensiones. Se exige para ello que sean compatibles procesalmente hablando (o sea, que puedan ser enjuiciadas en la misma vía) y que sean conexas (es decir, que todas provengan de la misma causa de pedir). Según este autor, cada litisconsorte facultativo es parte por sí mismo, realizando su propia actividad procesal con independencia de la de los demás y sufriendo sus consecuencias (ASENSIO MELLADO (José María), Derecho Procesal Civil, primera parte, segunda edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 p.p. 103-108 y 145-149). Otro estudioso de la materia sostiene que el litisconsorcio facultativo se da cuando en un proceso diversos sujetos en una misma posición de parte ejercen múltiples pretensiones conexas entre sí, que eventualmente hubieren podido ser ejercidas individualmente por sus sujetos titulares. A juicio de este otro autor, dos relaciones jurídicas son conexas cuando coinciden en algunos (no todos) de los siguientes elementos: sujeto, objeto y causa; siendo que para el litisconsorcio facultativo interesa que la conexidad sea objetiva o causal. Continuando con su exposición, dice que en esta modalidad de litisconsorcio cada una de las partes es independiente, por lo que

deben ser consideradas en sus relaciones con la contraparte como litigantes distintos y los actos de uno no aprovechan ni perjudican a los demás, pudiendo

cada uno ser tratado de manera distinta en la sentencia. Señala que el límite a la comunidad de actuaciones admite estrictos caracteres procesales y se manifiesta en las actividades impulsorias del proceso. Por otra parte, estima que se da el litisconsorcio necesario cuando en virtud de una disposición legal o por la naturaleza de la relación jurídica controvertida, la única pretensión hecha valer en juicio solo es proponible por todos los legitimados o contra todos los legitimados, debido a la unidad inescindible que caracteriza a la relación jurídica controvertida. Citando a Calamandrei, indica que a la pluralidad de partes no corresponde una pluralidad de causas, la relación sustancial controvertida es solo una y una sola la acción, pero como la relación sustancial es única para varios sujetos, en forma tal que las modificaciones de ella, para ser eficaces, tienen que operar conjuntamente en relación con todos ellos, todos deben ser necesariamente llamados al proceso. Recalca que entre el litisconsorcio necesario y la legitimación ad causam (titularidad) hay una relación directa e inmediata, porque en este tipo de litisconsorcio la legitimación le corresponde a todos esos sujetos conjuntamente, no separadamente (MARTÍNEZ (Hernán), Procesos con sujetos múltiples, Tomo I, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1994, (p. 27-180). Precisamente por ello, otro tratadista asevera que el centro de gravedad del litisconsorcio necesario hay que encontrarlo fuera del derecho procesal, en el derecho material (SERRA DOMÍNGUEZ (Manuel), "Concepto y regulación positiva del litisconsorcio", Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, N° 3, 1971, Madrid, p. 573).

Del marco teórico desarrollado se deduce que en el caso concreto no existe un litisconsorcio necesario, puesto que cada uno de los actores está legitimado en forma autónoma para exigir las indemnizaciones derivadas del riesgo de trabajo sufrido por su pariente, por lo que cada uno de ellos ha de ser tratado como un litigante independiente, de manera tal que si uno pidió los intereses legales y otro no, este último debe sufrir las consecuencias de su omisión, en virtud del principio de congruencia de la sentencia, que le impide al juez dar más o cosa distinta de lo solicitado (numerales 99 y 155 del Código Procesal Civil, aplicables a la materia laboral por remisión del artículo 452 del Código de Trabajo). Como última observación, ha de indicarse que no es cierto que las normas citadas por

el impugnante en este acápite del recurso obliguen al juez a conceder los intereses legales de oficio, pues lo que esos artículos estatuyen es la obligación de pagar intereses en los supuestos de hecho allí regulados, pero siempre se requiere la instancia de parte para que el juzgador pueda aplicar tales disposiciones legales.

VII-. SOBRE EL SALARIO ANUAL Y EL TIPO DE MONEDA UTILIZAR PARA LAS INDEMNIZACIONES POR RIESGOS PROFESIONALES: Otra de las críticas que se le hacen al fallo recurrido es haber fijado, como base de cálculo de las indemnizaciones que corresponden a las beneficiarias, un salario anual en dólares y no en colones, pues se estima que el salario anual para el cálculo de las indemnizaciones debe ser determinado partiendo del tipo de cambio que regía para el dólar al 1° de enero de 1994, según documentación que se adjunta con el recurso (folios 544 y 546). Para analizar este agravio es conveniente efectuar algunas reflexiones sobre el principio de soberanía monetaria. La denominada soberanía monetaria es parte de la soberanía nacional de los Estados, en este caso del Estado costarricense, que deriva de los numerales 1 y 2 de nuestra Constitución Política, en relación con su artículo 121 inciso 17. Esta norma constitucional faculta al Poder Legislativo para determinar, mediante ley, la unidad monetaria y emitir legislación sobre la moneda.

El Estado Soberano tiene la prerrogativa y el derecho exclusivo de definir y acuñar su propia moneda y la potestad de establecer de manera independiente su política monetaria -regulación del dinero en circulación, tasas de interés, devaluaciones, etc-. Estamos, por tanto, ante un principio de Derecho Público, mediante el cual el poder del Estado se manifiesta, de manera exclusiva y suprema, en la organización, regulación y administración del sistema monetario nacional. Las normas constitucionales que sirven de base a la soberanía monetaria se encuentran desarrolladas por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558 del 3 de noviembre de 1995, que en su artículo 170 derogó la anterior Ley de la Moneda, N° 1367 del 19 de octubre de 1951. La citada Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, en su ordinal 42, establece como unidad monetaria de la República de Costa Rica el colón, siendo este el medio legal

de pago en el país, mediante los billetes y monedas emitidos y puestos en circulación por el Banco Central (artículo 43). Estos billetes y monedas tienen poder liberatorio sin límite alguno, sirviendo para liquidar todo tipo de obligaciones pecuniarias, como la que se pide fijar mediante esta litis, con independencia de si se trata de obligaciones públicas o privadas (artículo 46). Esa misma ley, en su artículo 48, establece la validez, eficacia y exigibilidad de los actos, contratos y obligaciones contraídas en moneda extranjera, aunque deja a opción del deudor el pagarlos en colones, para lo cual deberán calcularse según el “valor comercial efectivo que, a la fecha del pago, tuviera la moneda extranjera adeudada. Se entenderá como valor comercial el tipo de cambio promedio calculado por el Banco Central de Costa Rica, para las operaciones del mercado cambiario, donde no existan restricciones para la compra o venta de divisas. El Banco Central deberá hacer del conocimiento público, la metodología aplicada en dicho cálculo”. Respecto de lo dispuesto en esta norma -es decir, de la opción dada al deudor para pagar sus obligaciones en colones de conformidad con lo expuesto-, en el artículo siguiente (49) se establecen una serie de casos de excepción, en que es obligatorio el cumplimiento en moneda extranjera de lo así pactado. Dichas excepciones son:

- “a) Las obligaciones y los contratos que deban ser pagados desde Costa Rica en el extranjero y viceversa.*
- b) Las operaciones y obligaciones directamente relacionadas con las transacciones de importación y de exportaciones nacionales.*
- c) Las operaciones y obligaciones efectuadas en moneda extranjera con recursos provenientes del extranjero.*
- d) Los avales y las garantías de pago de préstamos de dinero, desembolsados en monedas extranjeras, con recursos provenientes del extranjero.*
- e) Las remuneraciones y los gastos de los agentes diplomáticos y cónsules de carrera acreditados en Costa Rica y de los miembros de agencias de*

gobiernos extranjeros o instituciones establecidas en el país.

- f) Las remuneraciones y los gastos que deban pagarse a personas o entidades domiciliadas en el extranjero, por concepto de servicios prestados a personas o entidades del país.*
- g) Las obligaciones contraídas en favor de personas jurídicas de derecho público que, por leyes especiales, deban ser pagadas en especie o en moneda extranjera.*
- h) Los títulos de crédito o valores que se emitiesen por el Estado, el Banco Central de Costa Rica y las entidades sujetas a la Superintendencia General de Entidades Financieras.*
- i) Las captaciones en moneda extranjera, constituidas en las entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras.*
- j) Los préstamos desembolsados en moneda extranjera, por las instituciones supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras, con los recursos provenientes de las operaciones mencionadas en los incisos c), h) e i) de este artículo.”*

Como puede observarse, la obligación pecuniaria surgida por el riesgo del trabajo sufrido por el causante no encuadra dentro de las salvedades establecidas en la citada Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, que obligan a su cumplimiento o satisfacción en moneda extranjera. Consecuentemente, no encontrándose dentro de dichas excepciones, de conformidad con la normativa citada, podría ser cancelada por el deudor, a su escogencia, en colones, siempre que se calcule su monto “según el valor comercial efectivo que, a la fecha del pago, tuviera la moneda extranjera adeudada”. A mayor abundamiento, en el caso de riesgos profesionales, además de las razones explicadas, la moneda a utilizar según lo previó el legislador es el colón. Así se colige del análisis integral de la normativa que regula esta materia (de riesgos),

por ejemplo el artículo 243 del Código de Trabajo que, además de establecer los porcentajes a distribuir partiendo del salario anual que percibía el trabajador fallecido, claramente utiliza como unidad monetaria el colón cuando dice “(...) la renta (...) no podrá ser inferior (...) a colones (...)”.

Esta moneda también se cita como parámetro en los artículos 240, 241, 242 y 251 del citado cuerpo normativo, de tal forma que no le cabe ninguna duda a la Sala en cuanto a que el legislador, en el caso de riesgos profesionales, mantuvo y fortaleció el principio de unidad monetaria vigente, o sea el colón. Aunado a lo anterior, en el hecho cuarto de la demanda la actora reconoce que el salario mensual fue pactado en dólares, pero era cancelado en colones, al tipo de cambio vigente a la fecha de cada pago, en dos tractos quincenales. Esa forma de pago -en colones- también se desprende de la cláusula segunda del contrato visible a folios 40 a 44. Por todo lo expuesto, este motivo de recurso del Instituto es de recibo en cuanto se refiere al momento en que ha de hacerse la conversión del salario de dólares a colones; no así en cuanto pide que dicha conversión se haga al tipo de cambio de ¢150.71 colones por dólar, por cuanto, según la documentación adjunta, este correspondió al mes de enero de 1994, mientras que el tipo de cambio a utilizar es el que regía a la fecha del fallecimiento (9 de agosto de 1995), por las razones que se expondrán de seguido. La ley estipula que, salvo los casos de excepción ya apuntados, las obligaciones contraídas en moneda extranjera son cancelables (a opción del deudor) en colones al tipo de cambio vigente a la fecha del pago. En materia de riesgos del trabajo se presenta la particularidad de que el pago de la indemnización se hace diferido en el tiempo, mediante rentas periódicas mensuales (salvo el caso de la conmutación), pero lo relevante es que la fijación de la cuantía del resarcimiento se realiza en un único momento -en este caso, coincide con la fecha de la muerte del causante, instante en el cual surgió la obligación de pago-, por lo que es el tipo de cambio vigente a esa data el que debe utilizarse para establecer las rentas. La base de cálculo es el salario anual, según el ordinal 243 del Código de Trabajo, que en el caso concreto fue fijado en la suma de 16.800.00 dólares por los juzgadores de instancia, sin que fuese rebatido por ninguna de

las partes. Ese monto ha de ser convertido a colones, al tipo de cambio que regía a la fecha del deceso, para determinar la renta anual en colones, y a partir de ahí hay que fijar el monto de las mensualidades, las cuales serán pagaderas en colones, a partir de la data de la defunción, debiendo aplicarse los reajustes respectivos a efectos de mantener su valor adquisitivo; todo lo cual se determinará administrativamente, sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales.

VIII-. CONSIDERACIONES FINALES: Con fundamento en las razones expuestas, se deniegan los recursos planteados, salvo el del Instituto Nacional de Seguros, que se debe acoger parcialmente. En consecuencia, se ha de modificar la sentencia impugnada, en cuanto dispuso que las rentas de las beneficiarias, en los porcentajes allí establecidos, tienen que calcularse con base en un salario anual de \$16.800.00, siendo cancelables al tipo de cambio vigente al momento del pago. En su lugar, se ordena que el salario anual de \$16.800.00 sea convertido a colones, al tipo de cambio que regía a la fecha del deceso. Con base en la suma resultante, se debe determinar la renta anual en colones, y a partir de ahí fijar el monto de las mensualidades, las cuales serán pagaderas en colones, a partir de la data de la defunción, debiendo aplicarse los reajustes respectivos a efectos de mantener su valor adquisitivo; todo lo cual se determinará administrativamente, sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales. En lo demás que fue objeto del recurso, se debe confirmar el fallo recurrido.

POR TANTO:

Se modifica parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto dispuso que las rentas de las beneficiarias, en los porcentajes allí establecidos, tienen que calcularse con base en un salario anual de dieciséis mil ochocientos dólares, siendo cancelables al tipo de cambio vigente al momento del pago. En su lugar, se ordena que el salario anual de dieciséis mil ochocientos dólares sea convertido a colones, al tipo de cambio que regía a la fecha del deceso. Con base en la suma resultante, se determinará la renta anual en colones, y a partir de ahí se fijará el monto de las mensualidades, las cuales serán pagaderas en colones, a partir de la data de la defunción, debiendo aplicarse los reajustes

respectivos a efectos de mantener su valor adquisitivo; todo lo cual se determinará administrativamente, sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales. En lo demás que fue objeto del recurso, se confirma el fallo recurrido.

AUDITORES. EQUIPARACIÓN SALARIAL. VOTO 2006-00010

De las 9:50 hrs. del 20 de enero de 2006.

Sobre el tema de reasignación de auditores la sala Segunda ha dispuesto que:

III.- **NORMATIVA APLICABLE:** A fin de lograr una adecuada resolución del presente caso, es menester hacer una exposición de las normas aplicables a este proceso. Para iniciar, hay que señalar que el Reglamento del Estatuto del Servicio Civil, en su artículo 105 inciso b) define lo que constituye una reasignación, mientras que el ordinal 17 de ese mismo cuerpo normativo define el rige del mismo, así el numeral 105 inciso b) expresa: *“Para todos los efectos se entenderá por: (...) b) Reasignación: Cambio que se opera en la clasificación de un puesto con motivo de variación sustancial y permanente en sus tareas y responsabilidades.”*, por su parte apartado 17 dice: *“Para efectos del pago del salario, toda reasignación de puestos regirá a partir del primer día del siguiente mes calendario de conformidad con la fecha indicada en la resolución que dicte la Dirección General; y con sujeción a las disposiciones de la Ley de Salarios de la Administración Pública, en cuanto a la disponibilidad de contenido presupuestario. [...] (Reformado por Decreto Ejecutivo N° 22422-MP del 5 de agosto de 1993)”*. A su vez, la Ley de Salarios del Poder Judicial, dispone en su artículo 5 lo siguiente: *“Los aumentos previstos en la escala, que se produzcan con motivo de las asignaciones de clases o de las reasignaciones que sean necesarias y los que pudieren producirse por salarios adicionales o sobresueldos, estarán sujetos a las disponibilidades presupuestarias”*. Sobre el momento de eficacia de los actos administrativos, tenemos los numerales 140 a 145 de la Ley General de la Administración Pública, de manera específica los

140, 142 inciso segundo y 145 inciso 1). El ordinal 140 expresa: *“El acto administrativo producirá su efecto después de comunicado al administrado, excepto si le concede únicamente derechos, en cuyo caso lo producirá desde que se adopte.”*, por su parte el artículo 142 en su inciso segundo dice: *“... 2. Para que produzca efecto hacia el pasado a favor del administrado se requerirá que desde la fecha señalada para el inicio de su efecto existan los motivos para su adopción, y que la retroacción no lesione derechos o intereses de terceros de buena fe.”*; en la misma línea, el apartado 145 en su inciso 1° señala: *“1. Los efectos del acto administrativo podrán estar sujetos a requisitos de eficacia fijados por el mismo actos o por el ordenamiento.”* (énfasis suplidos).

IV.- **EL CASO EN CONCRETO:** El punto medular del presente asunto es determinar el momento a partir del cual debe regir la reasignación solicitada por los auditores del Poder Judicial; estos solicitan que sea desde el mes de enero de 1996, cuando empezaron las asignaciones de labores sin distinción del grado que ocupaban. Por su parte el Consejo Superior acogió el reclamo administrativo y definió el rige a partir del mes de enero del año 2003, esto por cuestiones presupuestarias fecha avalada por el juez de primera instancia, mientras que el Tribunal fija el rige desde el 16 de enero del 2002, fecha en que se tomó el acuerdo por parte del órgano antes citado. Sobre este tema es de importancia citar lo que manifiesta don Eduardo Ortiz en su libro Tesis de Derecho Administrativo, tomo II, respecto de la eficacia del acto administrativo. Este autor dijo: *“Se definió ya la eficacia del acto administrativo como su capacidad para producir efectos jurídicos. Esta capacidad está determinada por dos supuestos de diversa naturaleza: i. La conformidad del acto con el Derecho que configura la validez; ii. la realización de condiciones que afectan la producción de los efectos del acto, de origen legal o administrativo (...). En principio, el acto administrativo produce efecto desde que es perfecto, es decir, que reúne el número completo de elementos que lo componen de conformidad con el orden. (...)*

A. La comunicación del acto administrativo. La eficacia del acto puede estar supeditada a su comunicación al destinatario. (...) El acto individual es el que se dirige a un

sujeto determinado en relación con un hipótesis determinada y ya ocurrida (...). Como se dijo cuando se examinó la fase integrativa de la eficacia del acto administrativo, a la que pertenece su comunicación, (...) Los actos individuales - que son los más- no son publicados sino notificados. La notificación es condición de eficacia de aquellos llamados recepticios (...). Los actos administrativos no recepticios producen efecto y pueden ser ejecutados desde que se dictan, pero los plazos para impugnarlos corren desde que se notifican. (...)

B. Las condiciones y plazos suspensivas. La ley o el acto pueden diferir su eficacia o cumplimiento de un plazo de una condición, que entonces se llama suspensiva. (...) En los casos en que son admisibles, su no realización impide que el acto produzca efecto.” (Ortiz Ortiz, Eduardo; Tesis de Derecho Administrativo, tomo II, página 337 y siguientes). Por lo manifestado en las citas transcritas, se puede determinar que el acto administrativo sujeto a condición tiene su eficacia desde el momento en que cumple con ésta, pero que la misma puede estar diferida en el tiempo, ya sea por tiempo o condiciones definidas por ley o el mismo acto administrativo, situación que ocurre en el presente caso, ya que como se citó antes, las modificaciones a los salarios de los trabajadores, por movimiento de personal -como es el caso de los actores por su recalificación-, deben estar contemplados en el presupuesto de la institución en la que se labora, esto para el Poder Judicial se define en el artículo 5 de la Ley de Salarios del Poder Judicial antes citado al expresar: “...estarán sujetos a las disponibilidades presupuestarias”.

Así las cosas, la decisión del Consejo Superior de diferir la eficacia de la reasignación hasta el mes de enero del 2003, cuando hubiere disponibilidad de presupuesto para tal efecto, se encuentra ajustada a derecho, pues se adecúa a la disposición antes señalada y al principio de legalidad presupuestaria. Sobre este principio, la Sala Constitucional ha dicho: “VII.- Sobre el principio constitucional de equilibrio presupuestario. El principio de equilibrio presupuestario ordena al Estado, por medio de los órganos encargados de elaborar el proyecto (Poder Ejecutivo) y aprobar el Presupuesto (Poder Legislativo), a producir un instrumento donde el importe de los gastos autorizados sea igual al total de los gastos previstos (artículo 176 de la Constitución Política).

Dicho dispositivo constitucional dispone lo siguiente:

“Artículo 176.- El presupuesto ordinario de la República comprende todos los ingresos probables y todos los gastos autorizados de la administración pública, durante el año económico. En ningún caso el monto de los gastos presupuestos podrá exceder el de los ingresos probables. (...)

El Presupuesto de la República se emitirá para el término de un año, del primero de enero al treinta y uno de diciembre.” Es decir, que la propia Constitución reconoce la legitimidad de la existencia de superávit en las cuentas públicas destinadas a cubrir gastos corrientes, pero rechaza la posibilidad de que ocurra déficit en dicha cuenta. Lo anterior tiene la clara finalidad de impedir que el Estado asuma compromisos presupuestarios sin contar con los recursos necesarios para hacerle frente a las erogaciones, propiciando así la salud fiscal de la Hacienda Pública. Sobre el principio constitucional de equilibrio presupuestario, ha dicho con anterioridad esta Sala: “VI.- ANUALIDAD, UNIVERSALIDAD Y EQUILIBRIO DEL PRESUPUESTO: Basta con observar lo dispuesto, particularmente, en los artículos 176, 177 y 180 de la Constitución, 178 y 179 del Reglamento de la Asamblea Legislativa y las Actas de la Asamblea Nacional Constituyente -en concreto, las # 162 y # 163, de 6 y 7 de octubre de 1949, tomo III, págs. 417ss. y 434ss.-, para confirmar que, en el desarrollo de esa enorme conquista del Estado Democrático de Derecho, la exclusividad de la autorización parlamentaria de los ingresos y de los gastos públicos, los tres grandes principios que gobiernan esta materia son los de “anualidad”, “universalidad” y “equilibrio” del Presupuesto Nacional, conforme a los cuales, por su orden, el Presupuesto se emite para un ejercicio económico anual, comprende todos los ingresos previstos y todos los gastos autorizados del Estado -y no sólo de la “administración pública”, como dice, con ligereza, el artículo 176 de la Carta Fundamental-, y los segundos -gastos autorizados- no pueden exceder, en ningún caso, de los primeros -ingresos previstos-.

De estos principios derivan dos consecuencias fundamentales, a saber:

a) *La de que no puede el Poder Ejecutivo omitir uno solo de los recursos previsibles ni de los gastos previstos, en el momento de la elaboración del Proyecto de Ley de Presupuesto que debe someter a la Asamblea Legislativa a más tardar el 1° de setiembre, para el siguiente ejercicio económico anual; si no lo hiciere, no podría válidamente utilizar ninguno de los recursos ni desembolsar uno solo de los gastos omitidos. Lo cual no significa, desde luego, que la Asamblea, en el ejercicio de sus potestades constitucionales de aprobación o desaprobación, no pueda, ya cambiar el destino de cualquiera de las partidas propuestas, ya, sencillamente, rebajarla o suprimirla, con lo cual dejaría, por definición, un excedente de ingresos no presupuestado, que el Poder Ejecutivo podrá volver a proponer mediante la correspondiente reforma al Presupuesto Ordinario o al Presupuesto Extraordinario, según corresponda.*

b) *La de que, si bien nada se opone a que gastos extraordinarios se financien con recursos ordinarios -si sobraran parte de ellos-, lo inverso, pretender financiar gastos ordinarios, corrientes o permanentes con recursos extraordinarios, sí resulta inconstitucional, porque equivale a desconocer el principio de la "anualidad" del Presupuesto." (Sala Constitucional, voto número 481-02 de las 14:42 horas del 23 de enero del 2002.); por lo trascrito, se puede observar que los dineros que se definen en el presupuesto, deben tener un destino específico, y los excedentes no pueden utilizarse para giros no especificados de ante mano en el documento del presupuesto. A mayor abundamiento, se puede mencionar la sentencia número 381-92 de esta Sala, de las 10:10 horas del 31 de julio de 2002, donde se dijo: "III- SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Tanto esta Sala como la Constitucional, en forma reiterada, han señalado que las relaciones de servicio público se rigen por sus principios generales propios, ya no solamente distintos a los del Derecho Laboral -privado-, sino, muchas veces, inclusive, contrapuestos a éstos (al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, nuestras sentencias N°s. 38 de las 10:00 horas del 17 de enero; 50 de las 9:45 horas del 23 de enero; 109 de las 14:40 horas del 9 de febrero;*

112 de las 9:00 horas del 14 de febrero; 181 de las 10:10 horas del 22 de marzo; 322 de las 10:10 horas del 13 de junio; y 471 de las 10:00 horas del 17 de agosto, todas del año 2001). En razón de lo anterior, los principios propios de las relaciones laborales privadas, como los de primacía de la realidad, protector e irrenunciabilidad, cuya infracción se acusa en el recurso, pueden verse desplazados, en el Sector Público, ante las necesidades del servicio público o ante principios -como el cardinal de legalidad- al cual están sujetas, en su actuar, las diferentes administraciones públicas, tanto centralizadas como descentralizadas. El principio de legalidad, contemplado en el artículo 11 de la Constitución Política y desarrollado por el numeral 11 de la Ley General de la Administración Pública, significa que todas las actuaciones de la Administración deben estar previstas y reguladas por una norma escrita. En su esencia, conlleva una forma especial de vinculación de las autoridades e instituciones públicas al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, a la Administración sólo le está permitido realizar lo que esté constitucional y legalmente autorizado, en forma expresa; y, todo lo que así no esté regulado o autorizado, le está legalmente vedado. Es este el principio que ha de servir de guía para la correcta resolución de este asunto, y no las normas y principios laborales cuya infracción se acusa en el recurso. (...)

La actuación de la entidad accionada, de mantener en suspenso la solicitud de reasignación del actor durante la tramitación del proceso de reestructuración, se imponía en virtud del principio de legalidad, al que ya se hizo referencia. (...) De este modo, lo que en definitiva interesa es que, según se demostró, cuando el actor solicitó su reasignación, estaba en desarrollo una propuesta de reorganización y ello se constituía en un impedimento legal para que la entidad demandada resolviera la gestión (...) El demandante pretende el pago retroactivo de las diferencias salariales existentes entre los puestos de Técnico y Profesional 3 y Profesional Jefe 1, desde el 1 de junio de 1995 y hasta la fecha de la efectiva reasignación, debido a que desde esa data se había venido desempeñando en la práctica en ese último puesto, lo que no es posible, en aras del tantas veces mencionado principio

de legalidad, porque existe una norma expresa que lo prohíbe.”, junto al principio de legalidad se tiene, para la actividad de la administración pública, el principio de legalidad presupuestaria el cual se desarrolla a partir del contenido del artículo 180 de la Constitución Política, en relación con el 11 de la Ley General de la Administración Pública según este precepto, los gastos y los montos para estas erogaciones sólo pueden ser los expresamente autorizados por norma legal (al respecto se pueden observar las siguientes sentencias: voto de la Sala Constitucional número 14 353-04 de las 9:52 horas del 17 de diciembre del 2004 y de esta Sala los votos 852-04 de las 9:05 horas del 20 de octubre del 2004 y 304-05 de las 9:00 horas del 6 de mayo del 2005). Por estos motivos, para que proceda el pago de la reasignación a partir del momento en que lo solicita la parte actora es necesaria una norma que lo contemple de esa manera o en su caso se hubiera demostrado en sede judicial la existencia de una discriminación salarial anterior al rige del beneficio otorgado por el Consejo Superior, lo que se echa de menos en el proceso. En lo que se refiere a la norma, su existencia no se da en el caso concreto, pues más bien la normativa supra citada, definía como necesario el contenido presupuestario para poder llevar a cabo el pago de la reasignación, y el acto administrativo se sujetó a ese precepto legal, por lo que fijó el rige a partir de la vigencia del presupuesto del siguiente año.

V.- COROLARIO: Por lo expuesto, se debe acoger el recurso de la parte demandada y rechazar el de los actores, para revocar la sentencia recurrida y en su lugar confirmar la de primera instancia.

POR TANTO:

Se revoca la sentencia recurrida y en su lugar se confirma la de primera instancia.

OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR VOTO : 2006-00014

De las 9:45 hrs. del 25 de enero de 2006.

Sobre el deber de diligencia y las obligaciones del trabajador la Sala Segunda ha dicho que:

V.- La doctrina ha establecido que—...*la medida general de la diligencia del trabajador y de la trabajadora depende del contenido obligacional del contrato de trabajo, que puede, de esta manera proyectar sobre su esfera la exigencia de una diligencia distinta a su comportamiento privado, siendo superior o inferior a la norma general, adquiriendo así la diligencia extralaboral un carácter más directo o conexo con sus deberes laborales, aunque de hecho su conducta tenga lugar en el campo privado. De esta forma, la especialidad de la situación o circunstancias en las que se puede encontrar el trabajador con motivo de las obligaciones asumidas en su relación laboral, actúa como un corrector del principio general de no considerar como negligentes los impedimentos que, eventual u ocasionalmente, puedan derivarse del comportamiento que de manera normal es observado por una persona de acuerdo con el desarrollo de la vida en comunidad.*

Esto puede determinar el que una conducta que, en principio no es de valorar como negligente, lo sea en atención a las obligaciones asumidas en la relación laboral, en atención a su personal posición frente a esa relación. Estas obligaciones pueden ser determinadas contractualmente. Sin embargo, nada impide que surjan de una interpretación razonablemente amplia del puesto o de la función que se desempeña. En este sentido, por ejemplo, la conducta del cajero de un banco que participa en juegos de azar, así como el trabajador que ante una importante función encomendada con carácter especial por la empresa se embriaga, encontrándose al día siguiente con sus facultades disminuidas para la realización del encargo encomendado... (vid. BARREIRO GONZALEZ, Germán.—LA DILIGENCIA EN LA RELACION JURIDICA DE TRABAJO—) La Sala Constitucional, al referirse al contenido de la “falta grave” como causal de despido, expresamente indicó: “Debe además señalarse que, resulta ilusorio y fuera de toda lógica normativa, el pretender que en la ley se especifique en detalle cada una de las obligaciones laborales derivadas de todas y cada una de las relaciones laborales de todos los empleados del país, que se motiven en la tarea específica que cada uno realiza en su trabajo, como causal de un despido sin responsabilidad laboral. Y en este sentido, debe tenerse presente que, aunque en la potestad sancionatoria disciplinaria debe

respetarse el principio de tipicidad, éste no se aplica con el mismo rigor que en la materia penal: "Puede afirmarse que el principio de tipicidad constituye un principio fundamental en la responsabilidad disciplinaria, pero no en la misma forma que en ámbito jurídico-penal, ya que los principios "nullum crimen sine lege", "nullum poena sine lege" no tienen la rigidez y exigencia que les caracteriza en el derecho penal sustantivo, por cuanto la actividad sancionatoria de índole penal y la de índole disciplinaria corresponden a campos jurídicos diferentes, y los parámetros de discrecionalidad que son propios del ejercicio de la potestad disciplinaria administrativa son más amplios que los de la potestad sancionatoria penal del Estado. Así, en el derecho penal, en relación con los delitos, toda pena debe estar establecida en la ley con respecto al hecho incriminado, excluyendo, por su generalidad, toda posibilidad de referencia a los llamados conceptos jurídicos indeterminados, o las cláusulas abiertas o indeterminadas; si la conducta no está plenamente definido no hay pena. En el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden social general, y de la materia que regula, -la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí.

De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo. Motivado en la variedad de causas que pueden generar su aplicación, en la imprecisión frecuente de sus preceptos y en la esfera de aplicación, no siempre es orgánico ni claro en la expresión literal, razón por la cual puede sancionarse discrecionalmente las faltas no previstas concretamente, pero que se entienden incluidas en el texto, siempre y cuando resulten de la comprobación de la falta disciplinaria, mediante un procedimiento creado al efecto.

La falta o infracción disciplinaria se ha definido diciendo que es una violación al funcionamiento de

cualquier deber propio de su condición, aún cuando no haya sido especialmente definida aunque sí prevista. Los hechos determinantes de las faltas disciplinarias son innumerables, pues dependen de la índole de los comportamientos o conductas de los sujetos "subordinados", comportamientos o conductas en verdad ilimitados en número dada su variedad; por ello se deduce la existencia de tres elementos de la falta disciplinaria: 1.- un elemento material: que es un acto o una omisión; 2.- un elemento moral: que es la imputación del acto a una voluntad libre; y 3.- un elemento formal: que es la perturbación al funcionamiento del servicio o afección inmediata o posible de su eficacia" (Sentencia número 5594-94, de las quince horas cuarenta y cinco minutos del veintisiete de setiembre de 1994)" (Voto N° 0563-97 de las 14:39 horas del 29 de enero de 1997).

VI.- SOBRE LAS FALTAS ENDILGADAS AL ACTOR. Debe analizarse la existencia o no de las faltas atribuidas al actor. El despido está regido, entre otros, por el principio de causalidad, que en su modalidad objetiva implica que debe existir una relación de causa a efecto entre los hechos constitutivos de la falta y el acto jurídico del despido. La principal consecuencia práctica de este principio, es determinar con precisión la falta o faltas que generan directamente el despido. Cuando el patrono especifica la causa o causas que lo llevaron a romper la relación laboral en la carta, posteriormente, en el proceso no puede alegar otras distintas ni aumentarlas. Podrían señalarse, pero ellas actuarán como "conductas desfavorables", y servirán según la jurisprudencia, para "apreciar y valorar la personalidad del trabajador destituido", pero no se considerarán como faltas de un modo directo, de ahí la importancia del contenido de la carta del despido justificado. Por ello, en el proceso laboral, el patrono no puede sustituir o ampliar los hechos invocados en la carta de despido y, así lo estableció la Sala Constitucional, con el fin de proteger los principios del debido proceso y no dejar en indefensión al trabajador, cuando quiera recurrir ante los tribunales, reclamando sus derechos. (véase entre otros el voto de esta Sala 353-00 y el voto 277-96 de la Sala Constitucional).

En el caso en examen, luego de analizar las probanzas allegadas al proceso, esta Sala arriba a la conclusión de que las faltas endilgadas al actor sí fueron acreditadas

fehacientemente por la patronal, por medio tanto de la prueba documental como testimonial aportada al proceso. En cuanto a la testimonial recibida, se tiene que la señora G.M.M, ofrecida por el actor, señaló que ella dejó de laborar como dos años antes de que el actor dejara de hacerlo, hasta noviembre de 1998, y que *“...El actor se quedó trabajando en ese hotel después de que yo salí como dos años más. Nosotros nos comunicábamos de vez en cuando, principalmente con la mamá de él. Cuando yo trabajaba en ese hotel nunca nos revisaron los bolsos a la salida del hotel... Nosotros fuimos compañeros desde abril de noventa y siete hasta noviembre de noventa y ocho...La mamá de W. me dijo que una oportunidad le habían pedido al actor que le permitiera el bolso y el actor no accedió porque esto no era una política y por esto fue que lo despidieron...”* (ver folios 45-46). Es claro que a ella no le constan los hechos que dieron base al despido del actor, solo es una testigo de referencia en cuanto a lo que le pudieran haber contado el actor o su madre. La testigo de la accionada, K.A.C, y quien era jefe de recepción, expuso claramente que don O. U, jefe suyo y del actor, le llamaba para dar órdenes o instrucciones específicas al accionante, teniendo ella además el poder de dirección sobre el actor, las camareras y las demás recepcionistas, actuando en cuestiones de permisos como intermediaria en relación con el demandante. En el caso de las pérdidas en el hotel, y la conducta del actor, señaló que *“...Don O...le dio la orden de que en base de que se estaban perdiendo cosas en el hotel, se estableció que en el momento de terminar la labor cada empleado debía abrir sus pertenencias para que le fueran revisadas. No recuerdo si esa orden se dio por escrito o solo de modo verbal, lo que si recuerdo es que se empezó a revisar a todos. La persona encargada de realizar esta revisión era la que por turno estuviera encargada de la recepción a la hora de salida. Este requisito tenía que cumplirlo todos los empleados. No recuerdo a partir de que fecha se implementó esta revisión. A mí solo en algunas ocasiones me tocó hacer esta revisión pero no siempre...yo nunca vi al actor en algún problema de indisciplina motivado por esta disposición. Yo tuve problemas con el actor porque no acataba las disposiciones que se le daban. En este caso por ejemplo se le encomendaba hacer ciertas cosas antes que otras, pero el actor no lo hacía en el orden indicado.*

O cuando se le pedía que hiciera algo de momento no lo hacía...En varias oportunidades se amonestó al actor en su trabajo. Esto se debía a que no cumplía la orden que se le daba. Me parece que el actor salió del trabajo porque no quiso ser revisado. Esto lo se porque me lo contaron por parte de los recepcionistas...” (ver folios 47-48). Por último, el señor V. M. L. M, ofrecido por el actor, señaló que fue compañero del actor por espacio de año y ocho meses, y que la jefe inmediata de ambos era la señora K. A; dijo que *“...Cuando yo entré al hotel no existía ninguna disposición para que los empleados permitieran que les revisaran sus pertenencias a la hora de la salida. Posteriormente se implementó esta directriz. Esta disposición la solicitó don O. U que era el gerente y propietario. Entiendo que esta disposición fue verbal, al menos yo no recibí nada por escrito. Normalmente eran los recepcionistas los encargados de hacer esta revisión, ya que para la hora de salida los jefes casi nunca estaban. En los últimos días que estuve laborando me tocó revisar las pertenencias de don W...No conozco el motivo por el cual el actor dejó de trabajar en ese hotel...A mí personalmente además de don W. me tocó revisar las pertenencias de otros empleados del hotel...”* (ver folios 49-50).

Puede apreciarse que todos son contestes en afirmar que, la empresa se vio en la necesidad, de tomar medidas de seguridad, con el único fin de resguardar sus bienes, no siendo a manera persecutorios, ni mucho menos hacia los subalternos, dadas las pérdidas que estaba sufriendo, aplicando esas medidas como las que objetó el demandante, de revisar los bolsos o maletines de sus empleados. El actor se negó a dicha revisión, según consta en los documentos de folio 4, que es la carta de despido, y folio 29, constancia del señor L.D.V.A, recepcionista, quien señala que el 20 de noviembre de 2000, le pidió a WSP el bolso para revisarlo, como es costumbre y norma del hotel, negándose a ello, manifestando *“Informe a D.K.A. Jefe de Recepción, que yo no quise...A mi lado estaba el Señor J.P.S., recepcionista, que fue testigo de lo ocurrido...”*. Además, a folio 29, la señora A. dirige nota a don O.U , gerente del hotel, donde se refiere al informe anterior, e indica que *“... Para confirmar lo sucedido se habló personalmente con él, dando la misma respuesta, de que no sería*

revisado por nadie. Ya que en muchas oportunidades hemos tenido problemas que se han desaparecido diferente tipo de cosas, favor tomar las medidas necesarias del caso...". Sin embargo, no sólo esa actitud de rebeldía del actor ha de tomarse en cuenta, de manera global, para determinar su conducta hacia su patrono. Veamos: El 25 de agosto de 1998 se le entrega carta de amonestación pues se indica en ella que "...En muchas oportunidades se le ha llamado la atención informándole que se tiene que presentar bien vestido y aseado en sus horas de trabajo, para eso se le dio una gavacha (sic) para su uso. En caso de no acatar dichas órdenes se procederá a enviarle otra carta de amonestación..." (folio 30). El 11 de setiembre de 1998 recibe otra carta de amonestación que dice "...En repetidas ocasiones se le ha llamado la atención sobre su forma de vestir y su comportamiento durante sus horas de trabajo, lo cual causa daño en la imagen y funcionamiento del Hotel. Le repito que no debe usar pantalones blue jeans rotos, ni T shirts sucias. Todo el tiempo debe usar la gabacha del Hotel, y lo más importante es que debe obedecer a los recepcionistas siempre que ellos le indiquen o le manden algo. Cada vez que Ud. Rompa, pierda o extravié algo, debe reportarlo a la Recepción..." (ver folio 31). El 27 de julio de 1999 le notifican "...En vista de que reiteradamente la Gerencia de este Hotel le ha solicitado que efectúe (sic) con puntualidad, responsabilidad y prontitud su trabajo como misceláneo y usted no ha acatado las disposiciones que se le han señalado en su trabajo, tras numerosas llamadas de atención verbales poniendo en jaque la reputación de esta organización, sírvase aceptar esta primera notificación escrita por desacato de sus obligaciones de trabajo con base lo estipulado en los Artículos 81 incisos f) g) i) y l) del Código de Trabajo. Espero que tome consciencia y mejore su desempeño lo antes posible..." (ver folio 32). El 19 de marzo de 2000 le entregan carta de amonestación (folio 33), con copia recibida el 22 siguiente por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, donde se le indica "En repetidas ocasiones se le ha llamado la atención por el desorden en que Ud. deja las cosas una vez que las usa. Lo último, la escalera pequeña la encontré en el jardín. Ser tuvo que poner a otra persona a ordenas las bodegas y el trinchante que esta en recepción, lo que es su responsabilidad. También ha irrespetado a los dueños del Hotel cogiendo objetos que don de

uso privado de ellos...". Otra carta de amonestación tiene fecha 22 de mayo de 2000 y señala que "...Se le envía esta carta de amonestación por su ausencia injustificada al cumplimiento de sus labores, el día Sábado 20 de mayo de 2000, y por la falta de comunicación, para dedicarse a otras actividades fuera de la empresa. Esta ausencia es considerada una falta laboral sin excusa..." (folio 34). El 23 de mayo de 2000, sea al otro día, se le vuelve a dar otra carta de amonestación, señalándosele por parte del Gerente General a.i. del hotel, A. U, que "...En repetidas oportunidades se le a informado que Ud. No acata sus labores encomendadas y procede hacer otras cosas sin informar e ignorando por completo lo que se le ha designado hacer. Esta amonestación es con referencia al incumplimiento de sus labores del día de hoy cuando se le indicó que durante toda la mañana debió haber limpiado las áreas de jardín y Ud. Hizo caso omiso. Se le recuerda que si no acata lo dicho se procederá a una tercera carta y luego su despido..." (folio 35). A folio 36 aparece otra carta de amonestación con fecha 2 de octubre de 2000, donde se le dice que "...Una vez más debo amonstarlo por no cumplir con las órdenes que se le dá. Esta vez Ud. No siguió lo que le mandé en la mañana de ayudar al obrero que está cambiando las canoas. De seguir esta situación nos veremos obligados a prescindir de sus servicios...". Y por último, la actitud de rebeldía e insubordinación, al no cumplir la orden de mostrar su bolso o maletín para que fuese revisado por el personal dispuesto para tal fin, sublevándose a tal punto de que le manifestó a quien le revisaría, que le informara a su jefa (K. A), -representante patronal-, que él no quiso. Tal y como lo señaló ésta en su carta de folio 29, se conversó personalmente con él, dando la misma respuesta, de que no sería revisado por nadie. De la prueba constante en el expediente, analizada con base en las reglas de la sana crítica (artículo 493 del Código de Trabajo), se puede concluir que la accionada demostró fehacientemente las faltas endilgadas al actor; fueron muchas las amonestaciones y llamadas de atención que recibió, producto de su desobediencia y conducta reprochable para con sus obligaciones contractuales, no evidenciándose de ninguna manera, que el despido devenga en injustificado, más al contrario, considera esta Sala que el mismo se encuentra ajustado a derecho, al no acatar las reiteradas directrices y órdenes de parte de sus superiores, no encontrando tampoco esta Sala,

ausencia de fundamentación del fallo cuestionado por la recurrente, ni violación de los artículos 153 y 155 del Código Procesal Civil. Para efectos de este asunto interesa, por las razones explicadas, al existir las faltas graves atribuidas al demandante, el despido ha de tenerse por justificado.

VII.- Así las cosas, dado que el demandado logró comprobar efectivamente, las causales en que se fundó para despedir al actor sin responsabilidad patronal, debe confirmarse el fallo venido en alzada.-

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.-

PROHIBICIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO VOTO: 2006-00017

De las 10:00 hrs. del 25 de enero de 2006.

Respecto al reconocimiento de las prohibiciones en el sector público, la Sala Segunda ha dicho que:

III.- SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA “PROHIBICIÓN” DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO: Diferentes normas han concedido a diversos servidores públicos el derecho a disfrutar de ese beneficio. Cronológicamente tenemos las siguientes leyes: 1.- Mediante Ley N° 5867, del 15 de diciembre de 1975, “Ley de compensación por pago de prohibición”, se creó el plus salarial por concepto de prohibición y se fijaron los porcentajes de retribución económica por ese concepto sobre el salario base de quienes por razón de sus empleos, se encontraban sujetos a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Código Tributario). Asimismo indicó que se debía pagar este plus salarial al personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. También los siguientes funcionarios:

1) Quienes desempeñen los puestos de jefatura en la organización financiera básica del Estado, según el

artículo 2 de la Ley de la Administración Financiera de la República, No. 1279, de 2 de mayo de 1951 y sus reformas.

- 2) Quienes ocupen puestos de “técnicos” y “técnicos profesionales” en la Oficina de Presupuesto Nacional, la Tesorería Nacional, la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda, la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas y la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura; asimismo, los servidores de la Dirección General de Servicio Civil que ocupen puestos de la serie técnico y profesional, los funcionarios de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública y los funcionarios de la Dirección General de Tributación que gocen de este beneficio.
- 3) El Jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda. 2.- La N° 6008 del 9 de noviembre de 1976, en su artículo 2° incluyó a los geólogos del Poder Ejecutivo; 3.- La N° 6542 del 22 de diciembre de 1980. En el artículo 9 inciso 3° se incluye al personal profesional aduanero y, en el inciso 123 al Tesorero y Subtesorero Nacional; 4.- La N° 6700 de 23 de diciembre de 1981, donde en su artículo 9, numeral 31 incluye a personal profesional del Servicio Aduanero Nacional y en el inciso 62, al reformar íntegramente el artículo 1°, incluyó a funcionarios que desempeñen puestos de jefatura de la organización financiera básica del Estado a que se refiere el artículo 2° de la Ley de Administración Financiera de la República y, además, al Tesorero y Subtesorero Nacionales; Contador Nacional; Proveedor Nacional; Jefe de la Oficina de Presupuesto; Jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda; funcionarios de la Oficina de Presupuesto Nacional y Administradores de Aduana, 5.- La N° 6815 de 27 de septiembre de 1982, en su artículo 37 incluyó a los funcionarios a quienes alcance prohibición contenida en el inciso a) del artículo 28 de dicha ley y a Asistentes de Procurador; 56.- la N° 6831 de 23 de diciembre de 1982, en el artículo 9, inciso

53, se incluyó a los mismos servidores a que se refiere el numeral 62 de la N° 6700 ibídem y a los de la Dirección General de Industrias del MIEM; 7.- La N° 6975 de 30 de noviembre de 1984, en su artículo 40 se incluyeron a los técnicos de la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda que ocupen puestos cuyos requisitos estén cubiertos por los alcances de esa norma; 8.- La N° 6982 de 19 de diciembre de 1984, incluyó dentro del pago de la prohibición a los siguientes funcionarios en los artículos 14, 15 y 16. Por el primero a personal técnico de la Auditoría General de Bancos; por el segundo a funcionarios de auditoría de las diferentes entidades del Gobierno Central y por el tercero, a funcionarios de la Tesorería Nacional y al Pagador Nacional; 9.- La N° 6995 de 22 de julio de 1985. En los artículos 31 y 154 también se incluyeron servidores públicos. Por el primero se interpreta auténticamente el artículo 40 de la Ley N° 6975 ibídem, en el sentido de que los técnicos de la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda tendrán derecho a beneficios de esta ley y por el segundo al personal del Laboratorio Aduanero del Ministerio de Hacienda, además de equiparar, para pago de esta compensación, a funcionarios de la Administración Tributaria que se encuentren en situación de prohibición del artículo 113 del Código Tributario. 10.- La N° 7015 de 22 de noviembre de 1985 (artículos 100, 101, 102 y 104): Por el primero, se incluyó, a funcionarios de la Auditoría del INA, de OFiCAFE y de Asignaciones Familiares. Por el segundo, al personal técnico de la Auditoría General de Bancos. Por el tercero, adiciona el artículo 1.2 incluyendo en beneficios y prohibiciones de dicho artículo a personal técnico de la Auditoría Interna del IMAS; y por el último a funcionarios que ocupen las jefaturas de la Organización Financiera Básica del Estado (Tesorero Nacional, Director de la Oficina de Presupuesto Nacional, Proveedor Nacional y Contador Nacional), que tendrán derecho al máximo del porcentaje de compensación. 11.- La N° 7018 de 20 de diciembre de 1985, (artículo 14, incisos 17, 18, 34 y 36, y artículo 49): Por el primero a las Auditorías del Sistema Bancario Nacional; por el segundo adiciona párrafo al artículo 1°, inciso 2) agregando a servidores de Dirección General de

Servicio Civil que ocupen puesto de serie Técnico y Profesional, funcionarios de Dirección General de Informática del MOPT y los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública; por el tercero a técnicos en tasación de la Sección de Avalúos del MOPT en cualquiera de los niveles de la serie y a profesionales de la Dirección General del Instituto Geográfico Nacional; por el cuarto a funcionarios del Servicio Aduanero Nacional y por el último, a funcionarios que ocupen cargos de técnicos profesionales de la administración tributaria en el ramo aduanero. 12.- La N° 7333 de 5 de mayo de 1993, en su artículo 7° se realizó una reforma integral a Ley Orgánica del Poder Judicial al disponer que la Corte Suprema de Justicia reconocerá beneficios de la presente ley al personal técnico del Departamento de Auditoría Judicial a los auditores investigadores del O.I.J.; 13.- La N° 7083 de 9 de setiembre de 1987, en el artículo 98 que interpreta auténticamente los artículos 14, inciso 18) de la Ley N° 7018 ibídem y 33, inciso 2) de la N° 6999 de 3 de setiembre de 1985, en el sentido de que la disposición comprende, además, aquellos cargos para los que se exija actualmente el grado académico de licenciatura, y, 14.- La N° 7097 de 18 de agosto de 1988 (artículos 39, 41, 94 y 127): El primero incluye a los funcionarios del SNE que reciben pago de compensación según oficio de la Dirección General de Servicio Civil que indica, los que mantendrán derechos adquiridos mientras permanezcan en puestos en que fueron nombrados, en tanto los nuevos nombramientos deberán cumplir con requisitos de la presente ley.

El segundo, a personal con especialidad en cómputo que labora en Departamentos de Cómputo de instituciones cubiertas por el Servicio Civil y Poder Judicial, en los mismos términos reconocidos al de la Oficina Técnica Mecanizada. El tercero al agregar texto al final del inciso 2) del artículo 1° de la presente ley incluyendo a funcionarios de la Dirección General de Tributación Directa que gocen de este beneficio; y el último, al otorgar beneficio del artículo 46 de Ley N° 7015 ibídem a funcionarios contemplados en el artículo 1, inciso. b), artículo 5, y a los cubiertos por transitorio único de la presente ley (fuente tomada del Sistema de Información Jurídica "SCIJ", el 25 de febrero de 2004.

Dentro de esa cronología normativa sobre destinatarios del plus de prohibición y porcentajes correspondiente en cada caso, conviene indicar que a través de la Ley N° 6008 del 9 de noviembre de 1976, "Reforma por pago de dedicación exclusiva o prohibición" se reformó el artículo 5 de la Ley 5867 del 15 de diciembre de 1975, e incluyó a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo a que se refería el artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (244 de la actual) y a los egresados de la Facultad de Derecho que están cumpliendo tales funciones. También a los funcionarios que a nivel de licenciatura o de egresados, laboren para el Tribunal Supremo de Elecciones, Registro del Estado Civil y Contraloría General de la República. En el artículo 2° incluyó a los geólogos del Poder Ejecutivo. El artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios establece: *"Artículo 118.- Prohibición para el personal de la Administración Tributaria. Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamento y de Sección, de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y los suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o de funciones desempeñadas con autorización de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas. En general queda prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o presentaciones en cualesquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, los de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, yernos y cuñados. En los casos de excepción a que se refiere este artículo, para acogerse a ellos, debe comunicarse al superior de la dependencia su decisión de hacer uso de las excepciones previstas en este Código".* Mediante Ley N° 7869, del 30 de julio de 1999, se reformó la Ley sobre prohibición y se incluyó al personal de la Administración Tributaria que, en razón de sus cargos, se encuentre sujeto a la prohibición contenida en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, excepto para los miembros del Tribunal Fiscal Administrativo.

También, se otorgó ese derecho,

- 1) a quienes desempeñen los puestos de jefatura en la organización financiera básica del Estado, según el artículo 2 de la Ley de la Administración Financiera de la República, No. 1279, de 2 de mayo de 1951 y sus reformas;
- 2) a los que ocupen puestos de "técnicos" y "técnicos profesionales" en la Oficina de Presupuesto Nacional, la Tesorería Nacional, la Oficina Técnica Mecanizada del Ministerio de Hacienda, la Dirección General de Industrias del Ministerio de Industria, Energía y Minas y la Dirección General Forestal del Ministerio de Agricultura; a los servidores de la Dirección General de Servicio Civil que ocupen puestos de la serie técnico y profesional, los funcionarios de la Dirección General de Informática del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, los del Centro de Cómputo del Ministerio de Seguridad Pública y los funcionarios de la Dirección General de Tributación que gocen de este beneficio;
- 3) al Jefe de la Oficina de Control de Presupuesto del Ministerio de Hacienda;
- 4) a los administradores de aduanas, conforme a los procedimientos de la norma general No. 31 de la Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario del Gobierno de la República para el año 1982, No. 6700, de 23 de diciembre de 1981. Los beneficios y las prohibiciones indicadas en este artículo y sus reformas, incluyen al personal técnico de la auditoría interna del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS).

En el artículo 5 de esta ley, se incluyó a los funcionarios y empleados del Poder Ejecutivo referidos en el artículo 244 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a los egresados de programas de licenciatura, maestría o doctorado en Derecho, que estén cumpliendo tales funciones. Estos beneficios se aplicarán, igualmente, a los funcionarios que en el nivel de licenciatura o egresados, laboren para el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones, el Registro Civil y la Contraloría General de la República. De lo anterior se colige que no todos los funcionarios que ocupen puestos en una

unidad conocida como administración tributaria son destinatarios del plus salarial por prohibición, pues como lo indica la ley que originó ese derecho en su artículo 1 fue “... para el personal de la Administración Tributaria que se encuentre sujeto, en razón de sus cargos a la prohibición contenida en el artículo 113 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios”, estableciendo como requisito mínimo haber aprobado el tercer año o bien, tener una combinación académica equivalente en un área específica de la actividad cubierta por la prohibición. Si bien por normas posteriores se fue ampliando la cobertura de los puestos a cuyos ocupantes, que reuniesen los requisitos legales se les debe pagar el aumento sobre la base por prohibición, no encontramos ninguna de esas reformas que se incluyera como destinatarios de sus efectos a todo el personal de los departamentos de desarrollo catastral de las municipalidades. De modo que aunque esos departamentos de la organización municipal llegasen a ser calificados como parte de la Administración Tributaria del sector descentralizado del Estado, por ese solo hecho no procede la tutela del derecho reclamado en este proceso, por ocupar la actora un puesto de Técnico Profesional 2 en el Departamento de Desarrollo Catastral de la Municipalidad de San José. Sobre la finalidad del pago de la prohibición, esta Sala, en otra oportunidad, indicó que esta “(...) se formuló como una manera de retribuirle al trabajador, la imposibilidad que le dicta la ley, de ejercer su profesión, fuera del puesto desempeñado, por eso opera automáticamente y no está dentro de las facultades del empleado o funcionario solicitarla, ni el patrono tiene discrecionalidad para pagarla. La sola aceptación del puesto en propiedad, implica su pago...” (voto N° 72, a las 10:20 horas del 27 de febrero de 2002, citando el Voto N° 171, de las 14:30 horas del 3 de noviembre de 1989). Por su parte, en el voto N° 171 citado, se hizo un análisis del tema de la prohibición como sobresueldo impuesto por ley, lo que es acorde al desarrollo normativo antes señalado.

En este voto se señaló que dicho pago se comenzó a conceder “(...) por primera vez en el Sector Público mediante la Ley No. 5867 del 15 de diciembre de 1975, donde se contemplan beneficios salariales adicionales o sobresueldos a los funcionarios de la Administración Tributaria, que se encuentran sujetos por razón

de sus empleos, a la prohibición contenida en el artículo 113 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios. Ese numeral señala que: “Los Directores Generales, los Subdirectores, los Jefes o Subjefes de Departamentos y de Sección, de las dependencias de la Administración Tributaria, así como los miembros propietarios del Tribunal Fiscal Administrativo y los suplentes en funciones, no pueden ejercer otros puestos públicos con o sin relación de dependencia, excepción hecha de la docencia o funciones desempeñadas con autorización de su respectivo superior jerárquico, cuyos cargos estén sólo remunerados con dietas.

En general queda prohibido al personal de los entes precedentemente citados, con la única excepción de la docencia, desempeñar en la empresa privada actividades relativas a materias tributarias. Asimismo está prohibido a dicho personal hacer reclamos a favor de los contribuyentes o asesorarlos en sus alegatos o prestaciones en cualquiera de las instancias, salvo que se trate de sus intereses personales, los de su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, suegros, yernos o cuñados...”. Ese sobresueldo se fijó en porcentajes, tomándose en cuenta la posesión, por parte del servidor, del título o nivel de licenciatura, su condición de egresado, la aprobación del cuarto año de la respectiva carrera, la aprobación del tercer año o una preparación académica equivalente. Por norma transitoria se estipuló que: “Los profesionales que tengan preparación equivalente y que ocupen puestos en propiedad enmarcados en el artículo 113 del Código Tributario, recibirán la misma compensación que los empleados profesionales y de los no profesionales de acuerdo con la escala de salarios establecida en el artículo 1°”. Como es usual, este sobresueldo pronto se hizo extensivo a otras áreas del sector público ...”. Sobre este mismo tema, en el voto N° 58 de las 14:40 horas del 17 de abril de 1999, esta Sala, respecto de las exigencias legales para acceder a ese sobresueldo, indicó que:

“III.- ...el reconocimiento de los porcentajes que perciben los egresados universitarios o licenciados sobre su salario base, a título de plus salarial, por ese no ejercicio liberal de la profesión, van de la mano, como una primera exigencia, del grado o avance académico, que como una cualidad personal, tengan

todos y cada uno de los funcionarios que laboren en las entidades cubiertas por la Ley número 5867, y sus reformas. Como segundo requerimiento, se establece que ese grado o avance académico guarde plena relación con los requisitos establecidos para el puesto desempeñado o a desempeñar, toda vez que los aludidos porcentajes se pagan, innegablemente, en razón del puesto que se ocupe ... Debe concluirse, entonces, que para el pago de los porcentajes, por prohibición, según se trate de un licenciado o de un egresado universitario, no se puede hacer abstracción del puesto ocupado, pues precisamente es el puesto el que fija los requisitos que debe reunir un servidor, para que pueda ocuparlo y será de acuerdo al grado académico, conocimientos y experiencia, que se le pagará el porcentaje que fija la ley, por concepto del plus salarial, compensando éste su dedicación y su entrega total al servicio de la Institución, a la par de sus nuevas responsabilidades". Por su parte, la Sala Constitucional, en lo que respecta al pago de la prohibición y de la compensación por el no ejercicio de la profesión, y la exclusión de algunos funcionarios sin que se viole el principio de igualdad, ha indicado que: "Debe advertirse, en primer término, que para esta Sala el pago de la compensación aludida no constituye, bajo ninguna circunstancia, un beneficio incausado o un privilegio para un determinado grupo de servidores; antes bien, es el justo reconocimiento para quienes, en razón de la función que desempeñan, y para la protección del más alto interés público, no tienen posibilidad de ejercer su profesión u oficio más allá de la dependencia administrativa en la que laboran, por lo que debe descartarse desde ahora, la existencia de una supuesta discriminación, con base en el alegato de que dicho pago es una forma de trato privilegiada para unos cuantos servidores públicos. Se trata de una limitación al ejercicio privado de la profesión u oficio, por cuyo establecimiento el Estado dispuso hacer un reconocimiento económico sobre el salario base de sus empleados. Pareciera que en el fondo, y con tal de obtener un aumento porcentual de los salarios, se desea obligar al Estado a prohibir el ejercicio de toda labor particular a los servidores públicos, a pesar de que no exista incompatibilidad alguna con la función pública ejercida, situación que sí constituiría un pago incausado y por ende ilegítimo, dado que si el servidor

es libre de ejercer fuera de las horas de oficina su profesión o actividad, no existe ninguna razón lógica, jurídica, y mucho menos de orden constitucional, para aducir que el no pago de la "prohibición profesional" en dichos supuestos constituye una discriminación irrazonable. En todo caso, queda claro que tampoco se trata de situaciones idénticas que ameriten un trato igualitario en los términos en que se pretende: en primer lugar, existen por un lado, servidores públicos sujetos a una prohibición legal para el ejercicio privado de una determinada profesión o actividad, y por el otro, servidores no sujetos a ella; además, no existe ciertamente una identidad de funciones, a pesar de que se trate de una misma clase de puesto ("técnicos" y "técnicos profesionales") (voto No.3369-96, de las 10:27 horas del 5 de julio de 1996. El subrayado no es del original). Dicha Sala, refiriéndose a la naturaleza y fundamento legal de la prohibición, señaló: "...el pago por Prohibición que hace la Administración a un servidor, constituye una compensación económica—que conforma el salario— para retribuirle la imposibilidad que dicta la Ley —no el contrato de trabajo— de ejercer su profesión en forma liberal, la cual opera automáticamente y no está dentro de las facultades del funcionario solicitarla o renunciar a ella, por lo que puede la Administración otorgarla en forma discrecional, en otras palabras, es consubstancial —de individual esencia y naturaleza con otro— a la relación de trabajo por disposición de la ley, inherente a la relación de servicio (...)" (voto No.4494-96, de las 11:18 horas del 30 de agosto de 1996). Como puede notarse, de las anteriores citas de jurisprudencia, además de los requisitos académicos para fijar el porcentaje de prohibición, es indispensable que el funcionario esté ocupando un puesto para el que se exige un grado profesional y, la legitimación, para el reclamo debe surgir de las leyes que determinan los destinatarios de ese rubro salarial. La actora basó su demanda en el artículo 118 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, la Ley N° 5867, del 15 de diciembre de 1975, y el Reglamento para la aplicación de la prohibición a los trabajadores que laboran en la Administración Tributaria, aprobado por la Municipalidad de San José y, como quedó señalado, esos cuerpos normativos no tenían como destinatarios de sus efectos a todos los trabajadores que ocupan puestos de Técnico Profesional en la Municipalidad de San José.

IV.- El recurrente alega error de hecho y de derecho porque en su criterio el Tribunal no consideró que la Municipalidad es administración tributaria. El artículo 4 del Código Municipal le confiere a cada Municipalidad el carácter de Administración Tributaria, establece este artículo: *“La Municipalidad posee la autonomía política y financiera que le confiere la Constitución Política. Dentro de sus atribuciones se incluyen: (...) d) Aprobar las tasas, los precios y las contribuciones municipales, y proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales e) Percibir y administrar en su carácter de administración tributaria, los tributos y demás ingresos municipales”*. Cada Municipalidad tiene la facultad de emitir su reglamentación sobre la clasificación de puestos y organización, etc. (artículo 4 inciso a) del Código Municipal en armonía con el numeral 140 inciso 18 de la Constitución Política), lo que legitima su actuación para negar el pago de prohibición a sus empleados aunque laboren en departamentos u órganos que ejercen la función de administración tributaria, cuando no son destinatarios de la ley que originó el pago de prohibición o de alguna de sus reformas. En el caso que analizamos la Municipalidad dictó el Reglamento para la aplicación de la prohibición, conforme a la ley, a los trabajadores que laboran en la administración tributaria, y como se vio en la descripción de las labores que desempeña la actora (folios 12, 13, 37 a 39, 62 a 65) su puesto no está incluido dentro de aquellos a los que se les aplica la prohibición, por lo que no le asiste el derecho a obtener esa compensación económica, como acertadamente lo determinó el ad quem. Siendo que no existen los errores alegados, ese agravio debe ser rechazado.

V.- SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Según lo dispone el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública, *“1. La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y solo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios públicos que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. 2. Se considerará autorizado el acto regulado expresamente por norma escrita, al menos en cuanto a motivo o contenido, aunque sea en forma imprecisa”* (el énfasis es agregado). Lo que significa que si no hay ley que expresamente lo autorice, a la Administración le está

vedado realizar todo lo que así no lo esté regulado o autorizado. Por ello, sólo pueden considerarse legítimas y efectivamente exigibles, como obligaciones a cargo del Estado, aquéllas que de manera expresa se encuentren autorizadas por alguna de las fuentes escritas del ordenamiento, (en este sentido véanse entre otros, los votos de esta Sala números 759 de las 10:10 horas del 10 de setiembre, 595 de las 9:00 horas del 21 de julio, ambas del 2004; 648 de las 10:20 horas del 31 de octubre del 2001 y 936 de las 10:10 horas del 8 de noviembre del 2000). En el caso de estudio, se acreditó que no existe norma jurídica que autorice en forma expresa el pago de la prohibición para el puesto que ocupa la accionante, por lo que el otorgamiento de ese pago, al contrario de lo que argumenta el recurrente, constituiría un quebrantó del principio de legalidad, por lo que este punto del recurso tampoco es de recibo.

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN VOTO: 2006-00019

De las 9:35 hrs. del 27 de enero de 2006.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de Alajuela.

III.- EN RELACIÓN CON LA IGUALDAD Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN: El artículo 33 de la Constitución Política consagra el principio de igualdad al señalar que *“Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”*. Tal garantía fundamental también está consagrada en otros cuerpos normativos, de rango supra legal, debidamente ratificados. Así está previsto en los artículos 7, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 24, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 14 y 26, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *“El principio de la igualdad es consubstancial al ser humano. Hoy la igualdad ante*

la ley es un derecho inmanente a la persona, propio de toda sociedad civilizada y bastión de todo orden jurídico. No hay libertad, no hay democracia, no hay justicia, si no hay igualdad ante la ley. Es un axioma universal, que ya nadie debate. Su desconocimiento -ante cualquier circunstancia- viola los principios de la libertad y de la equidad, del Derecho y del interés público.” (Sala Constitucional, voto número 3369, de las 10:27 horas del 5 de julio de 1996. En el mismo sentido, consúltese la sentencia 2544, de las 13:50 horas del 1° de junio de 1994). El principio de igualdad busca que todas las personas deban ser tratadas igual por el Estado en cuanto a lo que sea esencialmente igual en ellas; de otro lado, pueden ser tratadas desigualmente en todo aquello en que sean sustancialmente distintas. Así, por medio de este principio, se pretende un trato igual para las personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones similares. Este es el sentido que ha sido plasmado en la jurisprudencia constitucional –vinculante erga omnes- y que puede constatarse, entre muchas otras, en la sentencia número 4829, de las 15:36 horas del 8 de julio de 1998, en la cual se indicó: “El principio de igualdad tal y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son corolario de la dignidad humana. En cambio, deben ser tratados desigualmente en todo aquello que se vea sustancialmente afectado por las diferencias que naturalmente median entre los ciudadanos” (sentencia número 7182-94, y en igual sentido las números 6097-94, 5972-94, 3910-94 y 1474-93); / principio que se ha traducido en la prohibición de / “[...] hacer diferencias entre dos o más personas que se encuentran en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, sin que pueda pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, se acuerda, en principio, un trato igual a situaciones iguales y se posibilita un trato diferente a situaciones y categorías personales diferentes [...] La exigencia de igualdad no legitima cualquier desigualdad para autorizar un trato diferenciado, para determinar si realmente se justifica una discriminación, hay que analizar si el motivo que la produce es razonable, es

decir, si atendiendo a las circunstancias particulares del caso se justifica un tratamiento diverso” (sentencia número 5061-94, y en igual sentido, ver las número 4451-94, 1732-91, 1432-91, 0337-91 y 0196-91).”

Así, el Estado debe garantizar la igualdad ante la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. En el ámbito de las relaciones laborales se ha indicado que “La igualdad ante la ley expresa el derecho de los sujetos de las relaciones de trabajo a obtener de la norma jurídica (leyes, reglamentos, convenios colectivos) un trato igual, en el sentido de que a 'supuestos de hecho iguales deben ser aplicables unas consecuencias jurídicas que sean iguales también.”, y la igualdad en la aplicación de la ley constituye un límite para la actividad jurisdiccional y administrativa del Estado, de forma tal que no se proceda en forma arbitraria y la obligación de un mismo órgano jurisdiccional de dar las razones por las cuales cambia de criterio. (Palomeque López, Manuel Carlos. “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en: Derecho del Trabajo y razón crítica, Salamanca, Caja Duero, primera edición, 2004, pp. 166, 169-170). Luego, de la última parte de la norma transcrita y derivado del principio de igualdad, se extrae la prohibición de discriminar, aplicable también en las relaciones entre particulares. De esa manera, el derecho a la no discriminación ha sido abordado por la doctrina laboral como un derecho laboral inespecífico, incluido entre muchos otros de esa naturaleza (por ejemplo: el derecho al honor, a la intimidad personal, a la propia imagen, libertad ideológica y religiosa, derecho a la tutela judicial efectiva, de reunión, de información, etcétera). A partir de ese orden constitucional, en el ámbito laboral se aprobó la ley N° 2.694, del 22 de noviembre de 1.960, “Ley sobre la prohibición en la discriminación del trabajo”, por la cual se prohíbe “...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.” De igual forma, el Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a la discriminación en el empleo y la ocupación, 1.958, fue debidamente ratificado mediante ley número

2.848, del 26 de octubre de 1.961, vigente a partir del 2 de noviembre de 1.961, por el cual el Estado se obligó “... a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva... la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto” y considerando la discriminación como “a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”, concepto que se repite en la Recomendación N° 111. Más recientemente, mediante ley número 8.107, del 18 de julio del 2.001, en cumplimiento del compromiso asumido y el desarrollo de las normas programáticas, se aprobó la incorporación de un nuevo título al Código de Trabajo, que reiteraba aquella prohibición de discriminar y establecía derechos especiales derivados de la violación de esa normativa. En el artículo 618, en forma expresa se indicó: “Prohíbese toda discriminación en el trabajo por razones de edad, etnia, género o religión.” El numeral 624, con base en el cual reclama la actora, prevé la posibilidad de solicitar la reinstalación al puesto y una indemnización correspondiente a doce veces el salario mínimo del cargo que se ocupaba, cuando el despido tenga como causa la discriminación. En ese sentido la norma señala: “Los patronos a quienes se les compruebe haber cesado a trabajadores por edad, etnia, género o religión deberán reinstalarlos en su trabajo original e indemnizarlos con el importe de doce (12) veces el salario mínimo legal correspondiente al puesto de los trabajadores en el momento del fallo.” De esa manera se concretiza en la normativa los criterios normales generadores de discriminación, con el fin de reafirmar la prohibición prevista en la Constitución Política, así como las consecuencias que derivan por violentar la prohibición citada. Conforme a los agravios que se plantean ante esta Sala, y con base en las premisas dadas procede analizar si la empresa accionada violó o no la prohibición prevista en el artículo 618 citado y si el despido se dispuso en contra de lo dispuesto en el numeral 624 ídem.

IV.- LA PRUEBA DE LA DISCRIMINACIÓN Y ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO: Lleva razón el recurrente en cuanto señala que la valoración de la prueba en materia de discriminación resulta aún más flexible y el principio de redistribución de la carga probatoria adquiere mayor énfasis. Esto es así porque, por lo general, tales actos discriminatorios no se realizan abiertamente, de forma tal que el o la trabajadora afectados con una conducta de este tipo tengan la posibilidad de acreditar fácilmente un hecho discriminatorio. La Sala se ha ocupado de este tema en materia de discriminación por razón del sexo, especialmente en el ámbito de las trabajadoras embarazadas. Así, en la sentencia número 583, de las 10:15 horas del 14 de julio del 2.004, se explicó: “Asimismo, es importante destacar que, cuando se trate de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, debe existir al momento de valorar la prueba una especial sensibilización y comprensión de la realidad laboral imperante en el país, que permita su plena apreciación, dando un valor prominente a los indicios que se desprenden del material probatorio aportado. Al respecto conviene citar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español que ilustra debidamente esta situación: “...

a) En los casos en que se alegue (...) que el despido es discriminatorio o lesivo a cualquier otro derecho fundamental del trabajador, el empresario tiene la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable, desde la perspectiva disciplinaria, la decisión extintiva y que expliquen por sí mismas el despido, permitiendo eliminar cualquier sospecha o presunción deducible claramente de las circunstancias. No se trata de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo (la no discriminación a la no lesión de cualquier otro derecho fundamental), pero sí de entender que el despido, tachado de haber incurrido en aquella discriminación o en esta lesión, obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión.

b) *Lo anterior tiene su base no sólo en la primacía o en el mayor valor de los derechos fundamentales, sino más en concreto en la dificultad que el trabajador encuentra en poder probar la causa discriminatoria, o lesiva de otro derecho fundamental, de despido y en la facilidad con que, dado el origen jurídico de los despidos (...) e improcedentes, podría un empresario encubrir un despido atentatorio contra un derecho fundamental del trabajador bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido (...) improcedente...”.*

Desde este punto de vista, no se trata de una inversión de la carga de la prueba, sino de utilizar “la técnica de la prueba de presunciones”; sea que al plantearse un litigio donde la trabajadora alega que se han dado conductas patronales discriminatorias en su contra –o despido– por razones de embarazo; el empresario es quien debe probar las razones que lo han impulsado a adoptar esa decisión (sobre este punto en especial puede consultarse la sentencia Danfoss del 17 de octubre, N° 109/88 de la Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea). De ahí que, la prueba vertida en autos, debe apreciarse a conciencia, con un criterio lógico y justo, conforme lo haría el común de los hombres, a fin de llevar al espíritu del Juzgador la convicción de la verdad.” (La negrita es del redactor).

De igual forma, al analizarse el tema del hostigamiento sexual se ha señalado, en forma reiterada, que la declaración de la víctima reviste gran valor probatorio y se presume cierta. En la sentencia número 181, de las 8:50 horas del 25 de abril del 2002, se indicó lo siguiente: *“Sobre la apreciación de la prueba, en tratándose de faltas constitutivas de acoso sexual, esta Sala ha reiterado el criterio de que resulta de especial importancia la declaración de la víctima. Así en el Voto N° 130, de las 10:50 horas, del 19 de mayo de 1999, citado por el juzgador de primera instancia, indicó: “En materia laboral, se ha aceptado que existe una presunción de certeza de la declaración de la parte que más dificultad tiene para aportar los elementos probatorios, obligando al patrono a aportar prueba suficiente para acreditar la falta cometida por el trabajador que le faculta a dar por*

terminada la relación laboral, sin responsabilidad de su parte. Cuando se denuncia acoso sexual tenemos la misma situación, pero la presunción de certeza se da al dicho de la o del acosado, relacionándolo, eso sí y en lo posible con otros medios de prueba. En situaciones como la presente y ante la ausencia de prueba directa que acredite el acoso, debe tenerse como suficiente la declaración de la ofendida, ya que de no ser así, existirían hechos de imposible comprobación, porque la persona a quien se le atribuyen procura siempre realizarlos en circunstancias en que no existan testigos ni otros medios de prueba. De no aceptarse lo anterior estaríamos ante un obstáculo para descubrir la verdad real, el cual debe ser suprimido en aras de la correcta administración de justicia, lo que se logra en el caso sub exámine dando plena credibilidad a la declaración de la víctima, si de su análisis, conforme a las reglas del correcto entendimiento humano, como lo prevé el artículo 24 de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia, se puede llegar a concluir que dice la verdad. Es decir que, realizándose una valoración amplia de los elementos probatorios debidamente incorporados a los autos por el patrono, no se le puede restar veracidad al testimonio de la víctima, sin razones objetivas para ello; pero tampoco puede entenderse que siempre se deben tener por ciertos los hechos de acoso imputados, al punto de no entrar a valorar el testimonio de la presunta víctima junto con los demás elementos incorporados, redistribuyendo, en este caso, la carga de la prueba en perjuicio del trabajador (véase sobre el tema el voto 310 de las 9:50 horas del dieciocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho).”

En casos como el que se analiza, se requiere entonces la existencia de un principio de prueba en el que se sustente el hecho de la discriminación invocado; es decir, algún elemento que haga sospechar al juzgador de la existencia de la discriminación, para que la parte a la que se le atribuye ese hecho quede en la obligación procesal de acreditar una causa objetiva que la excluye. De conformidad con el artículo 624 del Código de Trabajo, resulta indispensable una relación causal entre el despido y la discriminación; o sea, que este tenga como sustento una manifestación perjudicial contra el o la trabajadora, basado en diferencias odiosas derivadas de la edad, etnia, género o religión, en los

términos del artículo 618 ídem. Analizadas las pruebas que constan en los autos, la Sala considera que la discriminación en razón de la etnia que invocó la actora, no quedó plenamente acreditada; en el tanto en que la accionada logró probar la existencia de un motivo que razonablemente consideró suficiente para disponer la máxima sanción. Tanto en primera como en segunda instancia se tuvo por acreditada la falta atribuida a la actora para justificar su despido. Así, en el fallo de primera instancia, en la relación de hechos probados se indicó el siguiente: *“Que en fecha veintitrés de julio del dos mil dos, al realizar el respectivo trámite ante la oficina de Migración del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría, para salir del país hacia la ciudad de Los Ángeles, Estados Unidos de América, la actora canceló la suma de dos dólares, suma que cancelan únicamente los pasajeros en tránsito, a pesar de que en razón de su puesto, tenía conocimiento de que le correspondía pagar una suma mayor, que podía ser, de diecisiete dólares como taiwanesa y de cuarenta y un dólares como costarricense”* (folio 156). Este hecho fue avalado por el órgano de alzada y coincide con la causal invocada en la comunicación del despido, donde expresamente se le indicó: *“El pasado día 23 de julio del 2002 usted abordó nuestro vuelo UA 888 con destino a Los Ángeles, haciendo uso del derecho que le concede su condición de empleada de la empresa. Para cumplir con el trámite migratorio, presentó para las autoridades de la Dirección General de Migración la respectiva Tarjeta de Egreso, a la que adhirió un timbre por el valor de \$2, suma que cancelan únicamente los pasajeros en tránsito. Usted, como costarricense, debe cancelar para salir del país la cantidad de \$41, razón por la que omitió pagar \$39 o si usted utiliza su pasaporte taiwanés, debió pagar \$17.”* (folio 7). Tales hechos no fueron considerados tan graves por los juzgadores de primera y segunda instancia, por lo que en aplicación del principio de proporcionalidad declararon injustificado el despido, pero a la vez denegaron los daños y perjuicios previstos en el artículo 82 del Código de Trabajo, pues los hechos invocados existieron. Analizada la falta, la Sala estima que la destitución fue adoptada en forma razonable, pues bien pudieron considerar los representantes de la accionada que el proceder de la trabajadora resultaba inadmisibles. De esa manera, el ánimo discriminatorio que se acusa en la demanda debe

considerarse excluido y no puede concluirse que en el caso concreto la destitución de la accionante tuviera como fin discriminarla en razón de su origen étnico. Si bien algunos testigos señalaron que a la actora se le daba un trato desigual, otros negaron ese hecho, así como la existencia de manifestaciones discriminatorias en el seno de la empresa accionada, lo que contrariaría sus políticas de empleo. En efecto, en la denominada Guía de Administración de Personal, se establece que *“United Airlines es un -Patrono con iguales oportunidades.- Como tal, es política corporativa el llenar vacantes con los candidatos más calificados sin importar raza, color, sexo, edad, religión, ciudadanía, calidades de veterano o discapacitado, excepto para aquellos puestos en los que se necesitan calificados atributos para ocuparlos./ Esta política rige al momento de emplear, subsecuentes transferencias de puestos, aceptación dentro de los programas de capacitación de la Compañía, entrenamiento, nivel salarial y todas las áreas de Administración de Personal.”* (folio 46).

El testigo VESR señaló que él salió de la empresa antes que la actora, razón por la que no puede tener conocimiento de las razones que dieron lugar al despido. No obstante ello, sí indicó que a esta, a veces, le variaban el horario y que se daba cierta desigualdad entre los empleados, pues a una compañera norteamericana, a pesar de que tenía menos antigüedad, la enviaban con mayor frecuencia a los entrenamientos y que, inclusive, tres días antes de un curso, se canceló la asistencia de la demandante, porque antes había hecho un viaje personal (folios 144-145). De su declaración no puede extraerse que la accionante fuera discriminada por razón de su etnia; es más, indicó que cuando se canceló su ausencia a un curso, se debió a que había estado fuera, por un viaje personal, lo que excluye el ánimo discriminatorio. Por su parte, la testigo MECC declaró que el cambio de horarios venía impuesto por la variación horaria entre Costa Rica y Estados Unidos. Señaló que la actora colaboraba mucho en el turno de noche y hasta se ofrecía para trabajarlo. Manifestó que nunca había recibido quejas por discriminación y que se contaba con personal de distintas nacionalidades, razas, sexos y religiones, a todos los niveles (folios 146-147). Su declaración, sin duda, excluye la discriminación acusada, más aún cuando se refirió, posteriormente,

a las razones que dieron lugar a la destitución. La testigo Carolina de Haan Brautigán señaló que la actora le había manifestado que la discriminaban y, al respecto, indicó que la ponían a realizar labores para las que no había sido entrenada, aparte de que con frecuencia la ponían a laborar en horario nocturno y no le aprobaban los cambios de horario que ella solicitaba (folios 148). El primer motivo señalado por la testigo no fue siquiera invocado por la actora en su demanda y las otras dos circunstancias que apuntó no pueden considerarse como una manifestación discriminatoria por parte de la empleadora, pues no media un indicio de que tal situación se diera en razón de su etnia; aparte de que la fijación de horarios constituye una potestad del empleador, dada por su poder de dirigir y organizar la actividad que realiza. En ese sentido, la doctrina ha señalado lo siguiente: *“En lo que concierne a las condiciones de trabajo (salarios, jornada, etc.), el derecho a la no discriminación no impone, desde luego, una igualdad de trato en sentido absoluto, pues el juego en el ámbito de las relaciones laborales de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario pueden disponer aquéllas libremente, siempre que se respeten naturalmente los mínimos legales o convencionales...”* (Palomeque López, op.cit., p. 171).

Luego, de las declaraciones de CALL (folio 14) y de Gina Goicuría Jiménez (folio 150), se estima que tampoco puede tenerse por acreditada la discriminación invocada. Por último, de la documental visible al folio 88, donde constan los entrenamientos a los que fueron enviados varios trabajadores, teniendo como parámetro la fecha en que cada uno ingresó a laborar no se desprenden diferencias graves que permitan concluir sobre la existencia de un ánimo discriminatorio y menos la relación causal entre el despido y la discriminación. Así las cosas, se estima que en cuanto a este punto concreto el recurso no puede ser acogido.

V.- EN CUANTO A LAS COSTAS: El recurrente muestra disconformidad en cuanto se eximió a la demandada a pagar las costas del proceso y señala que no puede considerarse que medió vencimiento recíproco. Si bien es cierto, en el caso concreto no pudo mediar un vencimiento recíproco, pues no medió

contrademanda (véase, al respecto, la sentencia de esta Sala número 637, de las 8:40 horas del 13 de diciembre del 2002), lo cierto es que solo se acogieron parte de las peticiones fundamentales de la demanda y eso fue lo que interpretó el Tribunal como un vencimiento recíproco, sin que fuera necesario mayor análisis, pues este supuesto está contemplado en el artículo 222 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por lo regulado en el numeral 452 del Código de Trabajo, como uno de los supuestos en que se permite disponer la exoneración. Por consiguiente, no se estima que los juzgadores de segunda instancia hayan ejercido la facultad que establece la norma citada en forma contraria a Derecho.

VI.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con las razones expuestas, lo procedente es confirmar el fallo impugnado.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA E INFORMES DE LOS INSPECTORES DEL MTSS VOTO: 2006-00030

De las 9: 35 hrs. del 1° de febrero de 2006

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José.

II.- La valoración de la prueba en materia laboral no está sujeta a las reglas propias del derecho común, tal y como lo establece el artículo 493 del Código de Trabajo, que reza: *“Salvo disposición expresa en contrario de este Código, en la sentencia se apreciará la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas de Derecho Común, pero el Juez, al analizar la que hubiere recibido, está obligado a expresar los principios de equidad o de cualquier naturaleza en que funde su criterio”*. La Sala Constitucional, en el Voto número 4448 de las 9:00 horas, del 30 de agosto de 1996, se refirió al contenido de esa norma, así: *“... la apreciación de la prueba en conciencia, no implica*

resolver en forma arbitraria, por cuanto todo juez, como funcionario público que es, se encuentra sujeto al principio de legalidad, el cual constituye un imperativo de adecuación de la acción pública, no sólo de las normas específicas sobre un objeto determinado, sino a todo el bloque de legalidad, por lo que no puede fallar con desprecio de los principios y derechos constitucionales, ya que está limitado por las reglas de la sana crítica y principios de razonabilidad que debidamente aplicados conducen a la armonía de la apreciación jurisdiccional con la Constitución Política,... las facultades de los jueces de apreciar la prueba en conciencia, no resultan contrarias a la obligación del juez de fundamentar sus fallos, principio constitucional que integra el debido proceso... Con fundamento en lo anterior, es que procede interpretar la norma en cuestión de tal manera que no resulta inconstitucional la facultad de los jueces laborales de apreciar la prueba en conciencia, siempre y cuando se dicte un fallo fundamentado, en aplicación de las reglas de la sana crítica y razonabilidad". De ahí que, la valoración de la prueba en esta materia, debe entenderse a la luz de los parámetros de constitucionalidad establecidos en dicha resolución.

Está claro que las reglas del derecho común en la apreciación de las probanzas no son de obligado acatamiento para el juez laboral. Sin embargo, eso no significa que pueda resolverse el caso simplemente con base en su fuero interno, sin brindar ninguna explicación. En este supuesto, estaríamos en el campo de la arbitrariedad, con quebranto de principios fundamentales consagrados en la propia Constitución Política (artículos 39 y 41), como lo son el debido proceso y el derecho de defensa en juicio. En la misma norma de comentario se obliga al juzgador a expresar los principios de equidad o de cualquier otra naturaleza en que funde su criterio, dentro de los cuales, se ubican las reglas de la sana crítica, a saber, la lógica, la experiencia y la psicología, las cuales se estima no se han violentado en este caso. En cuanto al carácter de prueba muy calificada de los informes de inspección de la entidad demandada, tema al cual se alude en el recurso, importa hacer algunas consideraciones. Para la época en que sucedieron los hechos que interesan, el artículo 20 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, establecía:

"Habrá un cuerpo de inspectores que se encargará de velar porque los patronos y asegurados cumplan esta Ley. Los informes que presenten se considerarán prueba muy calificada. Los inspectores tendrán el carácter de autoridades con los deberes y atribuciones que se especifican en los artículos 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social" (énfasis suplido). Mediante la Ley N° 7983, del 16 de febrero del 2000, esa norma fue reformada en los siguientes términos: *"Habrá un cuerpo de inspectores encargado de velar por el cumplimiento de esta ley y sus reglamentos. Para tal propósito, los inspectores tendrán carácter de autoridades, con los deberes y las atribuciones señalados en los artículos 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Para los efectos de esta ley, el Director de Departamento de Inspección de la Caja tendrá la facultad de solicitar por escrito, a la Tributación y a cualquier otra oficina pública, la información contenida en las declaraciones, los informes y los balances y sus anexos sobre salarios, remuneraciones e ingresos, pagados o recibidos por los asegurados, a quienes se les podrá recibir declaración jurada sobre los hechos investigados. Las actas que levanten los inspectores y los informes que rindan en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, deberán ser motivados y tendrán valor de prueba muy calificada. Podrá prescindirse de dichas actas e informes solo cuando exista prueba que revele su inexactitud, falsedad o parcialidad. Toda la información referida a este artículo tendrá carácter confidencial; su divulgación a terceros particulares o su mala utilización serán consideradas como falta grave del funcionario responsable y acarrearán, en su contra, las consecuencias administrativas, disciplinarias y judiciales que correspondan, incluida su inmediata separación del cargo"* (lo evidenciado no es del original). En este nuevo texto se mantuvo ese carácter de "prueba muy calificada", de los informes rendidos por los inspectores de la demandada. La Sala Constitucional, se ocupó de ese tema, en su Voto N° 6497, de las 11:42 horas, del 2 de diciembre de 1996, así: **"XII.- ANALISIS DEL ASPECTO RELATIVO AL VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE LOS INSPECTORES DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL.-** Por otra parte y en lo tocante al artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo

y de Seguridad Social, así como el artículo 20 de la Ley de la Caja Costarricense del Seguro Social, que han sido cuestionados también por otorgar a los informes de los inspectores el carácter de prueba calificada, cabe hacer notar que tal contenido de las normas analizadas no se refiere exclusivamente a la actividad desplegada por los inspectores en relación a los libros de contabilidad y sus anexos, sino a la totalidad de sus atribuciones, dentro de los límites autorizados por el ordenamiento jurídico, y que la valoración de -prueba muy calificada- que se hace de las actas levantadas por los inspectores, así como de los informes rendidos por éstos, no tiene mayor trascendencia frente al sistema de libre apreciación de la prueba que rige en materia laboral, de forma que pueden ser discutidas e impugnadas en su totalidad en su caso, mediante el procedimiento que señala la ley, de manera que no existe lesión al principio del debido proceso contenidos en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, tal y como este ha sido definido por la Sala, principalmente en la sentencia número 1739-92, de las once horas cuarenta y cinco minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos". Y, esta otra Sala, refiriéndose al valor probatorio de los informes expedidos por los inspectores de la accionada, ha reiterado el criterio de que el carácter de prueba muy calificada puede, de acuerdo con las reglas de la sana crítica a las cuales se ha hecho referencia, ser conferido a informes precisos y claros y en cuanto a los hechos que ahí se contengan. Es decir, para poder válidamente conferirles ese valor a los respectivos informes, los mismos deben contener una descripción detallada de los hechos, así como contar con el respaldo probatorio que acredite lo investigado. Además, la parte afectada siempre puede ofrecer prueba para desacreditar los hechos tenidos como debidamente probados por el órgano administrativo. Por esa razón, el valor que puede concederse a los informes, no es absoluto, sino, relativo, pues admite prueba en contrario (ver Votos números 393, de las 9:20 horas, del 4 de mayo y 1021, de las 14:20 horas, del 21 de diciembre, ambos del año 2000; 309, de las 15:30 horas, del 6 de junio y 448, de las 9:50 horas, del 8 de agosto, ambos del 2001). Con relación a lo anterior, debe tomarse en cuenta que la Administración Pública se rige esencialmente por el principio de legalidad, de modo que sus actuaciones, al ejercer sus potestades (que son poderes-deberes),

deben ajustarse a las disposiciones legales, tanto de naturaleza formal como sustancial, previstas en el ordenamiento jurídico positivo (artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública). De ahí que los actos administrativos se presuman válidos, mientras no se acrediten hechos o circunstancias que los desvirtúen. Esa presunción, se insiste, es "iuris tantum", estando obligada la parte a la que se oponen, en este caso, la actora, a probar lo contrario, mediante la correspondiente prueba que, por las razones explicadas, debe ser clara y determinante. En ese orden de ideas, ni aún en ese supuesto estamos en presencia de la denominada "prueba tasada", propia de un régimen probatorio distinto al que prevalece en esta materia.-

III.- En el caso concreto el tema principal a dilucidar es si entre la demandada y los médicos que prestan servicios en la Clínica y respecto de los cuales se confeccionaron las planillas adicionales existió una relación laboral como lo sostiene la parte demandada. Para ello, debemos recurrir a la relación de los artículos 2, 4 y 18, todos del Código de Trabajo, los que por su orden disponen: "Artículo 2.- Patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de una u otras, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". "Artículo 4.- Trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo". Y, "Artículo 18.- Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe". Se han distinguido tres elementos caracterizantes de una relación de tipo laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. Como los dos primeros se presentan también en otro tipo de contrataciones, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha recurrido al tercer elemento -la subordinación jurídica- como criterio de distinción, entendido éste

como la facultad del empleador de dar órdenes al empleado y disciplinar sus faltas así como la de dirigir las tareas. Este elemento ha sido definido como un estado de limitación de la autonomía del trabajador con motivo de la potestad patronal, para dirigir y dar órdenes sobre las labores a desempeñar y su correlativa obligación de obedecerlas (CABANELLAS (Guillermo), Contrato de Trabajo, Volumen I, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239 y 243). Es decir, la subordinación laboral lleva implícitos una serie de poderes que, el empleador, puede ejercer sobre el trabajador, cuales son: el poder de mando, el poder de fiscalización, el poder de dirección y el poder disciplinario (sobre el punto se pueden consultar los votos de esta Sala números 268, de las 8:00 horas, del 13 de diciembre de 1991; 25, de las 9:00 horas, del 24 de enero de 1992; 392, de las 10:40 horas, del 25 de noviembre de 1994; 235, de las 10:40 horas, del 18 de octubre de 1996; 382, de las 9:50 horas, del 29 de noviembre de 1996; 30, de las 15:40 horas, del 12 de febrero de 1997 y; 390, de las 10:20 horas, del 7 de agosto del 2002). Ahora bien, el numeral 18 citado establece una presunción iuris tantum a favor de la laboralidad de la relación de quien presta sus servicios y la persona que los recibe. En aplicación del artículo 414 del Código Procesal Civil, a tenor de lo dispuesto en el numeral 452 del de Trabajo, toda presunción legal exime a la parte que la alegue, de la obligación de demostrar el hecho reputado como cierto, en virtud de la misma. No obstante, se obliga a quien la invoque a demostrar los hechos que le sirven de base, a saber, la prestación personal de los servicios. En el caso concreto es un hecho incuestionable que los médicos con relación a los cuales se confeccionaron las planillas adicionales prestan los servicios propios de su profesión en el HCMS; existiendo la presunción, dados los informes levantados por los inspectores de la entidad demandada que lo hacían al amparo de relaciones de tipo laboral con esa sociedad.

De ahí que, le corresponda a la entidad demandante desvirtuar esa presunción, acreditando, sin lugar a dudas, que la relación no tuvo esa naturaleza. El problema de identificar la existencia de un verdadero contrato de trabajo, se exagera con el proceso de relativización de la noción de subordinación, que se da en muchos supuestos; lo que produce mayor dificultad

para establecer la frontera entre una relación laboral y el trabajo por cuenta propia; pues, en gran cantidad de casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, donde, en muchas ocasiones, las labores se desarrollan por cuenta propia, en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario (LOPEZ GANDÍA, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1.999, pp. 9-12). Le corresponde entonces al operador jurídico determinar, en cada caso concreto, según las circunstancias particulares que en cada uno se presenten, si se está o no en presencia de una relación laboral. A esos efectos, deberá realizar la valoración correspondiente, para determinar si se ha pretendido disimular la existencia de un contrato de trabajo; o si, por el contrario, legítimamente, el vínculo jurídico –a saber, entre los médicos y la sociedad actora- no tuvo naturaleza laboral. En el caso de los profesiones liberales –como la de los médicos- pueden prestar sus servicios a través de una relación laboral, mediante un contrato por servicios profesionales e incluso recurriendo a otro tipo de vinculaciones, como la que se ha invocado durante este proceso, en el cual la parte actora ha sostenido el criterio de que los médicos no le prestaban servicios directamente al Hospital, sino, que estos profesionales arriendan un consultorio y disfrutan de ciertos servicios que la sociedad les brinda, debiendo pagar como contraprestación un porcentaje de lo cobrado a los pacientes y, estableciéndose en todo caso un pago mínimo para el evento de que lo ingresado no sea suficiente. Partiendo, como se dijo, que el elemento de la subordinación distingue la relación laboral de cualquier otra, debe tomarse en consideración que éste tiene características especiales, tratándose del ejercicio de labores como las de los médicos, que implican, necesariamente, una independencia técnica, que de ninguna manera obstaculiza la existencia de una contratación de esa naturaleza. Ahora bien, para resolver los llamados casos frontera, interesa tomar en consideración los distintos criterios a los cuales ha recurrido esta Sala para distinguir entre un trabajador dependiente y un trabajador autónomo, a saber: 1) La no existencia de una prestación personal del servicio (sentencias números 319-99, 223-01, 448-01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03). 2) Exclusividad

en la prestación de las labores (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02). 3) Prestación del trabajo en las instalaciones del empresario (sentencias 240-99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540-02, 564-02, 338-03, 583-03). 4) La existencia de una retribución fija y periódica (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01). 5) El sometimiento a jornada y horario (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365-02, 515-02, 564-02, 583-03). 6) La imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado (votos 319-99, 564-02). 7) La afiliación a la seguridad social (fallos 319-99, 512-02, 564-02). 8) El suministro de herramientas y materiales de trabajo (sentencias 294-97, 240-99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373-03). 9) El deber de vestir uniforme o atuendos con el logotipo de la empresa (sentencia 390-02). 10) La realización de actividades por cuenta y riesgo del empresario (sentencias 319-99 y 294-01). 11) El pago de vacaciones o aguinaldo (votos 294-97, 576-01, 715-01, 512-02). 12) El pago de una remuneración que excede la normal de un trabajador (fallo 253-02). 13) El hecho de que los honorarios se paguen mes a mes no los convierte en salarios (sentencias 97-97, 381-00 y 715-01). Claro está, que la presencia de algunos indicios considerados como propios de las relaciones de naturaleza laboral, no necesariamente deben llevar a la conclusión acerca de la existencia de ésta. Es decir, no existen soluciones automáticas, debiendo analizarse en cada caso concreto la presencia de esos indicios que según las circunstancias dadas, permitan concluir si se está o no en presencia de un contrato de trabajo.

IV.- En este asunto, no existe prueba suficiente de la cual se pueda deducir que los médicos pudieran hacerse sustituir en sus consultorios a voluntad, es decir, que la prestación de los servicios no necesariamente tuviera que ser personal. Mas, como se indicó, la parte actora que se muestra inconforme con las planillas adicionales confeccionadas por la demandada a su cargo, tiene la posibilidad de desvirtuar la presunción legal contenida en el aludido artículo 18 del Código de Trabajo (ver, en ese sentido, el voto número 275, de las 10:00 horas, del 23 de mayo del 2001). Si bien es cierto los testimonios de los galenos deben valorarse con cuidado, dado que son sus propias vinculaciones las que se están cuestionando, también debe tomarse en consideración dos aspectos fundamentales. Primero, que precisamente son ellos a

quienes directamente les puede constar las características de la relación y, segundo, que sus declaraciones coinciden con el resto del material probatorio, lo que induce a concederles credibilidad.

En el proceso judicial declararon AQOs, BAMQ, MGCC, LDST y ACZS; con excepción del segundo y del último, quienes laboran como inspectores de la accionada, los demás, son médicos que tienen consultorio en el Hospital y Clínica Sinai S. A. (folios 69 a 74 y 81 a 92). Quesada Olivares, en lo que interesa declaró: “... yo ejerzo en mi consultorio particular libremente mi profesión, yo alquilo a la Clínica Monte Sinai. En mi consultorio yo tengo una tarifa, yo encargo a la secretaria de la consulta, de esa consulta yo pago a la clínica el alquiler, el monto que se cobra a los pacientes se desglosa así, el treinta por ciento se lo deja la Clínica que es el costo de consultorio, el costo de los servicios de apoyo, ejemplo electricidad, secretario, teléfono, el setenta por ciento restante es mío, yo lo retiro cuando yo lo deseo, aunque yo establecí que me lo entregaran cada quince días para no dar recibos timbrados a diario. Yo no tengo jefe el único jefe soy yo, sea no tengo jefe, yo tengo el horario que yo quiero, puedo cerrar el consultorio una semana, llego a la hora que yo quiero, no recibo ningún salario de la clínica”. Señaló que la Clínica no tiene que darle vacaciones y nunca ha tenido aguinaldo. También manifestó: “Yo no estoy sometido a ningún régimen disciplinario, nadie me manda, nadie me da órdenes, desde el momento en que alguien me dé órdenes simplemente me voy. Todos los profesionales, por lo menos los especialistas, trabajamos en la misma forma”. Refiriéndose a los cirujanos dijo que tienen un grupo de apoyo, cobran una cuota por honorarios médicos y le dan a cada uno de los ayudantes lo que le corresponda. Da cuenta que la secretaria, quien es empleada de la Clínica, da las citas dependiendo de los horarios que él le indica. Manifestó que el consultorio tiene un costo operativo de setenta y siete mil colones “... si yo me ausento uno o dos meses, yo debo pagar esos setenta y siete mil colones que dejó de percibir la clínica, porque el consultorio es mío y nadie puede utilizarlo si no es con mi consentimiento”. Indica que es él quien decide el aumento de la tarifa. Aduce que el costo del consultorio incluye el escritorio, la silla y el papel higiénico. Por último, en cuanto a

la disponibilidad aduce que sólo lo llaman si él les indica que está disponible, pero si les dice lo contrario, no lo pueden llamar (folios 69 a 70). En el mismo sentido declaró Carmona Carmona, quien añadió: *“Yo no recibía órdenes ni instrucciones de los personeros de la Clínica. Yo no tenía que dar cuentas o rendir informes sobre mis actividades a los personeros de la Clínica”*. Declaró que si ocupaba la sala de operaciones debía ocupar su propio equipo de trabajo, encargándose de pagarles. Señaló que la papelería de la clínica estaba incluida por el uso de ésta. Dijo ser funcionario de la Caja, por eso él planifica el tiempo para atender pacientes. Reconoció el documento de folio 373 del legajo de prueba identificado con el número 1 cuyo título es “TARIFAS DE CONSULTAS MÉDICAS”, mas aclara que se le consulta cuánto va a cobrar y, además, está posibilitado para variar el monto (folios 73 y 74). El testimonio de Sáenz Torres, armoniza con los anteriores. Señaló claramente que atiende el consultorio en el horario y los días que más le convenga, disponiendo cuánto dura atendiendo a cada paciente y es él quien estima el valor de la consulta, debiendo pagarle a la Clínica un porcentaje. Además, al igual que los otros declarantes, adujo que no debe pedirle permiso a nadie si quiere tomarse un día o una semana de vacaciones. Manifestó haber adquirido acciones de la sociedad, variando los porcentajes a pagar en la clínica dependiendo de si se es o no socio. Explicó: *“... yo soy quien pongo las normas de atención, fijo mi tiempo, el valor de mi consulta, y mi horario, y eso lo hago llegar a la Clínica y ellos se encargan de enterar a todo el personal administrativo de cómo va a trabar uno, por cuestiones de orden. La Clínica no me puede decir a mí a quién atender, cómo atenderlo; ni cuánto le debo cobrar ... defino a quien le cobro y a quién no, en esto no puede meterse la clínica ...”*. Dijo que si se atrasa en llegar a la Clínica lo informa para que lo disculpen con los pacientes pero no debe darle a los personeros de ésta ninguna explicación. Recalcó que no está sometido a ningún régimen disciplinario e incluso viste como quiere y no recibe de la Clínica ni aguinaldo ni vacaciones. Manifestó no tener ninguna obligación de estar disponible (folios 481 a 86). Esas declaraciones coinciden plenamente con las rendidas en sede administrativa (folios 728 y siguientes del legajo de pruebas identificado con el número 2). Ahora bien, don BAMQ, que como se dijo es inspector de la demandada y realizó el respectivo estudio en la Clínica,

declaró que se compararon cuentas con los pagos que ésta le hacía a los médicos y de los pacientes a la clínica, determinándose que los honorarios venían a ser el pago de la retribución por el servicio del médico. Además, se refirió a la existencia de horarios de servicio y circulares dirigidas al personal, mediante las cuales se les indicaba a los médicos los horarios a cumplir, apareciendo también el cobro de la clínica al paciente y no como un servicio profesional, por cuanto aquel no le pagaba al médico. Dio cuenta de la programación de las guardias, horarios de atención, disponibilidad del médico en la consulta externa *“... y eran las recepcionistas las que asignaban al médico según el padecimiento del paciente”*. También indicó: *“... Los médicos no llevan ningún tipo de registro ni contabilidad, ni declaraban renta, puesto que su función era subordinada al hospital, la clínica manejaba toda la contabilidad. Lo contrario hubiera sido que los galenos tuvieran su propio libro de citas, su propia recepcionista y que sus facturas fueran timbradas por Tributación Directa. El Hospital le marcaba el tiempo de servicio de atención de pacientes a los médicos, en ningún momento se evidenció que los médicos tuvieran disponibilidad propia, estaban bajo el horario de la demandada. En ningún momento encontramos en la parte contable recibo por alquiler de consultorio, ni silla, ni instrumento, ni consultorio, tampoco fue aportado por los galenos. Las tarifas están prefijadas por la demanda (sic), y así consta en los folios 19 y 23 y los médicos no podían cobrar más de la tarifa preestablecida por esta Clínica.”*. Dijo no haber preguntado si la tabla de honorarios era confeccionada por los médicos o era dada por la clínica, como tampoco si el horario de disponibilidad era fijado por aquellos o por ésta, lo que si se les cuestionó fue el horario que cumplían, remitiendo a la tabla pero sin que se indagara por quién fue fijado (folios 71 y 72). Por último, Zelaya Sánchez, quien según se refirió participó en la investigación inicial, dijo que la subordinación de los médicos para con la demandante la determinaron *“... por la existencia de horarios de trabajo, turno de guardias médicas y tarifas homogéneas de las consultas, todo esto verificado documentalmente. La Clínica cancelaba a estos profesionales por medio de cheques emitidos a cada uno contra cuentas propias del Banco que en este momento no preciso ... El pago de estos profesionales era cada quince días ... De la documentación que se*

consultó, no existía documentos mediante los cuales este grupo de profesionales solicitara a la Clínica, permiso o vacaciones, o situaciones referentes a la prestación del servicio”. Señaló que a los profesionales se les pagaban montos distintos como diferentes eran los horarios y que se pudo determinar que en las tablas la variación de pago dependía de la especialidad.

Declaró que pudieron constatar que los médicos también estaban subordinados a la Caja Costarricense de Seguro Social, mas no pudieron verificar cómo se hicieron las fijaciones de tarifas y “En cuanto a los horarios de tiempo de consulta, participaba el médico porque se necesitaba determinar el horario que de acuerdo al tiempo libre podía disponer. Entendimos que después de haber participado y decidido el horario de disponibilidad fuera de consulta, el médico debía de atenderlo, entendimos que era esa fijación (sic) de acatamiento obligatorio” (folios 88 a 92). Valoradas las probanzas conforme con las reglas de la sana crítica a las cuales ya se ha hecho mención, se arriba a la misma conclusión a la que llegó el Tribunal. Existen indicios claros, precisos y concordantes, acreditantes de que la vinculación entre los médicos respecto de los cuales se confeccionaron planillas adicionales y la sociedad actora no tenía naturaleza laboral, a saber: algunos de esos profesionales eran socios del hospital; no tenían exclusividad, pues, de la prueba testimonial evacuada en sede administrativa y en la judicial, se desprende que varios trabajaban con la propia Caja Costarricense de Seguro Social; no estaban sujetos a jornada y horario, pudiendo no presentarse a laborar –incluso por periodos largos– sin que por ello recibieran alguna llamada de atención; no tenían una remuneración fija y periódica; elegían a los pacientes que atendían, decidiendo a discreción si les cobraban o no por la consulta y en ese sentido atendían a los pacientes por su propia cuenta y riesgo y; no recibían aguinaldo ni disfrutaban de vacaciones, como tampoco éstas le fueron compensadas. Nótese que los propios inspectores de la Caja declarantes en sede judicial aceptaron no haber corroborado que las fijaciones de las tarifas de consultas (ver documento de folios 19 y siguientes del legajo identificado con el número 2) y horarios en verdad fueran realizadas por la actora sin tomar en consideración el criterio de los médicos, es decir, como parte de la organización empresarial que le corresponde hacer al

patrono y, por el contrario, la prueba es abundante en el sentido de que, precisamente, eran dichos profesionales quienes organizaban la atención de sus pacientes, a su conveniencia y sin fiscalización alguna. Además, en los folios 180 a 182 del legajo de pruebas identificado con el número 1, se puede apreciar que el precio del arrendamiento varía dependiendo del área del consultorio y la cantidad de acciones que tenga el respectivo médico. Esto último quedó reflejado en la nota fechada 1° de junio de 1995 suscrita por el Gerente del Hospital y dirigida al Director Administrativo que dice: “El pasado 31 de mayo de 1995 venció el plazo fijado por la Junta Directiva para que los profesionales en Ciencias Médicas definieran sobre la compra de acciones de nuestra Empresa, de manera tal que a partir de esta fecha debe aplicarse al Dr. Gerardo Antonio Viquez Blanco que adquirió una acción los siguientes porcentajes por consultas:

CONSULTAS PORCENTAJE MÉDICO

De 01 a 50	50%
De 51 a 100	60%
De 101 en adelante	70%
<i>Cargos por otros servicios:</i>	
Médico asistente cirugía	85%
-Internamiento.	85%
-Cirugía menor	85%
-Cirugía ambulatoria	¢7.500.00
-Cirugía mayor	¢15.000.00
-Yesos	85%
-Honorarios profesionales	85%

Costo operativo del Consultorio: ¢ 55.000.00 (Se le suma el producto de otros médicos que utilicen su consultorio)” (ver folio 177 del legajo de pruebas identificado con el número 1). Además existe documentación que acredita que las guardias no eran impuestas por el Hospital, sino, tal y como lo relataron los declarantes, dependían de su disponibilidad. Así, a folio 179 del legajo número 1, se insertó la siguiente leyenda: “PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS GUARDIAS LA DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA EN COORDINACIÓN CON LA DRA. PATRICIA HIDALGO HARÁN LOS ROLES DE ACUERDO A LA DISPONIBILIDAD DE CADA MÉDICO Y AL NÚMERO ACCIONES DE PROPIEDAD DE LA EMPRESA Y SU DISTRIBUCIÓN PROPORCIONAL AL NÚMERO DE ELLAS”.

Lo expuesto, en modo alguno abona a favor de la tesis sostenida por la accionada. Por otro lado, se observa por ejemplo a folios 289 y siguientes del legajo número 2, que los médicos debían dar un aporte para publicidad, elemento que constituye un indicio de que los costos y riesgos de la actividad eran compartidos, aspecto que resulta a todas luces ajeno a una relación laboral, en la cual aquellos corren a cargo del patrono.

El hecho de que los pacientes le pagaran la consulta a la accionante y ésta a su vez se lo reintegrara al médico en el lapso por él solicitado, es revelador de un especial modo de organización que por sí mismo, no es suficiente para tildar la relación como laboral, si como ha quedado demostrado, se echa de menos elemento distintivo de la subordinación jurídica. Ya la Sala tuvo la oportunidad de resolver un asunto semejante al presente, partiendo de la existencia de un contrato societario en el cual uno de los socios era un médico : *"... no existía intermediación entre las empresas accionadas, dado que el propio actor quien supuestamente era trabajador de las mismas, figuraba como accionista tanto de ... Sociedad Anónima como de ... Sociedad Anónima, por lo que, su relación con ellas tenía su fundamento jurídico en un contrato societario y no un vínculo de naturaleza laboral."* Además se indicó lo siguiente: *"Una vez analizada todas estas deposiciones, es posible concluir que, en la realidad, no existía ningún tipo de subordinación jurídica entre el actor y las demandadas. Para la correcta apreciación del punto resulta importante señalar las diferencias entre los conceptos de instruir y depender. Instruir significa ...comunicar sistemáticamente ideas, conocimientos o doctrinas. Dar a conocer a uno el estado de una cosa, informarle de ella, o comunicarle avisos o reglas de conducta.... (DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA". Vigésima edición, Madrid, España, 1984, pág. 779). En tanto, depender es ...estar subordinado a una autoridad o jurisdicción... estar o quedar al arbitrio de una voluntad."* (ibid. cit. pág. 454). Bajo esta perspectiva, vemos que existen diferencias entre ambos conceptos, principalmente porque *"...el deber de actuar conforme a unas instrucciones no es propio, únicamente, de los trabajadores dependientes, puesto que existen en la vida diaria unos profesionales llamados "independientes" que se hallan sometidos a órdenes e instrucciones del empresario que,*

aún con respecto de su técnica profesional no pueden transgredir. conviene resaltar que, si bien la dependencia es característica del contrato de trabajo, no lo es de modo exclusivo y excluyente, dado que puede existir en contratos distintos a éste...– (vid. LOPERA CASTILLEJO, María José. –EL CONTRATO DE TRABAJO ESPECIAL DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN OPERACIONES MERCANTILES". Colección Tesis Doctorales. Madrid, España, 1990, pág. 148). Específicamente, en el sub-júdice, ha quedado acreditado que quien determinaba los roles de servicio del actor, era un coordinador nombrados por los propios miembros de la sociedad a la cual pertenecía el accionante, ello, para la buena coordinación en la ejecución del servicio, por lo que no existía ningún tipo de dependencia laboral. En cuanto a la remuneración que percibía el actor, ha quedado demostrado que a él mensualmente se le cancelaba un porcentaje, de acuerdo al número de pacientes atendidos, el cual se le entregaba a la sociedad constituida por él y por otros médicos para que fuera distribuido entre cada uno de ellos. De esas declaraciones se desprende que el actor no recibía una remuneración fija, sino más bien, dependía del número de pacientes que atendía en consulta, o sea, conforme a los actos médicos realizados. Lo anterior, es prueba del contrato de servicios profesionales; no había un número mínimo garantizado, ni una remuneración mínima pactada para el supuesto de que no se le asignara ningún paciente, sea el profesional asumía el riesgo, entre las partes, puesto que el accionante no percibía un rubro fijo, ni tenía un parámetro de máximo o mínimo de pacientes a atender. V.- Bajo esta perspectiva, es difícil aceptar que un profesional tan calificado como el actor -no un trabajador sencillo fácilmente manejable y desconocedor de sus derechos y que depende de una única fuente de ingresos-, con lo cual, consecuente y previsiblemente tiene cierta independencia económica, acepte durante muchos años - sin reclamar, o, aún más, sin manifestar el más leve descontento, una situación contraria a sus intereses. La realidad nos muestra otra cosa: la existencia de una auténtica relación de servicio profesional y consecuentemente aceptación de una situación considerada por el actor como más favorable: obtención de una importante clientela, no rebaja de cargas sociales, ni impuesto al salario, la posibilidad de rebajar gastos para efectos del impuesto sobre la renta, la independencia propia del

ejercicio de la profesión liberal, el no estar sujeto a una jornada laboral de tiempo completo o parcial inflexible, que le limitaba su actuación profesional independiente y, el no estar sujeto a ningún régimen disciplinario. En síntesis, de una persona no necesitada de la protección del derecho del trabajo. “ (voto número 56, de las 9:30 horas del 14 de enero del 2000).

VI.- A la luz de lo que viene expuesto, habiéndose comprobado la inexistencia de la relación de trabajo entre la actora y los médicos con relación a los cuales se confeccionaron las planillas adicionales cuestionadas, la sentencia recurrida debe confirmarse, incluyendo la condena a la demandada a pagar las costas. Esto último, al haberse acogido la mayoría de las pretensiones principales de la demanda. La regla es la condena a la parte vencida en juicio al pago de esos gastos y el recurrente no invoca ningún motivo según el cual no está en alguno de los supuestos de excepción contenidos en el numeral 222 del Código Procesal Civil aplicable a la materia laboral a tenor de lo dispuesto por el artículo 452 del de Trabajo).-

POR TANTO:

Se confirma la sentencia impugnada.-

DE LA PENSIÓN VITALICIA PARA PERSONAS DISCAPACITADAS VOTO: 2006-00038

De las 10:15 hrs. del 1° de febrero de 2006.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo de San Ramón.

La Sala Segunda ha dicho que: II.- El artículo 1° de la Ley N° 7125, del 24 de enero de 1989, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 32, del 14 de febrero de ese mismo año, establece: *“Las personas que padezcan parálisis cerebral profunda, que se encuentren en estado de abandono, o cuyas familias carezcan de recursos económicos, tendrán derecho a una pensión vitalicia equivalente al menor salario mínimo legal mensual fijado por el Poder Ejecutivo. La pensión se pagará mensualmente de los fondos del Régimen no Contributivo a cargo de la Caja Costarricense de*

Seguro Social, y se ajustará a la suma correspondiente cada vez que se haga una nueva fijación de salarios mínimos”. El numeral 2 de dicha normativa dispone que para la concesión de la pensión, se debe cumplir con los requisitos y trámites establecidos para tal efecto en la ley y en el reglamento del Régimen no Contributivo. Esa Ley fue reglamentada, mediante Decreto N° 18936-S, publicado en La Gaceta N° 82, del 28 de abril de 1989, el que en su artículo 1°, señala: *“El presente reglamento regula la aplicación de la Ley de Pensión Vitalicia para Personas que Padezcan de Parálisis Cerebral Profunda, número 7125, del 24 de enero de 1989, cuyo objetivo es proteger a las personas que padecen de parálisis cerebral profunda, que se encuentran en estado de abandono o cuyos familiares carezcan de recursos económicos y que por su difícil situación económica requieran del auxilio del Estado para cubrir las necesidades básicas del inválido; todo de acuerdo con lo estipulado en el Reglamento del Régimen No Contributivo de la Caja Costarricense de Seguro Social, a cuyo cargo estará el trámite y pago de estas pensiones”.* En aplicación de la referida normativa, para la determinación de la existencia de la difícil situación económica, debemos estarnos a lo que a su respecto dispone el Reglamento del Régimen no Contributivo de Pensiones por Monto Básico, del 27 de abril de 1995, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 113, del 13 de junio de ese año, el que en el numeral 2, reformado el 9 de diciembre de 1999 y publicado el 9 de enero del 2000, expresamente indica: *“Este régimen tiene por objeto proteger a las personas y grupos de éstas que se indican en el artículo 3° del presente reglamento, y que requieran auxilio económico del Estado, siempre y cuando el ingreso per cápita mensual resulte inferior o igual al costo de la canasta básica de alimentos (CBA) vigente, definido por el Instituto Nacional de Estadística y Censos...”.*

En sede administrativa se denegó la petición de la pensión por parálisis cerebral profunda, por echarse de menos el cumplimiento de una de las exigencias para poder acceder a ella, como lo es, el que la familia carezca de recursos económicos (folios 19 y 26). En los hechos c) y d) de la sentencia de primera instancia, confirmados por el Tribunal, se tuvo por demostrado que la representada por el actor vive con sus padres y una hermana, de los cuales sólo el padre trabaja y que

el ambiente habitacional es confortable y apropiado para una sana convivencia (folios 105 vuelto y 106 frente). En segunda instancia se agregaron dos hechos probados, así: “e) *Que el padre de la gestionante es propietario de dos inmuebles, en uno de los cuales se encuentra localizada su casa de habitación, así como el aposento ocupado por su hija Rosaura Pérez Zárate, su esposo y su hija, y el otro, es un terreno de doscientos cincuenta y cinco metros cuadrados, esquinero, construido de concreto y madera, con apariencia ruinosa, el cual se encuentra parcialmente ocupado por un comercio de juegos electrónicos de vídeo (ver peritaje social de fs. 85 a 96).* f) *Que el padre de la gestionante es propietario de un vehículo marca Datsun, modelo 1975, que utiliza en su trabajo de venta de pescado (misma cita)*”. Ante la Sala no se impugna que esos hechos no coincidan con la realidad; sólo se invoca que el ingreso familiar no es suficiente para solventar los gastos asumidos normalmente por una familia, y además, las muchas necesidades de un niño con parálisis cerebral profunda. La Sala entiende que son de sobra razonables las consideraciones externadas por el actor en el escrito presentado en esta instancia y que en las circunstancias actuales, resulta a todas luces exigua la entrada familiar comparada con sus egresos. No obstante, es de advertir que el otorgamiento de la pensión es un acto reglado, es decir, para que se otorgue el beneficio se encuentran reguladas claramente sus exigencias: “*Acto reglado es el de motivo y contenido determinado en forma precisa por la ley, en razón de emplear conceptos de sentido común, técnicos o de valor, cuyo significado está dado por la misma ley, que indica el criterio para comprenderlos. Este criterio se da generalmente para interpretar conceptos cuya realización admite grados de cantidad y consiste en una verdadera unidad de medida para saber cuándo ese grado se ha dado y cuando no*” (ORTIZ ORTIZ (Eduardo) Tesis de Derecho Administrativo. San José, 2000. Primera Edición. Tomo II, p. 394). En el caso concreto, no se cumplió con una exigencia regulada en forma precisa por la normativa aplicable al caso, pues, tal y como lo resolvieron los señores jueces sentenciadores, el ingreso per cápita, sobrepasa el costo fijado para la canasta básica de alimentos, pues el actor cuenta con ingresos por la venta de pescado que realiza en su lugar de habitación, y cuenta con un inmueble que

puede utilizar como fuente de ingresos, situaciones éstas que crean en la Sala la convicción de que el núcleo familiar tiene los medios para subsistir.

II. Conforme con lo explicado, a la Sala no le queda otra alternativa que aplicar la ley y, por ende, confirmar el fallo impugnado.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

RÉGIMEN DE VICEMINISTROS VOTO: 2006-00039

De las 10:20 hrs. del 1° de febrero de 2006

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Segundo Circuito Judicial de San José,.

III.- EN CUANTO AL RÉGIMEN DE LOS VICEMINISTROS. El actor pretende se le otorgue una pensión por vejez bajo el Régimen de Hacienda, con fundamento en la Ley 148 de 23 de agosto de 1943 y sus reformas, en particular por la establecida en el artículo 5° de la Ley N° 7007 de 5 de noviembre de 1985, y artículo 10 de la Ley 6914 de 28 de noviembre de 1983, en cuanto a la generalización de 10 años como requisito mínimo para optar a la pensión por los servicios prestados como viceministro. La Ley N° 7302 de 8 de julio de 1992, publicada en La Gaceta N° 13 de 15 de julio del mismo año, creó un régimen general de pensiones, con cargo al presupuesto nacional. El numeral 1° establece: “Créase el Régimen General de Pensiones con cargo al Presupuesto Nacional, al cual se ajustará, en lo sucesivo, el otorgamiento de todas las jubilaciones y pensiones de los regímenes contributivos que tengan como base la prestación de servicio al Estado, originada con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley y cuyo pago esté a cargo del Presupuesto Nacional. Para los funcionarios que ingresen a servir al Estado con posterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, se aplicará lo que dispone el artículo 38”. Este último artículo dispuso: “A partir de la vigencia de esta Ley, todas las personas que se incorporen a trabajar por primera vez en el Poder Ejecutivo y en el Poder Legislativo, en el Tribunal

Supremo de Elecciones, en las municipalidades, en las instituciones autónomas, en las demás instituciones descentralizadas y en las sociedades anónimas propiedad del Estado, solamente podrán pensionarse o jubilarse mediante el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte que administra la Caja Costarricense de Seguro Social, sin perjuicio de que puedan acogerse a sistemas complementarios de pensiones ...”. Como bien lo indica la Procuraduría General de la República y no lo objeta el recurrente, el régimen de pensiones de los ex miembros de los Supremos Poderes se encuentra regulado en el artículo 13 de la Ley N° 148 de 23 de agosto de 1943, vigente con las reformas que le fueron introducidas por Ley N° 7302. El numeral 13 citado, en lo que interesa establece lo siguiente: “Los ex miembros de los Supremos Poderes, incluidos los vicepresidentes y viceministros podrán acogerse a los derechos establecidos en este artículo, si no están protegidos por otros regímenes de jubilación, siempre que hayan servido a la Administración Pública por un mínimo de diez años y tengan más de cincuenta años de edad, en cuyo caso, tendrán derecho a una jubilación no menor de diez mil colones mensuales.

Se interpreta auténticamente que los exministros y los exviceministros también son aquellos que ocuparon cargos de Secretario y Subsecretario de Estado.

Asimismo aquellas personas a quienes se les dio el rango de ministro o viceministro”. Las disposiciones transitorias que interesan previstas en la Ley N° 7302, instituyen lo siguiente: “TRANSITORIO I.- Las personas que hayan ocupado el cargo de Diputado en la Asamblea Nacional Constituyente, en el Congreso Constitucional o en la Asamblea Legislativa y las que, en el momento de entrar en vigencia esta Ley, ocupen este último cargo, podrán solicitar su inclusión en el régimen establecido en el Capítulo IV de esta Ley, dentro de los tres meses posteriores a su entrada en vigencia para lo que dirigirán nota al Directorio de la Asamblea Legislativa. Pasado este término, no tendrán derecho a acogerse a dicho régimen”; “TRANSITORIO

II.- Aquellas personas que, a la entrada en vigencia de esta Ley, reúnan los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, preceptuados por cualquiera

de los regímenes especiales afectados en esta Ley, conservarán su derecho a pensionarse al amparo de esa normativa especial”. Conforme a estos transitorios para que el señor Juan Carlos Antillón Sargent pudiera pensionarse por vejez bajo el Régimen de Hacienda, debió haber sido designado como viceministro antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 7302, 15 de julio de 1992, cumplido 50 años de edad y al menos 10 años de servicio en la Administración Pública antes de esa fecha o dentro de los dieciocho meses posteriores a la data en que entró en vigencia la ley citada, o sea, al 15 de enero de 1994. Sin embargo, no alcanzó a cumplir los supuestos expuestos, pues aún y cuando fue designado con el rango de viceministro en diversas ocasiones (1974, 1976 y 1977, folios 13 y 56), y tener 50 años de edad al 15 de enero de 1994 –pues nació el 20 de agosto de 1941 (folio 46)-, lo cierto es que para entonces no tenía el mínimo de los 10 años de servicio en el sector público, pues laboró para la Contraloría del 16 de marzo de 1965 al 16 de septiembre de 1967; para Dirección General de Adaptación Social del 16 de septiembre de 1968 al 1° de agosto de 1970; para el Ministerio de Salud de mayo 1974 a diciembre 1976; y para el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados del 17 de noviembre de 1976 al 15 de noviembre de 1977 (Certificación del Jefe de Recursos Humanos de la Contraloría, folio 77; de la Jefe de Archivo Central, Ministerio de Justicia, folio 78; de Contabilidad Nacional, folio 6; y de la Dirección de Recursos Humanos del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, folio 79, respectivamente). No resulta procedente tomar en cuenta el tiempo posterior a esa fecha, para ajustar el tiempo servido requerido para conceder la pensión, pues ello implicaría extender los efectos de la norma, sin que medie fundamento jurídico alguno para hacerlo. De forma tal que si para la fecha del dimensionamiento de la Ley N° 7302, 15 de enero de 1994, el señor Antillón Sargent no tenía el requisito de tiempo servido que establecía la ley al amparo de la cual pretende jubilarse, no existe derecho adquirido alguno que tutelar, lo que hace improcedente su pretensión.

IV.- De conformidad con lo analizado, se debe confirmar el fallo impugnado.

POR TANTO:

Se confirma la sentencia recurrida.

DIFERENCIA DE CÁLCULOS Y HORAS EXTRA VOTO: 2006-00063

De las 15:00 hrs. del 10 de febrero de 2006.

Proceso ordinario establecido ante el Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de la Zona Atlántica.

IV.- SOBRE EL RECLAMO DE DIFERENCIA DE SALARIOS.- Debemos indicar que entre las partes se suscribió el contrato por servicios profesionales N° 01-2001, el día 1° de junio de 2001, y, en su cláusula séptima pactaron que: “Para los efectos de pago se cancelará un salario mensual bruto de ochenta mil (¢80.000) colones exactos, que se pagara en dos tramos quincenales los días 15 y 30 de cada mes, una vez avalada sus labores, por los entes fiscalizadores antes mencionados y a satisfacción de los mismos”. Que empezó a laborar en mayo, a pesar de esa firma, y el contrato escrito venció el 1° de agosto de 2001; no obstante, continuó laborando hasta que fue despedida mediante carta, el 7 de noviembre siguiente. Observándose que las partes contrataron un “Contrato de servicios profesionales”, privado, las mismas voluntariamente, acordaron tanto las labores a realizar como lo que devengaría la accionante por la prestación de sus servicios, y no es posible alegar, que prestaba servicios diferentes a los originalmente contratados, pues ello no lo acreditó debidamente la actora en el proceso, menos aún que se encontrara en una situación de peligro de ser despedida, dado que el contrato fue a plazo fijo, y se prorrogó posteriormente en forma tácita. Lo cierto del caso, es que, las partes deben tener conocimiento claro de las condiciones que surgen en las relaciones contractuales que celebran, bajo su propia voluntad y libremente, y no pueden alegar luego una desventaja, que ni siquiera fue demostrada dentro del proceso, por lo que procede rechazar el recurso en cuanto a este extremo petitorio.-

V.- SOBRE LA HORAS EXTRAORDINARIAS.- El punto central, radica en determinar si efectivamente, la actora laboró tiempo extraordinario. En el Capítulo Único, del Título V, de la Constitución Política, referido a los Derechos y Garantías Sociales, se encuentran consagrados algunos derechos laborales,

que el constituyente consideró debían tener rango constitucional; entre ellos, la jornada laboral, prevista en el indicado artículo 58, en los siguientes términos: “La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley”. Por su parte, en el Capítulo II, del Título III, del Código de Trabajo, encontramos el tratamiento legal de la jornada de trabajo y los rangos horarios que comprenden las jornadas diurna y nocturna (artículo 136), reiterándose los límites fijados en la aludida norma constitucional, más allá de los cuales no es posible obligar al trabajador/a a laborar, salvo los casos de excepción que ahí se indican y que, como tales, en tanto vienen a ampliar la jornada de trabajo, deben ser interpretados en forma restrictiva, en atención a los intereses del trabajador/a. Además, el numeral 138 siguiente, en armonía con aquella norma de la Carta Fundamental, dispone que la jornada mixta en ningún caso excederá de siete horas, pero se calificará de nocturna cuando se trabajen tres horas y media o más entre las diecinueve y las cinco horas. Los servicios efectivos prestados por el trabajador/a al patrono fuera de dichos límites o fuera de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituyen jornada extraordinaria, la cual deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado (artículo 139 del mismo cuerpo normativo). Ahora bien, el referido artículo 58 constitucional posibilita establecer por vía legal, para casos muy calificados, jornadas especiales que superan aquellos límites. Por ello, el párrafo segundo, del numeral 136 del Código de Trabajo, dispone que en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, pueda estipularse una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de cuarenta y ocho horas. Por otro lado, el artículo 143, expresamente establece: “Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores,

apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”. Así las cosas, debe concluirse que la jornada ordinaria de trabajo de la accionante estaba sujeta a los límites contemplados en el numeral 136 del Código de Trabajo.

En reiterados pronunciamientos se ha sostenido el criterio de que el cómputo de las horas extra es diario, no semanal ni mensual. En el voto número 632, de las 10:00 horas, del 31 de octubre del 2003, se dijo: “Las horas extraordinarias deben computarse por día: “Como la jornada está sujeta a un límite diario y a otro semanal, se configura la hora extra de trabajo desde que se sobrepasa el límite diario, aunque no se alcance el semanal” (ALBUQUERQUE DE CASTRO (Rafael F.), “Jornada y descansos remunerados en la República Dominicana”, en Jornada de trabajo y descansos remunerados (perspectiva iberoamericana), Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p.237)”. Sobre el mismo tema, agregó: “III.- No son atendibles los reparos, de que el tiempo extraordinario debe calcularse por jornada semanal acumulativa, porque según se expuso en el considerando anterior, ese tiempo debe computarse, diariamente y no en forma acumulativa, semanal o mensual, porque si bien es cierto la jornada está sujeta a un límite diario y a otro semanal, en aplicación de la regla de la norma más favorable -Principio Protector- que rige esta materia (artículo 15 del Código de Trabajo), la hora extra de trabajo se configura desde que se excede el límite diario, aunque no se alcance el semanal, ello es así porque dicha condición favorece más al trabajador, toda vez que sin que exceda de la jornada semanal, perfectamente se puede hacer acreedor al pago de tiempo extraordinario por el exceso diario de la jornada. No puede pretender entonces, el empleador, hacer laborar a sus empleados una jornada máxima

de doce horas diarias -suma de la jornada ordinaria con la extraordinaria- durante cuatro o cinco días a la semana, y sólo reconocerle para efectos de pago de tiempo extraordinario, el exceso de horas de la jornada ordinaria semanal -sea esta diurna, mixta o nocturna, por resultar menos favorable para el trabajador en comparación con la jornada ordinaria diaria” (También se pueden consultar los votos números 336, de las 9:50 horas, del 31 de marzo del 2000; 193, de las 10:10 horas del 28 de marzo del 2001; 587, de las 9:25 horas, del 22 de octubre del 2003; 644, de las 9:50 horas, del 5 de noviembre del 2003). Esas consideraciones son plenamente aplicables a este caso, pues, en aplicación de la normativa constitucional y legal sobre el tema, a la luz de los principios que informan la materia laboral, especialmente el protector, no es procedente, avalar para el pago de horas extra un cómputo semanal, siendo que éste debe ser diario, debiendo reconocerse en este caso como jornada extraordinaria el tiempo laborado que sobrepase la jornada. En el caso concreto, la cláusula sexta del contrato por servicios profesionales N° 01-2001 firmado por las partes, estableció: “SEXTA: El trabajador tendrá una jornada mínima de 48 horas semanales y un horario de 7 am a 4 pm, además el trabajador se obliga a prestar sus servicios en horas extraordinarias, cuando la Municipalidad así lo requiera y lo solicite por escrito, dentro de los límites preestablecidos en el artículo 140 del Código de Trabajo, devengando el salario que se indica en el presente contrato y solo se pagará jornada extraordinaria la comprendida fuera de la jornada máxima establecida por Ley. Además el trabajador acepta cualquier variación de horario o en el turno de trabajo cuando las necesidades de la Municipalidad así lo requieran, siempre dentro de las limitaciones que establece el Código de Trabajo. El horario de trabajo será establecido por el director técnico del proyecto y no será similar al del personal municipal, y según lo estipulado en el presente contrato podrá ser variado según las necesidades de la Municipalidad en la ejecución del proyecto. Además el Director Técnico podrá establecer un promedio mínimo de rendimiento para los trabajos a ejecutar y el incumplimiento del mismo podrá ser causa para rescindir el presente contrato”. En cuanto a este extremo, hemos de manifestar que, jurisprudencialmente, se ha establecido que corresponde a la parte actora demostrar su

afirmación de que hubiere laborado esas horas extra y no se las hubiesen cancelado. El voto N° 74-93 de las nueve horas cincuenta minutos del siete de abril de mil novecientos noventa y tres, ésta Sala estableció que: "...Tanto la doctrina como la jurisprudencia, son uniformes en considerar que, la carga de la prueba en cuanto a las horas extras, le corresponde al trabajador, de ahí que las horas extraordinarias que reclame un trabajador, necesariamente debe aportar los medios de prueba que respalde su pretensión, pues no basta el simple dicho del actor, para su acogida..."

Doctrinariamente, el profesor Guillermo Canabellas ha expresado en cuanto a lo que ahora conocemos que: "...La prueba sobre las horas extraordinarias trabajadas corresponde al trabajador, y además de firme y convincente, debe comprender el número total de las reclamadas..." (Cabanellas Guillermo, COMPENDIO DE DERECHO LABORAL, Buenos Aires, Bibliografía Omeba, T.I.p. 540).

De las probanzas aportadas al proceso, y el horario establecido en el contrato por servicios profesionales firmado por las partes se establece un horario semanal de 48 horas, siendo la jornada de las 7 a.m. a las 4 p.m. La actora en el hecho segundo de su demanda, alegó que sus horarios eran extenuantes, pues salía a las ocho o nueve de la noche, e inclusive laboraba algunos sábados y lo hacía por espacio de diez horas continuas, manifestaciones que rechazó la accionada, al indicar que lo establecido en la cláusula sexta nunca se dio, sea, nunca se extendió su horario de 7 a.m a 4 p.m. El testigo LAC dijo que "...Como yo visitaba la casa de ella y se que regresaba como a las siete u ocho de la noche y me di cuenta que fue a laborar un sábado... ella laboraba de lunes a viernes. Ella llegaba con un muchacho de la municipalidad cuando llegaba tarde en la buseta de la municipalidad o en una moto también de la municipalidad...Ella por lo general durante los cinco días de la semana llegaba como a las siete u ocho de la noche..." (ver folio 48). Sin embargo, no puede dársele crédito a esta declaración, porque no le consta si la actora efectivamente laboraba hasta esas horas de la noche, pues él le consta que llegaba a su casa a esa hora, pero no le consta la hora de entrada y salida de su trabajo. El testigo RMM, inspector municipal, indicó que "...No conozco el horario de ella pero se

que entraba a la misma hora que todos, las siete de la mañana. Con el anterior alcalde el horario era de siete a tres con el actual es de siete y media a tres y media. A mi me consta que Evelyn se quedaba después de la hora como hasta las seis de la tarde haciendo otros trabajos de la oficina. Nosotros no trabajamos los sábados, no se si ella lo hacía..." (ver folio 93). Por su parte, el señor JAES, presidente de la Junta Laborales de la municipalidad, manifestó: "...El horario era de siete de la mañana a tres de la tarde. Yo no se si se quedaba después del horario porque como yo estoy en Limón no lo sé. El horario es por la lista que nos pasan y por eso lo sé...Las planillas de las horas extras no nos la reportan a nosotros...". Sea, claramente señala no constarle, si la actora laboraba horas extra, pues, de las declaraciones rendidas en el proceso, se denota que efectivamente la actora no laboró horas extra, debido a que ésta no acreditó con los medios idóneos de prueba, tal y como le correspondía conforme lo analizado antes, los días en que supuestamente las desarrolló trabajó, ni la cantidad de horas en cada uno de ellos, careciendo dicho reclamo de sustento probatorio, debiendo confirmar esta Sala lo resuelto por el a-quem en ese sentido.-

VI.- DE LA PROTECCIÓN LABORAL DE LA MUJER EMBARAZADA (RECLAMO DEL PERIODO DE LACTANCIA).- Concretamente, la actora reclamó en su memorial de demanda, se le cancele lo concerniente a los meses de lactancia, y en el recurso aquí presentado indica "quedó más que demostrado el estado de embarazo que tenía la actora al momento de ser despedida, y eso por sí solo la hace acreedora de un año por ese concepto".

Ahora bien, es menester señalar que, la trabajadora embarazada goza de un fuero especial de protección; el artículo 94 del Código de Trabajo prohíbe al empleador 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.” Ese artículo desarrolla el contenido del numeral 51 de la Constitución Política, en cuanto manda una especial protección a las madres y a los niños, quienes con el despido de la progenitora son afectados en forma indirecta. 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 del 2001, en cuanto en el despido por maternidad 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), que tiene sustento tanto en el artículo 51 constitucional, como 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, que está 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.

Asimismo, es importante destacar que, cuando se trate de trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, debe existir, al momento de valorar la prueba, una especial sensibilización y comprensión de la realidad laboral imperante en el país, que permita su plena apreciación, dando un valor prominente a los indicios que se desprenden del material probatorio aportado, y se debe ser más exigente en cuanto a las pruebas. 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. Ese fuero presupone la naturaleza discriminatoria de los despidos injustificados de las mujeres en estado de gestación-presunción -*iuris tantum*-; de ahí 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 prejudicial. De ahí que, la Convención de Belen 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, *ibidem*, 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 y, obviamente, a los Poderes Judiciales de cada uno, a examinar periódicamente, 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 está teniendo en otros países, 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 No 00117-2003 de las 15:30 horas del 14 de marzo del año 2003 y el 00528-2002, de las 9:20 horas del 1 de noviembre del 2002).

Por su parte, el artículo 94 bis señala que “...Si se tratare de una trabajadora en período de lactancia tendrá derecho además de la cesantía, y en concepto de daños y perjuicios, a diez días de salario...”. Asimismo el numeral 95 del Código de Trabajo dispone que que “...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 indicados también se considerarán como período de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior...” (la negrita no es del original). El Tribunal al confirmar el fallo de primera instancia, limita el reconocimiento de salarios por el período de lactancia establecido en el citado artículo 95 (indemnización de pre y post parte) por razones de índole probatorio, al considerar que no fue acreditado por la parte actora que amamantaba a su hijo por un período de lactancia mayor. Para esta Sala, con el dictamen médico visible a folio 140, la actora acreditó que su hijo requirió de un período de lactancia superior al establecido tanto en el artículo 95 del Código de Trabajo y a lo establecido en el artículo 2º de la Ley de Fomento de Lactancia Materna que define como “lactante” al niño (a) de hasta un año de edad. Tómesese nota que el dictamen médico expedido en el Ebais Baltimore del área de salud de Matina, certifica que la actora estaba en período de lactancia durante el tiempo “post parto de 1 año y 6 meses”. Por otra parte, por resolución de las 7:20 horas del 11 de noviembre del 2003 (folio 142) se le confirió audiencia del dictamen a la entidad demandada y no lo impugnó. Durante el período de lactancia, a la actora no se le podía despedir puesto que estaba en el plazo de protección. Esta Sala se ha pronunciado, indicando que lo que procede es “dar una verdadera protección a la mujer en estado de gravidez o en período de lactancia... la verdad es que lo que interesa ahora es determinar los efectos de un despido discriminatorio por embarazo, calificación que ya fue realizada en las instancias procedentes y que ya ahora no se discute”. (Voto Nos. 787-2003 de las 14:10 horas del 18 de diciembre del 2003 y 633 de las 14:45 horas del 20 de julio del 2005). Ahora bien, de las pretensiones de la demanda en su acción se desprende, la actora no gestionó su reinstalación, lo cual impide acceder al reconocimiento de los salarios dejados de percibir durante el período de lactancia

posterior a los 3 meses concedidos en el post parto, y hasta completar un año como se solicita en el recurso. Lo que procede es reconocer adicionalmente el plus de diez días de salario conforme lo establece el artículo 94 bis, párrafo infine del Código de Trabajo, porque doña Evelyn no reclamó la reinstalación y esa es la indemnización prevista en la ley. Por lo anterior, se acoge parcialmente el agravio invocado y se modifica la sentencia impugnada, para conceder la indemnización de diez días de salarios adicional que a título de daños y perjuicios prevé esa normativa, fijándola en la suma de veintiséis mil seiscientos sesenta y seis colones, con setenta céntimos.-

VII.- SOBRE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS.- Reclama la actora, que “este es un extremo que debe reconocerse como un monto fijo de seis meses tal y como ha sido reconocido en reiteradas ocasiones por esta Sala, este extremo no puede confundirse con el pago de salarios caídos, pues son extremos uno independiente del otro”. Analizadas las probanzas incorporadas al expediente, se considera que tampoco los reparos esgrimidos por doña Evelyn son de recibo, por las razones que, a continuación se dirán. El artículo 82 del Código de Trabajo, dispone claramente que:

“El patrono que despida a un trabajador por alguna o algunas de las causas enumeradas en el artículo anterior, no incurrirá en responsabilidad. Si con posterioridad al despido surgiere contención y no se comprobare la causa del mismo, el trabajador tendrá derecho a que se le paguen el importe del preaviso y el del auxilio de cesantía que le pudieran corresponder y, a título de daños y perjuicios, los salarios que habría percibido desde la terminación del contrato hasta la fecha en que de acuerdo con los términos legales para tramitar y resolver, haya debido quedar firme la sentencia condenatoria en contra del patrono (...).”

Se desprende, entonces, del numeral anterior, que para que proceda el resarcimiento de los daños y perjuicios, tal y como lo plantea la recurrente, –pues los salarios dejados de percibir ya le fueron reconocidos–, el patrono debe, en primera instancia, despedir al trabajador/a con base en alguna de las causales contenidas en el artículo 81 del Código de Trabajo. Posteriormente, debe surgir contención donde, el

primero (el empleador) no logra demostrar que la causa invocada para el despido efectivamente existió. Es en ese momento y supuesto que, entonces, nace a la vida jurídica la base esencial de la reparación.

Ahora bien, en criterio de esta Sala, en el sub júdice no se configuraron los requisitos exigidos por la norma supra citada para otorgar los daños y perjuicios solicitados. De la prueba de autos se desprende, ciertamente, que: La actora en la petitoria de su demanda reclamó "Pago de los daños y perjuicios ocasionados", entendidos éstos como los del artículo precitado, no existiendo confusión por parte de los juzgadores precedentes ni de ésta Sala, reafirmando dicha petición en el recurso que ahora se conoce, pues los salarios dejados de percibir le fueron concedidos y no fueron objetados por la accionada. Con sustento en lo anterior, y observándose que no estamos en presencia de ninguna de las causales taxativas contenidas en el artículo 81 del Código de Trabajo, ni se configuraron los supuestos del numeral 82 siguiente del mismo cuerpo legal, es razón suficiente, por la cual se impone desestimar el recurso interpuesto por la parte actora.

VIII.- SOBRE EL PAGO DE INTERESES.- Manifiesta la recurrente, que "El extremo de intereses debe reconocerse de forma general, desde el momento del despido hasta su efectivo pago, y no como erróneamente lo aprobaron, a decir en caso de pre y post parto del cinco de abril del dos mil dos hasta su efectivo pago". Sin embargo, cabe señalar que, la accionante en la petitoria de su memorial de demanda, solicitó "Intereses que deben reconocerse sobre el monto condenado desde el momento de la sentencia hasta el momento en que se cancele la totalidad de lo adeudado". Entonces, lo resuelto sobre intereses, tanto por el juzgado como por el a-quem, no fue impugnado por la contraria, alcanzando firmeza, lo que a ésta altura procesal no puede esta Sala. Es imposible que en esta instancia la actora pretenda variar la petitoria original de su demanda, por lo que no tiene asidero su reclamo, rechazándose el recurso en ese sentido.-

POR TANTO:

Se modifica la sentencia recurrida, para conceder, además de lo otorgado, la indemnización de diez días de salarios prevista por el artículo noventa y cuatro bis, párrafo final, del Código de Trabajo, la cual se fija en

la suma de veintiséis mil seiscientos sesenta y seis colones, con setenta céntimos.- En todo lo demás se confirma el fallo.

DIVORCIO. PENSIÓN ALIMENTARIA VOTO: 2005-01019

De las 9:35 hrs. del 13 de diciembre de 2005.

Proceso abreviado de divorcio establecido ante el Juzgado de Segundo de Familia del Primer Circuito Judicial de San José.

II.- RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES PROCESALES: El artículo 8 del Código de Familia, reformado por la Ley número 7689, del 21 de agosto de 1997, establece: "Corresponde a los tribunales con jurisdicción en los asuntos familiares, conocer de toda la materia regulada por este Código, de conformidad con los procedimientos señalados en la legislación procesal civil. Sin embargo, los jueces en materia de familia interpretarán las probanzas sin sujeción a las reglas positivas de la prueba común, atendiendo todas las circunstancias y los elementos de convicción que los autos suministren; pero, en todo caso, deberán hacerse constar las razones de la valoración. El recurso admisible para ante la Sala de Casación se regirá, en todo lo aplicable, por las disposiciones del Capítulo V, Título VII del Código de Trabajo". La Sala ha interpretado esa norma, en el sentido de que la tramitación del recurso admisible en esta materia, se rige por lo que a su respecto señala la legislación laboral y que los presupuestos para la admisibilidad de la impugnación en materia de Familia, siguen siendo los contemplados en el Código Procesal Civil, pues, a su respecto, no se introdujo modificación alguna. De ahí que, a diferencia de la materia laboral, en esta otra, es posible interponer un recurso por razones procesales, siempre que los motivos alegados estén contenidos en el numeral 594 del Código Procesal mencionado (en igual sentido, la sentencia N° 248 de las 9:30 horas, del 25 de agosto de 1999). Esa norma textualmente expresa: "Casación por razones procesales. Procederá el recurso por razones procesales:

- 1) Por falta de emplazamiento o notificación defectuosa de éste, no sólo a las partes sino a los intervinientes principales.
- 2) Por denegación de pruebas admisibles o falta de citación para alguna diligencia probatoria durante la tramitación, cuyas faltas hayan podido producir indefensión.
- 3) Si el fallo fuere incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, u omitiere hacer declaraciones sobre alguna de tales pretensiones, hechas a su tiempo en el pleito, o si otorgare más de lo pedido, o contuviere disposiciones contradictorias. No obstante, no será motivo de nulidad la omisión de pronunciamiento en cuanto a costas; o sobre incidentes que no influyan de modo directo en la resolución de fondo del negocio; o cuando no se hubiere pedido adición del fallo para llenar la omisión; de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 158.
- 4) Si el proceso no fuere de competencia de los tribunales civiles, ya sea por razón del territorio nacional o por razón de la materia.
- 5) Si la sentencia se hubiere dictado por menor número de los jueces superiores que el señalado por la ley.
- 6) Cuando la sentencia haga más gravosa la situación del único apelante.
- 7) Cuando se omiten o no se den completos los plazos para formular alegatos de conclusiones o de expresión de agravios, salvo renuncia de la parte”.

En el caso concreto, el recurrente interpuso el recurso de casación por la forma con fundamento en el inciso 3 de esa norma, alegando que el Tribunal de Familia partió de la separación de hecho como la causal del proceso de divorcio por él incoado cuando en realidad este se tramitó y fue resuelto por el A-quo bajo el presupuesto de la separación judicial. El inciso 3) del artículo 594, que el actor considera como violado por el Ad-quem, prevé como motivo de casación por

razones procesales la incongruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Esa norma debe relacionarse con los numerales 99, 153 y 155, ambos de ese cuerpo normativo, que por su orden expresan: “Artículo 99.- Congruencia. La sentencia se dictará dentro de los límites establecidos en la demanda. Es prohibido para el juez pronunciarse sobre cuestiones no debatidas respecto de las cuales la ley exige la iniciativa de la parte”; “Artículo 153.- Requisitos y denominación. Las resoluciones de los tribunales deben ser claras, precisas y congruentes...” y “Artículo 155.- Requisitos de las sentencias. Las sentencias deberán resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate, con la debida separación del pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos, cuando hubiere varios. No podrán comprender otras cuestiones que las demandadas, ni conceder más de lo que se hubiere pedido...”.

Esas normas contemplan el principio de congruencia al cual debe ajustarse la sentencia. Tal y como se ha indicado en reiterados pronunciamientos, la incongruencia del fallo tomada en consideración como motivo para acceder al recurso de casación, es la relacionada directamente con las pretensiones deducidas por las partes al trabarse la litis. Ese vicio sólo se presenta: a) cuando hay desacuerdo entre lo resuelto y las pretensiones oportunamente deducidas; b) cuando el fallo omite declarar o concede más de lo pedido y; c) cuando se varía la causa de pedir o se pronuncia fallo omitiendo a alguna parte o incluye como tal a quien no lo es. En ese orden de ideas, el principio de congruencia exige, que las sentencias se ajusten a los términos de la litis, de forma tal que sean acordes y conformes con las cuestiones planteadas por las partes y, por ende, que resuelvan cada una de las cuestiones propuestas por ellas. De ahí que, no pueda omitirse pronunciamiento alguno sobre cada una de ellas o sobre varios de los extremos debatidos durante la sustanciación del proceso (incongruencia infra petita), tampoco puede conceder más de lo solicitado en el petitum (incongruencia ultra petita) u otorgar uno o más derechos no reclamados, teniendo en consideración, aspectos fácticos que no estuvieron comprendidos en la causa de pedir (incongruencia extra petita). (Sobre el particular se puede consultar ARAGONESES ALONSO (Pedro). Sentencia Congruentes, Madrid, Editorial Aguilar, 1957, p. 250).

Así se ha indicado que la incongruencia se produce entre los pedimentos de las partes al trabarse la litis y la parte dispositiva del fallo, lo que no sucede en la sentencia impugnada. El A-quo tuvo por acreditado que en el caso se cumplía con el presupuesto previsto en el inciso 5 del artículo 48 del Código de Familia, por lo que acogió la demanda y decretó la disolución del vínculo que unía a las partes (folios 47 a 49). Por su parte, el Ad-quem resolvió la apelación planteada por la demandada, teniendo como punto de partida la separación de hecho como causal del divorcio. Al respecto, sostuvo "...al haberse decretado el divorcio como una causal remedio, la separación de hecho, en la que no existe cónyuge culpable, es facultativo del Juzgador otorgar el derecho de alimentos a uno de los cónyuges, en este caso, a la parte más débil, la accionada, razón por la que procede revocar en este sentido la sentencia impugnada y otorgar el derecho de alimentos a la señora Gregoria Martínez Alemán y a cargo del actor, Rodolfo Retana Romero, lo cual se ventilará en la vía correspondiente" (folio 70 vuelto). De lo anterior, se concluye que efectivamente el Tribunal incurrió en un error de apreciación, sin embargo, éste no se encuentra en el supuesto previsto en el inciso 3 del artículo 594 citado, como tampoco dentro de las causas de casación por la forma previstas en la normativa procesal, por cuanto, el yerro cuestionado trasciende al fondo del asunto. Por esas razones, el recurso por la forma es improcedente y debe ser desestimado.

III.- RECURSO DE CASACIÓN POR EL FONDO: Sostiene el recurrente que el Tribunal violentó la ley y lo dejó en un estado de indefensión cuando lo condenó a concederle alimentos a la demandada. El artículo 57 del Código de Familia, reformado por la Ley de Pensiones Alimentarias, Ley N° 7.654 del 19 de diciembre de 1.996, en su texto establece que: "En la sentencia que declare el divorcio, el tribunal podrá conceder al cónyuge declarado inocente una pensión alimentaria a cargo de culpable. Igual facultad tendrá cuando el divorcio se base en una separación judicial donde existió cónyuge culpable. /Esta pensión se regulará conforme a las disposiciones sobre alimentos y se revocará cuando el inocente contraiga nueva nupcias o establezca unión de hecho. /Si no existe cónyuge

culpable, el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según las circunstancias. / No procederá la demanda de alimentos del ex cónyuge inocente que contraiga nuevas nupcias o conviva en unión de hecho". Esta norma le confiere al juzgador la facultad de conceder al cónyuge declarado inocente en un proceso de divorcio, una pensión alimentaria a cargo del culpable, lo mismo que en el supuesto de que no exista cónyuge culpable. En el caso concreto, la disolución del vínculo matrimonial entre las partes fue decretada por el A-quo teniendo por demostrado el supuesto del artículo 48 inciso 5 del Código de Familia (folios 47 a 49), cuya disposición contempla como motivo de divorcio la separación judicial por un término no menor de un año, si durante ese lapso no ha mediado reconciliación entre los cónyuges. Al respecto, el Juzgado tuvo por demostrado que ese plazo había sido superado desde la firmeza de la sentencia, sin que mediara reconciliación entre las partes. Asimismo, con vista en la sentencia N° 1552-2001 de las 11:00 horas, del 20 de setiembre de 2001 del Juzgado de Familia de San José, se ha tenido por demostrado que la separación judicial entre las partes fue admitida por las causales de ofensas graves e incumplimiento de los deberes de asistencia y alimentación cometidos por la señora MA en contra del señor RR (folios 14 a 18). En tal sentido, ese órgano jurisdiccional sostuvo: "Efectivamente, el aquí actor, por medio de los elementos probatorios que trajo al proceso,...ha demostrado la existencia de ofensas que continuamente realizaba la demandada en contra del actor, agresiones verbales y psicológicas que fueron escuchadas por terceras personas, corroborando también los hechos de la inasistencia a los deberes que como cónyuge le correspondían... Queda claro, entonces, que esas actitudes de la demandada constituyen las causales invocadas, debiendo declararse CON LUGAR LA DEMANDA ABREVIADA DE SEPARACIÓN JUDICIAL interpuesta por RRR contra MGMA." (folio 16). De igual forma, advierte esta Sala, que el Tribunal erróneamente fundamentó el derecho de alimentos a favor de la demandada en una causal distinta a la separación judicial aunado a que le concedió ese beneficio por considerarla la parte débil del proceso. Equivocadamente, el Ad-quem, considerando que el divorcio se había declarado bajo

la causal de separación de hecho, aplicó el párrafo tercero del artículo 57 del Código de Familia en cuanto dispone que: “Si no existe cónyuge culpable, el tribunal podrá conceder una pensión alimentaria a uno de los cónyuges y a cargo del otro, según las circunstancias”. Al respecto, el Tribunal señaló: “Así, al haberse decretado el divorcio por una causal remedio, la separación de hecho, en la que no existe cónyuge culpable, es facultativo del Juzgador otorgar el derecho de alimentos a uno de los cónyuges, en este caso, a la parte más débil, la accionada, razón por la que procede revocar en ese sentido, la sentencia impugnada y otorgar el derecho de alimentos a la señora GMA y a cargo del actor, RRR, lo cual se ventilará en la vía correspondiente” (folio 70 vuelto). Por las razones expuestas, la solución dada por el Tribunal no resulta admisible en este proceso. En el sub júdice, el divorcio se declaró por la causal de separación judicial y en ese sentido, el artículo 57 citado prevé la posibilidad de que cuando el divorcio se basa en dicha causal - tal y como sucede en este asunto- y existe cónyuge culpable, se conceda una pensión alimentaria a cargo de éste. No obstante, la situación de la demandada no encuentra tutela en esta disposición, por cuanto en la separación judicial que dio pie al presente proceso de divorcio se tuvo por demostrado que la demandada incurrió en las causales de incumplimiento de los deberes de asistencia y alimentación así como de ofensas graves en contra de su esposo. Así las cosas, si la intención del legislador fue proteger la situación del cónyuge inocente de la separación judicial por medio del reconocimiento del derecho de alimentos, mal se haría si se impone al señor RR –cónyuge inocente en aquel proceso–, la obligación de suministrarle una pensión a la accionada quien fue precisamente la culpable del fracaso del matrimonio. En consecuencia, la demandada no se encuentra en los supuestos previstos en el artículo 57 del Código de Familia para hacerse acreedora a una pensión alimentaria.

IV.- Como corolario de lo expuesto, se debe anular la sentencia recurrida en cuanto le otorgó el derecho de alimentos a la accionada. En su lugar, resolviendo el asunto por el fondo, se debe declarar que el actor no queda obligado a suministrar alimentos a la demandada.

POR TANTO:

Se anula la sentencia recurrida en cuanto le otorgó el derecho de alimentos a la accionada y se declara que el actor no queda obligado a suministrar alimentos a la demandada.

SEVICIA COMO CAUSAL DE DIVORCIO VOTO: 2005-01025

De las 10:05 hrs. del 13 de diciembre de 2005.

Proceso abreviado de divorcio establecido ante el Juzgado Primero de Familia del Primer Circuito Judicial de San José.

III.- LA SEVICIA COMO UNA DE LAS CAUSAS QUE PERMITE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL CASO CONCRETO: El matrimonio conlleva para ambos cónyuges una serie de obligaciones y responsabilidades. En el artículo 34 del Código de Familia expresamente se establece: “Los esposos comparten la responsabilidad y el gobierno de la familia. Conjuntamente deben regular los asuntos domésticos, proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir. Asimismo, están obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a socorrerse mutuamente. Deben vivir en un mismo hogar salvo que motivos de conveniencia o de salud para alguno de ellos o de los hijos justifique residencias distintas”. Con el matrimonio surgen una serie de obligaciones para los contrayentes, pues establecen una comunidad de vida, donde conjuntamente deben velar por los asuntos domésticos, por su porvenir y por el bienestar de los hijos, si decidieren procrearlos. Asimismo, el matrimonio le impone a los contrayentes la obligación de convivencia, pues quedan obligados a cohabitar, salvo que motivos graves de excepción justifiquen residencias distintas. En esa comunidad de vida quedan también obligados a respetarse, a guardarse fidelidad y a auxiliarse mutuamente. El respeto entre ambos cónyuges constituye un elemento esencial para garantizar la vida conyugal y permea todos los ámbitos de la vida familiar y en

pareja. Consecuentemente, en su actuar, cada uno debe mantener, respecto del otro, una consideración tal que garantice la estabilidad matrimonial. La norma contenida en el inciso 4) del artículo 48 del Código de Familia regula, con especialidad, las consecuencias legales que conlleva la infracción al deber de respeto que el matrimonio exige de ambos cónyuges. Así, la sevicia está contemplada como una de las causales por las cuales puede disponerse la disolución del vínculo conyugal.

En relación con esta última, Belluscio, citado por Trejos, señala que consiste en “actos vejatorios ejecutados con crueldad y con el propósito de hacer sufrir material o moralmente”. Se indica que está constituida por dos elementos: la intención o el propósito de hacer sufrir y la crueldad en la ejecución del acto; pero hay claridad en que la sevicia puede ser cometida tanto por acción como por omisión y puede consistir en una o en varias acciones u omisiones (TREJOS SALAS y RAMÍREZ, Derecho de Familia Costarricense, Tomo I, San José, Editorial Juricentro, segunda edición, 1.998, p. 295). En el caso bajo análisis, la actora denunció un hostigamiento psicológico de parte de su cónyuge, lo que a su juicio le provocó la pérdida de su identidad, mediando violación grave de su derecho de privacidad. Tanto los juzgadores de primera instancia como la mayoría de integrantes del Tribunal tuvieron por configurada la causal de sevicia. El recurrente sostiene que de las pruebas que constan en los autos no puede concluirse en tal sentido. Se evacuaron las declaraciones testimoniales de M.R.R (folios 61-62), quien en cuanto lo que a la causal invocada atañe declaró: “... C.. me dijo de que él era una persona posesiva y de que ella no se sentía bien. Ella me comentaba de que él tenía en la casa y carro cámaras, y que lo cuidada siempre por medio del chofer y que ella no estaba cómoda... En varias ocasiones que fui a la casa, habían cámaras, en el carro, las conversaciones eran grabadas y que todo el mundo sabía de tal, siempre que salíamos era acompañada por el chofer... le tenía temor a la actitud de él, ella prefería evitar enfrentamientos... La casa de ellos era grande y lujosa, ellos eran ricos con mucho lujos. Siempre que uno iba a la casa duraba como media hora para entrar, si habían guardas, cámaras...” (sic) (folios 61-62). El deponente A.C.M, por su parte, manifestó: “Ella era

perseguida y agredida en forma psicológica, ella se sentía agredida psicológica, me consta directamente y por lo que ella me contaba. Cuando salíamos ella sentía de que la estaban vigilando, por la presiones que él le tenía, salíamos a comer con los hermanos, la mandaba a seguir se veían los carros, siempre era un solo carro, no sé quienes eran los que la seguían, casi toda la relación fue así... Nunca pude comprobar de que el señor L.M contratara estos carros para que la siguieran. El tenía problemas con el teléfono, le revisaba los mensajes no lo vi, ella me lo comentó, se suponía de que él le revisaba los mensajes. El tenía varios empleados de que mandaba a vigilarla... Ella sentía de que estaba siendo filmada y grabada... Tengo entendido de que el señor Milanés tenía guardaespaldas. También para ella, ella no mencionó su preocupación por un secuestro.” (sic) (folio 63). Analizadas esas declaraciones, en relación con la confesional rendida por la actora, la Sala llega a la conclusión de que lleva razón el recurrente en cuanto acusa una indebida valoración de los elementos de prueba apuntados.

Como se indicó, para que se configure la sevicia se requiere un ánimo especial en la acción u omisión de quien incurre en ella. En efecto, como se refirió, resulta necesaria la intención mortificante, el deseo de hacer sufrir. De las pruebas evacuadas no se desprende ese elemento ni siquiera en forma indiciaria; sino, más bien, como lo apuntó el recurrente, los mecanismos de seguridad instaurados tenían como única finalidad dar protección a la accionante, ante peligros externos que pudieran derivarse de su especial situación económica. Además, la Sala concluye sobre la existencia de contradicciones en lo declarado por los testigos y la actora en su confesión, como se irá señalando a la hora de realizar el respectivo análisis.

En efecto, la declaración de la primera testigo es clara en cuanto a la solvencia económica de la accionante y su cónyuge. En forma expresa indicó que ellos eran ricos, que vivían en una casa muy lujosa y grande y en la confesional la demandante admitió que mantenían un importante nivel económico. La seguridad tenía entonces una justificación válida. En la confesión, la accionante pretendió hacer ver que desconocía todos los mecanismos de seguridad implantados en el hogar

conyugal, con lo cual pretende justificar la violación de su derecho a la privacidad; sin embargo, la testigo refirió la existencia de cámaras y vigilantes, así como las dificultades para ingresar a la casa, debido a los sistemas de seguridad implantados, al grado de señalar que se tardaba como media hora para poder ingresar a la casa de la actora. Esta última, cuando el curador procesal le preguntó si recibió mucha protección y seguridad a tal grado que en la casa existían sistemas de cámaras, contestó: “Es cierta, esas cámaras eran extremas y las medidas también, en todo lado había cámaras, se observaba lo que ocurría hasta cien metros antes de mi casa, había cámaras y micrófonos por toda la casa, hasta en los baños, no supe de esa seguridad hasta el final, no estuve de acuerdo porque no lo sabía... Me enteré de esa seguridad un mes antes de que sucediera lo de diciembre del dos mil uno [la separación]...” (folio 64. El destacado es del redactor). Las manifestaciones de una y otra son contrarias, pues no resulta lógico que la testigo tuviera conocimiento de todos aquellos mecanismos de seguridad que existían en la casa habitada por la actora y que esta última lo ignorara. Y, en cualquier caso, como se apuntó, aun cuando la actora se hubiera percatado de la situación en la forma por ella apuntada, lo cierto es que tal actuación no tenía como finalidad hacerla sufrir, aunque sí podrían considerarse lesionados algunos de los deberes conyugales, mas no para enmarcarlos en el supuesto de la sevicia. De igual forma, el declarante C.M manifestó que la actora sentía que la estaban filmando y grabando, pero conforme a lo expuesto está claro que tenía conocimiento de aquellos mecanismos de seguridad. Asimismo, el declarante quiso hacer ver que la actora era perseguida por su cónyuge, con el fin de hostigarla; sin embargo se trataba del servicio de protección y vigilancia, del cual el propio testigo más adelante dio cuenta, al señalar que la actora contaba con el servicio de guardaespaldas. Y, en todo caso, el testigo dijo que no tenía conocimiento de que el vehículo que la siguiera fuera enviado por el cónyuge demandado. Luego, en la confesión, la actora manifestó: “... siempre tuve guarda-espaldas que siempre iba conmigo y cuando iba sola me seguían...” (folio 65). Quiso hacer ver que no tenía conocimiento de ese servicio sino hasta poco tiempo antes de la separación, pero el testigo por ella aportado refirió que sí sabían de esa situación. Valoradas así las pruebas, conforme a los parámetros previstos en el artículo

8 del Código de Familia, se estima que no puede concluirse sobre la existencia de sevicia de parte del demandado y en perjuicio de la accionante. Los actos atribuidos, como configuradores de esa causal, se entienden destinados a brindar seguridad a la actora, por la condición económica de la que disfrutaban, y no tenía la intención de mortificarla o hacerla sufrir. El componente subjetivo, necesario para que se configure la sevicia, se estima que no se dio. Si bien está claro que el matrimonio entre la actora y el accionado resultó disfuncional, pues en este momento la primera ni siquiera sabe dónde localizar a su esposo, tal circunstancia no resulta válida para declarar disuelto el vínculo matrimonial con base en una causal que no quedó debidamente acreditada.

IV.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con las razones dadas, se estima que el recurso planteado debe ser acogido. En consecuencia, procede anular el fallo impugnado y revocar el de primera instancia; para, en su lugar, acoger la excepción de falta de derecho y denegar las pretensiones de la demandante. Se estima que debe resolverse sin especial condena en costas, pues la actora ha procedido con evidente buena fe procesal, en el tanto en que ante el deterioro del vínculo conyugal pudo estimar legítima su pretensión.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso planteado. Se anula el fallo impugnado y se revoca el de primera instancia. Se acoge la excepción de falta de derecho y se declara sin lugar la demanda. Se resuelve sin especial condena en costas.

NULIDAD DE CONVENIO DE DIVORCIO VOTO: 2006-00033

De las 9:50 hrs, del 1° de febrero de 2006.

Incidente de oposición y nulidad absoluta de convenio establecido ante el Juzgado de Familia del Segundo Circuito Judicial de San José,.

III.- RECURSO DE CASACIÓN POR RAZONES DE FONDO: El recurrente impugna la resolución del Ad quem por considerar que medió una aplicación indebida de leyes así como una incorrecta interpretación de las normas, jurisprudencia y doctrina aplicables al caso. Asimismo, advierte que se evidencian yerros jurídico-procesales producto de una improcedente apreciación, valoración y substanciación de las pruebas allegadas al proceso, así como falta de valoración de aquellas oportunamente ofrecidas. El incidente fue planteado para que se declarara la nulidad del convenio de divorcio suscrito entre las partes, aduciendo el recurrente que su consentimiento fue dado bajo coacción, violencia, amenazas, error de hecho y de derecho así como por la circunstancia de que el poder especialísimo que confirió para la suscripción del convenio, no cumplía con los requisitos de validez necesarios para surtir efectos legales y judiciales. En primer término y en armonía con lo dispuesto por el artículo 842 del Código Procesal Civil, el trámite de homologación de los convenios de divorcio, sólo se admite la oposición de los cónyuges cuando se encuentre fundada en vicios del consentimiento en el convenio celebrado, pues, tomando en cuenta el origen consensual del asunto, se ha considerado inaceptable que este procedimiento sea utilizado para entorpecer el cumplimiento del convenio. En consecuencia, no es legalmente posible conocer sobre la falta de formalidades del poder especialísimo que el incidentista otorgó para la suscripción del convenio de divorcio (folio 17 del expediente de divorcio por mutuo consentimiento), circunstancia que ha sido alegada por éste, a efecto de que se declare la nulidad de dicho convenio. En ese mismo sentido, la Sala sostuvo en la resolución N° 39-99 de las 9:30 horas, del 19 de febrero de 1999 que “Los jueces no pueden dejar de verlo así y las partes y sus abogados perder la perspectiva de que, salvado el caso de los expresados vicios (consentimiento dado por error, arrancado con violencia o sonsacado con dolo) y de esos otros posibles supuestos de tutela de intereses jurídicos superiores, la oposición de uno de los suscribientes del convenio al cumplimiento de lo pactado, con el deseo de apartarse de un efecto del acuerdo que tiene fuerza de ley entre las partes (artículo 1022 del Código Civil), no puede ser de recibo en el procedimiento.” Por esa misma razón, tampoco pueden atenderse las pretensiones del recurrente de

anular el citado convenio en razón del incumplimiento de lo pactado por parte de la incidentada. Al respecto, en esa misma resolución se dijo que “Las vicisitudes de la ejecución y las consecuencias de eventuales incumplimientos, no son propias de esta etapa del proceso”. De esta forma, en procesos de homologación como el que nos ocupa, sólo podrían conocerse las pretensiones del señor MC, ligadas a su afirmación de que su voluntad no fue libremente emitida, sino que ésta se encontraba viciada. Por consiguiente, corresponde examinar en este momento, si los juzgadores de instancia –tal y como señaló el recurrente–, incurrieron en una errónea apreciación y valoración de la prueba cuando denegaron la oposición que planteó contra ese acuerdo, en relación con los vicios de consentimiento, que durante la tramitación de este asunto, ha señalado.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que la ley considera inválido y anulable el acuerdo, cuando la voluntad está afectada por vicios, que fundamentalmente son: el error, la violencia y el dolo (1008 a 1021 del Código Civil). No obstante, en este asunto, analizadas las probanzas contenidas en el expediente de conformidad con las reglas de la sana crítica (artículo 8 del Código de Familia ya citado) procede avalar el pronunciamiento del Ad quem, por las razones que se dirán. Consta en autos que el incidentista, JAMC confirió en presencia de su abogado un poder especialísimo a favor de CRLM para que suscribiera el acuerdo de divorcio (folio 17 del expediente del divorcio por mutuo consentimiento), otorgado por la incidentada y el apoderado especialísimo del incidentista en presencia de sus respectivos abogados, el día 26 de setiembre de 2003 (folios 14 a 16 del expediente de divorcio por mutuo consentimiento, folio 31 del expediente del Incidente). Sin embargo, con posterioridad a la suscripción del convenio y de la correspondiente presentación ante el despacho respectivo para su homologación, el articulante planteó este proceso, procurando la nulidad del convenio referido, alegando que su esposa comenzó a solicitarle el divorcio con presiones de tipo mental, psicológica y patrimonial, profiriendo amenazas de dejarlo en la calle y de no permitirle compartir con sus hijos. Señaló que no accedió a sus pretensiones pero ante la denuncia por violencia doméstica presentada en su contra y

frente a la promesa de equidad, seguridad patrimonial y estabilidad para compartir con sus hijos, otorgó un poder especialísimo para la firma del convenio, razón por la cual considera que éste se encuentra viciado de nulidad, toda vez que su consentimiento fue dado bajo coacción, violencia, amenazas e inducido por error de hecho y de derecho (folios 1 y 2). No lleva razón el recurrente en sus apreciaciones, por cuanto valoradas las circunstancias expuestas de acuerdo con la edad, condición del recurrente (artículo 1018 del Código Civil) y en general las reglas de la sana crítica, se concluye que las presiones que dijo haber sufrido, no son suficientes para tener por acreditado que no hubo tal consentimiento y que por ende su voluntad fue forzada. Efectivamente, se tiene por demostrado que la incidentada interpuso una denuncia por violencia doméstica contra el señor MC, sin embargo, a diferencia de lo señalado por éste, el despacho correspondiente -a partir de la declaración de la hija de las partes-, tuvo por demostrado que el incidentista mantenía un comportamiento abusivo, despectivo y ofensivo en contra de la señora OA (folios 124 a 127).

El resultado de esa resolución, sentencia del Juzgado de Violencia Doméstica del Segundo Circuito Judicial de San José, N° 3315 de las 9:30 horas, del 27 de agosto de 2003-, desvirtúa las manifestaciones del señor JAM, cuando en el escrito de interposición del incidente, señaló que esa denuncia estaba basada en hechos totalmente falsos a efecto de sacar provecho de su propio dolo, a sabiendas que la Ley de Violencia Doméstica no exige al denunciante presentar pruebas de sus manifestaciones (folio 2). En esa misma dirección y como parte de los diversos procesos judiciales que de acuerdo a las manifestaciones de las partes, han planteado entre sí, se puede desprender de la prueba traída al expediente, que la incidentada presentó, a su vez, una denuncia penal en contra del señor MC, por desobediencia a la autoridad (folios 181 a 185). No obstante, esta circunstancia no le permiten concluir a la Sala que la señora OA le haya infundido al incidentista “sentimientos de miedo grave, fuerza irresistible y angustia”, capaces de viciar su voluntad e inducirlo a otorgar un poder especialísimo para la suscripción del convenio de divorcio, tal y como ha pretendido hacerlo ver en reiteradas ocasiones. La mera interposición de procesos judiciales en contra de

una persona no puede considerarse como invalidante de la voluntad, mucho menos frente a casos como el presente, en que el incidentista contó siempre con asesoría legal (folios 229 y 249), amén de que se ha tenido como suficientemente probado que la denuncia por violencia doméstica planteada en su contra no fue infundada ni mucho menos encaminada a ejercer presión sobre el incidentista (124 a 127). Por otra parte y en relación con las amenazas que el recurrente atribuye haberle proferido su esposa acerca de no permitirle ver, estar y compartir con sus hijos (folio 1), no puede esta Sala darles el crédito de haber viciado la voluntad del incidentista, toda vez que no podría pensarse que una persona que se ha proveído de profesionales en derecho para la atención de sus asuntos legales no ejercitara frente a las presiones citadas los instrumentos legales previstos por el ordenamiento jurídico y que lejos de promover contra la incidentada un régimen de visitas para lo cual contaba el patrocinio de sus asesores (folio 33), accediera a la suscripción de un convenio de divorcio que no quería. De igual modo, no resultan de recibo los argumentos del incidentista con respecto a las presiones de corte patrimonial de que fue objeto para que accediera al divorcio, toda vez que según quedó acreditado antes del otorgamiento del citado convenio, había promovido un ordinario de liquidación de bienes gananciales (folios 36), de modo que tampoco podría concluirse que se viera compelido a firmar ese convenio de divorcio como una forma de proteger su patrimonio. En este sentido, al momento de evacuarse la prueba confesional, se le preguntó al incidentista, si con anterioridad a la firma del convenio existían los procesos de separación judicial, desobediencia a la autoridad y liquidación anticipada de bienes, y éste respondió “sí si existía” (folio 36). Por otra parte, cuando el recurrente impugnó la resolución de que se conoce alegó una mala valoración de la prueba por parte de los juzgadores de instancia, sin embargo, una vez analizados los elementos probatorios constantes en autos, no se tienen por acreditados los vicios del consentimiento alegados, como tampoco los yerros en la valoración de la prueba endilgados a la sentencia impugnada. Si bien es cierto, el recurrente ha sostenido que nunca estuvo de acuerdo en disolver su matrimonio mediante convenio por mutuo consentimiento, en su confesional reconoció que aunque en desacuerdo con

el divorcio y en virtud de encontrarse suspendida la visita de sus hijos, así como por estar bastante grave su aspecto económico, le dio el consentimiento a su abogado a efecto de que se firmara el acuerdo por mutuo consentimiento (folio 34).

Asimismo se ha tenido por demostrado, con base en sus propias manifestaciones, que éste para enfrentar las acciones que estaba ejerciendo su esposa, buscó asesoría legal y contó con el consejo de su primo CRLM, quien no sólo era abogado, sino que también figuró como su apoderado especialísimo al otorgarse el convenio (folio 35). Al respecto, manifestó "...busque asesoría legal en ese momento estaba ANG que era el que estaba en negociación por el divorcio con mutuo" -énfasis agregado- (folio 33). En ese mismo sentido, al interrogársele sobre el momento a partir del cual buscó los servicios de un abogado señaló: "Siempre los tuve..." (folio 33). En consecuencia, se concluye que también al momento de la suscripción del convenio, el incidentista contó con asesoría legal, a partir de cuyo criterio decidió otorgar el mencionado poder especialísimo. Asimismo, producto de las manifestaciones del confesante, entre las partes existía una negociación para el divorcio por mutuo consentimiento y aunque haya negado la existencia de borradores en ese sentido, admitió en referencia a su abogado, que "Ya el tenía un esquema de la división de los bienes que tenían C y su abogada. Ese esquema no lo vi nunca lo llegue a ver lo que se es porque el abogado me lo manifestaba personalmente. El me hacía una exposición oral cuando yo lo llamaba y cuando lo busque en la oficina. El me decía las cosas van a quedar así y yo le decía que no estaba de acuerdo pero debido a la presión accedía" (folio 34). Por esas razones, aunque el incidentista niegue su anuencia, se ha comprobado que existió un acuerdo, "una negociación por el divorcio con mutuo" -según las propias palabras del recurrente-, por lo que no resultan atinentes las manifestaciones del incidentista al negarle valor a ese acuerdo como tampoco en mostrarse desconocedor de los términos del mismo, máxime que afirmó la existencia de esa negociación, así como el hecho de que su abogado le realizaba una exposición oral a esos efectos, a la cual finalmente accedía (32 a 37). Así las cosas, la Sala no puede darle crédito a los agravios planteados por el recurrente, quien

no logró demostrar, según las exigencias previstas por el artículo 317 del Código Procesal Civil, que fuera víctima de actos de intimidación y violencia que vicieran su voluntad. En este sentido, llama la atención de la Sala, el hecho de que el recurrente aún cuando tenía la carga probatoria, no ofreciera la declaración de su hermano y cuñada, pese a que en la confesional indicó que éstos habían sido testigos de las presiones de la señora OA, expresando: "*Esa misma semana, C llamo por teléfono a mi hermano MM y ellos se reunieron en un restaurante C mi cuñada M esposa de M y mi hermano. Se reunieron porque C los convocó para decirles que me obligaran a firmar lo antes posible y les hizo saber de la denuncia por desobediencia la autoridad. Eso fue veinticinco de agosto en horas de la tarde. Mi hermano me llamo al día siguiente y me expuso que Cinthya no quería continuar con el matrimonio y que un método de presión era esa denuncia. Mi hermano no estaba de acuerdo ella solo le informó de sus intenciones*" (folio 33).

IV.- Como corolario de lo expuesto, procede declarar sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de la parte que lo interpuso (artículo 611 del Código Procesal Civil).

POR TANTO:

Se declara sin lugar el recurso, con sus costas a cargo de la parte que lo interpuso.

RESIDENCIA EN DERECHO NOTARIAL VOTO: 2006-00075

De las 10:10 hrs. del 15 de febrero de 2006.

Solicitud de autorización para el ejercicio de la función notarial, promovida ante la Dirección Nacional de Notariado,.

III.- DE LA NORMATIVA APLICABLE AL CASO CONCRETO: Por la Ley N° 7.754, del 17 de abril de 1.998, se promulgó el Código Notarial, que entró en vigencia seis meses después de su publicación; el cual vino a sustituir la Ley Orgánica de Notariado, N° 39, del 5 de enero de 1.943; y, actualmente, constituye

la normativa especial por la cual se regula todo lo relacionado con el ejercicio de la función notarial. En el Capítulo II del Título I están los requisitos y los impedimentos para ejercer el notariado público. El artículo 3, que es al que al caso interesa, dispone: “Para ser notario público y ejercer como tal, deben reunirse los siguientes requisitos: a) Ser de buena conducta. / b) No tener impedimento legal para el ejercicio del cargo. / c) Ser licenciado en Derecho, con el postgrado en Derecho Notarial y Registral, graduado de una universidad reconocida por las autoridades educativas competentes; además, haber estado incorporado al Colegio de Abogados de Costa Rica al menos durante dos años y, con la misma antelación, haber solicitado la habilitación para ejercer el cargo. / d) Poseer residencia fija en el país, salvo los notarios consulares. / e) Tener oficina abierta al público en Costa Rica, excepto si se trata de notarios consulares. / f) Hablar, entender y escribir correctamente el español. / Los extranjeros que cumplan con los requisitos anteriores podrán ejercer el notariado siempre que en su país de origen se otorgue el mismo beneficio a los notarios costarricenses, en igualdad de condiciones.” (La negrita no es del original). En el caso concreto, como se indicó, se estimó que el petente, por su condición de residente temporal, no cumplía con el requisito establecido en el inciso d) transcrito –residencia fija en el país–. Por consiguiente, cabe determinar a qué condición se refería el legislador al momento de exigir el requisito de residencia.

IV.- EN RELACIÓN CON EL REQUISITO DE “RESIDENCIA FIJA”: A juicio de la Dirección Nacional de Notariado, el peticionante no cumple el requisito previsto en el inciso d) del artículo 3 transcrito, por cuanto ostenta la condición migratoria de residente temporal, lo que no garantiza su permanencia fija en el país, pues en cualquier momento su situación migratoria podría variar, dado que cada año debe renovar su permiso para permanecer en el país. De acuerdo con la documentación constante en el expediente, el licenciado G.P es de nacionalidad colombiana y reside en territorio costarricense, en condición de residente temporal, desde el 25 de setiembre del 2002 (folio 64). El requisito de la residencia fija en el país previsto en el numeral transcrito es exigible tanto a nacionales como a extranjeros, dado que resulta necesaria

su presencia, no solo para dar cumplimiento al otro requerimiento, el de tener oficina abierta al público, sino por las importantes obligaciones que se asumen con el ejercicio de la función notarial, que le impone a quien ostente la condición de notario público el ejercicio de distintas actividades en diferentes oficinas y registros públicos. En la resolución impugnada se indicó que era un requisito exigible a nacionales y a extranjeros, por lo que en cuanto al reclamo del apelante sobre ese punto el recurso carece de sustento. Ahora bien, si se analizan las discusiones de la comisión legislativa asignada para el estudio del proyecto de ley que dio luego lugar al Código Notarial, se tiene que tal requisito también se implantó como una restricción a la posibilidad de que cualquier extranjero, que no residiera en el país, lo que no sería común en los nacionales, pudiera ejercer el notariado. La discusión partió de la disconformidad derivada del voto constitucional número 2093-93 por el cual se había declarado la inconstitucionalidad del artículo 3 de la entonces vigente Ley Orgánica de Notariado, que establecía la prohibición para los extranjeros de ejercer la función notarial. En efecto, dicha norma señalaba: “Para optar el título de Notario se necesita ser costarricense por nacimiento o por naturalización pero de origen centroamericano y en este último caso graduado mediante examen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica; del estado seglar, mayor de edad, abogado de los Tribunales de la República, notoriamente conocido, de conducta y antecedentes honrados, y no tener motivo legal de incapacidad para el ejercicio del cargo. Los naturalizados deberán acreditar, además, que en su país de origen se concede reciprocidad.” (La negrita no está en el original).

La Sala constitucional, en el voto indicado declaró la inconstitucionalidad de la limitación que establecía dicho numeral respecto de los extranjeros y en ese sentido señaló: “IV.- Esta Sala ha admitido ya que la función notarial es pública, pero no hay fundamento alguno para entender que el ejercicio de funciones públicas es privativo de los costarricenses, y excluye la participación de extranjeros. La ley puede establecerlo así, pero el fundamento para proceder de ese modo debe ser manifiestamente lógico y razonable: no puede fundamentarse simplemente en que así lo quiere la ley. Es decir, la naturaleza de la función -

pública o privada- no constituye sin más, a priori, una razón suficiente para normar un trato jurídico distinto, mucho menos cuando se alcanza a ver, como en el caso de los notarios, que el ejercicio de esa función, eminentemente técnica, todo lo que razonablemente exige es competencia técnica o profesional -lo cual lo prevé el requisito de que el notario ha de ser abogado, condición ésta que no excluye al extranjero- e idoneidad ética o moral -calidad que no solo satisfacen los que ostentan una nacionalidad determinada-. Si el extranjero que tiene la calidad de abogado incorporado al respectivo Colegio, puede ejercer su profesión en Costa Rica, no hay razón suficiente, evidentemente, para explicar porqué no ha de acceder a la función notarial. Si tal razón suficiente y evidente no existe, hay que presumir que la diferencia se base en la pura nacionalidad, lo cual es una discriminación contraria al principio de igualdad.”

En las discusiones suscitadas se mostró disconformidad con lo así resuelto. Al respecto se indicó: “LIC. M.A.J: “Para dejar constando que eso de costarricense que se está eliminando con razón del voto. En todos los países que siga el sistema notarial latino, seguimos nosotros. Es decir uno de los requisitos es que el Notario sea nacional del país, no que sean extranjeros, y con todo respeto para la Sala Constitucional, me parece que es un mal principio. Es decir, es un mal principio por cuanto -les repito- no parece lógico que en algo que es una función pública que se le está encomendando por parte del Estado a una persona, puede tratarse de extranjeros. Es decir, que no tienen ni residencia en el país, de acuerdo con ese principio. Nada más para hacer la observación y que quede constando. / EL COORDINADOR: En ese caso, tendría que tener residencia o domicilio porque tiene que tener oficina abierta. / Perfecto, hay que cerrarlo, muy buena la intervención de la Licenciada Breedy, vamos a pedir que nos redacten una moción.” (Los destacados no son del original).

De esas manifestaciones se suscitó la discusión de exigir también el requisito de residencia fija. La idea, entonces, es que la autorización puede serle concedida a un extranjero que normalmente resida en el país, si cumple con los demás requisitos y no a aquellos

que viviendo en el extranjero pretendan ejercer ocasionalmente la función notarial, pues también resulta indispensable que tenga oficina abierta al público en el país. Más adelante el licenciado H.M. agregó: “Son varias observaciones que no puedo dejar pasar de lado, porque realmente me preocupan.... Lo conversábamos y sigo e insistiría en poner lo de ser costarricense, por varias razones. En primer lugar, es que la experiencia que nosotros tenemos en prácticamente todos los países de la Unión Internacional de Notariado Latino, que ponen como nacional de su país, una condición para ser Notario. Considero y consideramos que es importante porque por ejemplo en estos momentos con la situación mexicana, los notarios mejicanos perfectamente vienen aquí y con un trámite bastante simple, empezarían a ejercer porque ellos cumplen todas las condiciones que aquí decimos. Entonces, de no ser así, por lo menos habría que decir en el inciso f): “tener oficina abierta al público dentro del territorio nacional y un estatus migratorio debidamente legalizado y actualizado”. Yo considero que es importante. Si bien es cierto conozco el famoso voto ese, que en un principio se interpretó por esa desigualdad que hay entre los costarricenses naturalizados o de nacimiento, yo les repito que mínimo habría o tendríamos que pensar en una condición migratoria legalizada.” (Los destacados son del redactor).

De lo expuesto también debe llegarse a la conclusión de que el ánimo del legislador no fue el de equiparar el requisito de la residencia fija a una concreta condición migratoria. Lo máximo que se llegó a indicar es que se tratara de extranjeros con una condición migratoria legalizada, pues en el fondo lo que interesaba es que residieran normalmente en el país. La discusión siguió en los siguientes términos: “LIC. M.A.J: / Sí, porque usted puede decir, en otro país usted puede ser notario, pero para hacerse notario, tiene una reglamentación difícilísima de cumplir. Es decir, en igualdad de condiciones a los notarios de aquel país, porque estamos usando las mismas condiciones que los notarios de Costa Rica, ellos van a ser igual que nosotros. / Este es un punto importante, es el de la residencia. / EL COORDINADOR: / Eso es un requisito aquí. A cualquier costarricense un requisito

es tener residencia fija en el país, aunque se trate de notarios consulares./ Podríamos agregarle si otorga el mismo beneficio a los costarricenses en equivalentes condiciones. / LIC. MARCO A. JIMÉNEZ: / "En igualdad de condiciones a los nacionales de ese país, por lo menos para que haya una equiparación, que le estamos dando bajo esos requisitos, la posibilidad de hacerse notarios. / EL COORDINADOR: / Vamos a tenerlo por aprobado." (Los destacados no son del original).

Y, por último, aunque analizándose otra temática, se explicó: "LIC. H.M: .../ En relación a si se abandona, ¿qué pasa cuando se va por más de seis meses con el protocolo? Considero que estamos quebrantando en alguna medida tener residencia fija en el país, porque casualmente, la función notarial, si bien es cierto se puede ejercer fuera y tener sus consecuencias y efectos jurídicos en Costa Rica, se trata de que se ejerzan en nuestro país. Ya seis meses es un plazo más que razonable como para que una persona esté cartulando fuera, es decir, algún tipo de situación se vería. Casi siempre este plazo de seis meses se estima desde muchos puntos de vista para atender lo que sería una residencia. Creo que tal vez de esa forma podríamos pensar en buscarle una solución que es preocupante, como es el cartular por ejemplo, guardando prisión, pero definitivamente si hay que atender lo que es un debido proceso y una serie de situaciones en las que no se pueden imponer sanciones automáticas e inhabilitarse por sí mismos, e ipso facto."

Lo anterior hace concluir, se reitera, que la idea de la residencia fija es que tanto nacionales como extranjeros vivan normalmente en Costa Rica. En cuanto a estos últimos, no se desprende que esa condición tuviera alguna relación con un estado migratorio definido. Es decir, no puede concluirse que la condición de residente permanente o temporal permita hacer diferencia en relación con la norma a aplicar. Es más, debe indicarse que el término residencia incluido en la norma, no se usó con un sentido plenamente jurídico, pues precisamente la residencia conlleva implícita una noción de temporalidad, mientras que lo requerido es la permanencia. En ese sentido Víctor Pérez Vargas explica que "El sentido jurídico-técnico del concepto de domicilio no siempre coincide con el uso corriente de este término. En el lenguaje común domicilio es el lugar donde uno vive, siendo por ello sinónimo de

residencia... Sin embargo, repetimos, jurídicamente domicilio no coincide necesariamente con residencia./ Una persona, pues puede residir temporalmente en un lugar y tener su domicilio en otro... Por contraposición se ha pensado que la residencia, en cambio, no es un concepto jurídico sino que su contenido es "de hecho". Sería más correcto decir, sin embargo, que la residencia es una situación o hecho carente de específica relevancia para los efectos jurídicos del domicilio ... Ella consiste en la estadía más o menos duradera de una persona en un lugar." (Derecho Privado, San José, Litografía e Imprenta Lil, S.A., tercera edición, 1994, pp.190-191). Esa es la idea de la norma, que tanto el extranjero como el nacional tengan su estadía en el territorio nacional, que permanezcan normalmente en el país, pero de ahí no se desprende que a los primeros deba exigírseles una condición migratoria determinada, de conformidad con los términos de la Ley de Migración y Extranjería, pues a nada llevaría distinguir entre nacionales y extranjeros – con residencia temporal o permanente– en la forma en que lo hace la Dirección Nacional de Notariado, pues cualquiera de todos ellos estaría en la posibilidad de abandonar el país en cualquier momento y establecer su residencia e inclusive su domicilio en otro país. En ese momento, cualquiera de todos dejaría de cumplir uno de los supuestos indispensables para el ejercicio de la función notarial y procedería entonces declarar la inhabilitación. La residencia fija de la que habla la norma no es equiparable a la condición de residente permanente, tal y como lo alega el recurrente. Luego, la condición de residente temporal más bien le impone al apelante la obligación de permanecer en el país, pues de conformidad con el artículo 52 de la Ley General de Migración y Extranjería, uno de los supuestos en que procedería la cancelación de la residencia sería aquel en el que el residente abandonare el país por más de seis meses. En ese concreto sentido la norma, en lo que interesa, indica: "La Dirección General podrá cancelar la residencia acordada a los extranjeros admitidos como radicados temporales, cuando permanecieren fuera del territorio nacional por un lapso mayor de seis meses,..." Más adelante, el artículo 59 ídem señala: "Los extranjeros residentes permanentes y los radicados temporales que se ausenten del país con el ánimo de regresar, deberán solicitar, conjuntamente con la visa de salida, el permiso de reingreso, el cual será válido por el plazo de un año, para los primeros, y de seis meses para

los segundos.” De ahí también se extrae, en sentido contrario, que tanto los residentes permanentes como los radicados temporales podrían dejar el país sin ánimo de regresar. Esto ratifica lo indicado en el sentido de que carece de sentido la diferencia apuntada por la Dirección Nacional de Notariado y lo indicado en la resolución recurrida, en el sentido de que cuando la situación migratoria del peticionante varíe –se entiende de radicado temporal a residente permanente– sí podría otorgarse la habilitación que solicita. Las razones jurídicas que se dan en la resolución impugnada, tal y como lo alega el apelante, carecen de sustento, por las razones dadas. El hecho de que deba renovar anualmente su documento migratorio –cédula de residencia– no implica que no permanezca en el país y de las pruebas que constan en los autos se tiene que al menos desde setiembre del 2002 el licenciado G.P permanece en el territorio nacional. Tal y como se indica en el recurso, este es un requisito que también debe cumplir el residente permanente y el nacional, por lo que el fundamento de la resolución recurrida, en ese sentido, no se sostiene (artículo 69, ídem). Por último, la pérdida de la residencia vendría impuesta por los supuestos reglados que se establecen en los artículos 51 y 52 de la relacionada ley, únicamente. Luego, la Dirección Nacional de Notariado estaría en la posibilidad de requerir al peticionante o fiscalizar que efectivamente su permiso anual de estadía en el país es efectivamente renovado.

V.- CONSIDERACIONES FINALES: De conformidad con las razones dadas, la Sala estima que la resolución apelada debe revocarse y ha de acogerse la solicitud planteada por el licenciado G.P, para que se le habilite en el ejercicio de la función notarial. Sin embargo, la Sala considera prudente señalar que de conformidad con el ordenamiento jurídico que regula la habilitación en el ejercicio de dicha función, el citado licenciado no debería ser autorizado, pues no cumple con el requisito de reciprocidad. No obstante ello, así no puede declararse por lo dispuesto por la Sala Constitucional mediante resolución número 15.061-05, de las 15:57 horas del 1° de noviembre del 2005. Se considera que el criterio de la Dirección Nacional de Notariado, en relación con la habilitación de los extranjeros para el ejercicio de la función notarial no se ajusta a lo establecido en el artículo 3 del Código Notarial,

pues la norma no establece excepción ni regulación especial alguna respecto de aquellas personas de otra nacionalidad que hayan estudiado en Costa Rica, parte en otro país y parte aquí, o fuera del territorio nacional. Ese criterio, permite que se deje sin efecto alguno el fundamental requisito de reciprocidad y se aparta plenamente de la concepción de la norma, pues si se analizan sus antecedentes legislativos más bien se desprende una reticencia a aceptar el ejercicio del notariado por parte de las personas extranjeras. Véase que hasta una persona ya graduada en otro país podría venir a Costa Rica, matricular en cualquier universidad las materias requeridas para la convalidación de todas las demás que cursó en el extranjero, según el número de créditos requeridos para ello, que por lo general son pocos, volverlas a cursar aquí, y con eso bastaría para eximirse de cumplir el requisito de reciprocidad, lo que permite burlar lo establecido en el artículo 3 citado. Por eso, no puede compartirse la interpretación que se hace, en el sentido de que el último párrafo del artículo 3 del Código Notarial está haciendo referencia a los extranjeros que han obtenido su título fuera del país. La regla es de aplicación general, tanto para los que estudian en el país, como los que han obtenido su título realizando estudios aquí y en otro país, o bien totalmente en otro país. El extranjero que decida realizar sus estudios de esa manera tiene claro que solo podrá ejercer la función notarial cuando cumpla los demás requisitos y en aquel supuesto en el que medie reciprocidad, requerimiento que es plenamente razonable. No obstante, por la forma en que resolvió la citada Dirección y por lo impuesto en la resolución constitucional citada, no cabe otra solución sino la de resolver en la forma indicada. Por innecesario se omite analizar los demás agravios del recurrente.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso de apelación. Se revoca la resolución de la Dirección Nacional de Notariado, número dos mil trescientos setenta, dictada a las ocho y treinta horas del diecinueve de diciembre del dos mil y, en su lugar, se habilita al licenciado J.M.G.P a ejercer la función notarial. Tome en cuenta la Dirección Nacional de Notariado lo indicado en el último considerando de esta resolución.