

UNIVERSIDAD ESTATAL A LA DISTANCIA

MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

*TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN*

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE LABORAL. EN**

**PARTICULAR LAS DILIGENCIAS**

**DE REINSTALACIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA**

**EMBARAZADA**

LICDA MARLEN SOLÍS PORRAS

2003.

*“La verdad del amo es el esclavo y su trabajo. Ciertamente, los otros no reconocen al amo en tanto que amo, sino porque hay un esclavo; y la vida del amo consiste en el hecho de consumir los productos del trabajo servil, de vivir de y por ese trabajo”.*

*Kojève, A.*

*“Nadie es más digno de confianza que aquel que se ha hecho valer por medio del trabajo”*

*Abraham Lincoln.*

Dedicatoria:

*“A aquellas mujeres que, por su esfuerzo, moldean con sus manos  
la huella de la historia, enfilando día tras día sin descanso,  
a pesar de los vientos adversos”.*

*“A mis amigas, por impulsarme a seguir  
renovando los conocimientos del Derecho”.*

**LAS MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE LABORAL. EN PARTICULAR LAS  
DILIGENCIAS DE REINSTALACIÓN DE LA MUJER TRABAJADORA  
EMBARAZADA**

**INTRODUCCIÓN**

Las medidas cautelares corresponden a unos de los grandes aportes del Derecho que buscan alcanzar la justicia pronta y cumplida. El atraso de los procesos judiciales resulta ser un presupuesto perenne y casi inasequible de solucionar, tanto en nuestro país como fuera de él.

Algunos aspectos que contribuyen a este atraso es el alto volumen de litigiosidad en los tribunales, el cual considero, es uno de los más graves, además de las redacción de leyes que impiden un ágil desarrollo del proceso, la ambigüedad de éstas, lo que genera discusiones en realidad inútiles y la posibilidad de recurrir autos sin necesidad.

Para ejercer las medidas cautelares son necesarios litigantes estudiosos del derecho e innovadores, así como jueces valientes que tomen decisiones de esta naturaleza en forma acertada y rápida. Claro está, es preciso que se acrediten los presupuestos para dictar la medida cautelar.

En sede constitucional, contencioso administrativa y civil se ha profundizado acerca del tema, no obstante, en materia laboral la profundización de las medidas cautelares es ínfima, no se observa una aplicación adecuada en cuanto al objeto de éstas, a pesar de corresponder a una materia social, en donde la actuación jurisdiccional debe ser inmediata y audaz.

El tema del despido de la mujer embarazada y su reinstalación cuando se realiza

de forma arbitraria se ha discutido en muchos entornos, sin embargo, en este estudio trataré de definir la naturaleza procesal de la reinstalación a efecto de determinar cuál es el camino correcto a seguir, cuando se solicita ante la autoridad judicial, la reinstalación.

De igual manera es menester tener presente los bienes jurídicos que se pretenden resguardar con estas medidas, pues no sólo se trata de evitar la discriminación de género, sino también de buscar proteger a la persona concebida. Esta protección es una obligación, un mandato constitucional; asimismo, trasciende hacia el derecho internacional, al existir convenios internacionales que comprometen al Estado para que interactúe y tome las medidas necesarias para que la discriminación sea suprimida.

Para unos, el procedimiento a seguir corresponde a un incidente de reinstalación de la mujer embarazada, para otros, que trata de un procedimiento especial o una medida cautelar. Es necesario tener en claro la naturaleza de estas medidas con la finalidad de proceder como corresponde, para no exigir a las partes llevar un proceso sin dirección o provocar atrasos innecesarios.

Como hipótesis se ha planteado dar cuenta de dos aspectos, el primero va enfocado a elucidar si es posible la aplicación de medidas cautelares indeterminadas en la sede laboral; el segundo; si la reinstalación de la mujer embarazada corresponde a una medida cautelar que por proteger bienes jurídicos especiales, como lo son la discriminación y el niño concebido, debe tener una alta prioridad.

A consecuencia de ello, se proponen los siguientes objetivos específicos que se tratarán de resolver a lo largo del estudio:

-Identificar los presupuestos para decretar medidas precautorias en las normas respectivas del proceso laboral.

-Prescribir la posibilidad de decretar medidas cautelares atípicas dentro del proceso laboral.

-Demostrar que las diligencias de la reinstalación de la mujer embarazada tiene naturaleza cautelar.

- Determinar los presupuestos necesarios a efecto de que el juzgador admita la reinstalación, tomando en consideración su naturaleza cautelar.

- Explicar la especialidad de las diligencias de la reinstalación de la trabajadora embarazada.

## **CAPÍTULO PRIMERO: CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES**

### **SECCIÓN 1: ASPECTOS GENERALES**

Las medidas cautelares se encuentran reguladas en primera instancia y en forma detallada en el Código Procesal Civil, partiendo de que el ordenamiento jurídico se debe observar desde una óptica integral, lo ahí dispuesto tendría aplicación en laboral. De igual forma, se debe tener presente la normativa y jurisprudencia constitucional a efecto de interpretar las normas con base en los principios y valores supremos.

Para Cabanellas las medidas precautorias o conservativas son el conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o a asegurar una expectativa o derecho futuro<sup>1</sup>. Asencio las define como resoluciones judiciales tendientes a anticipar los efectos de una sentencia definitiva y que se acuerdan con el fin de evitar la frustración de la sentencia que en su día se emita<sup>2</sup>.

Una de las peculiaridades del procedimiento cautelar es que la solicitud puede ser planteada tanto antes de la interposición de un proceso principal como durante su curso, siendo aquel siempre accesorio a éste ( artículo 214 del Código Procesal Civil).

En cuanto a las normas del procedimiento laboral, en lo atinente a las medidas cautelares, son específicas para unos supuestos y muy escuetas, no se incluye alguna disposición general o si es posible otorgar una medida cautelar distinta a las reguladas en los artículos del 455 al 459. ¡He aquí el dilema! Por tanto, la

---

<sup>1</sup> CABANELLAS DE TORRES ( Guillermo), Compendio de Derecho Laboral, 3 edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Tomo II, pág. 849.

<sup>2</sup> ASECIO MELLADO ( José María), Derecho Procesal Civil, Segunda parte, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1998, pág. 94.

supletoriedad del Código Procesal Civil resulta indispensable, no olvidando, los principios exclusivos de la materia reguladora de las relaciones laborales.

Es ineludible conocer la naturaleza y finalidad de éstas para que tanto su solicitud como su decreto se efectúen acertadamente, soslayando con ello alguna trasgresión grave al derecho de una de las partes.

#### **A.- Objeto:**

Al momento de ordenar una medida cautelar resulta indispensable tener presente el objeto de ésta. Desde vieja data, se había pretendido considerar que quien tiene la razón es el demandado, por lo que se debía mantener el *statu quo* hasta que una sentencia definitiva dictaminara lo contrario.

No obstante, en el transcurso del tiempo se ha podido concluir que la duración del proceso le ocasiona extremados perjuicios al accionante, quien es el que reclama una justicia pronta así como una solución integral al conflicto. Con la aplicación de las medidas cautelares, lo que se busca es impedir el sufrimiento de un deterioro mayor al accionante y no ubicarlo en una posición de desventaja frente a su contraparte.

Se ha considerado que la finalidad de las medidas cautelares es " evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario, se asegure así el eventual cumplimiento de la condena, disipando los temores fundados de quien la pide"<sup>3</sup>. En razón de ello se exige verificar una correspondencia entre el objeto del proceso y el de la medida.

Es lo cierto que el demandado, mientras se mantenga el proceso, puede realizar las gestiones necesarias para impedirle al actor la efectividad del derecho

---

<sup>3</sup>BALANGUER (César), Medidas Cautelares, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 4.

reclamado. Pueden darse eventos que vedan la eficacia de la sentencia. En este caso, el simple lapso de tiempo que dura un proceso puede ocasionar al accionante graves perjuicios cuando luego de haber realizado un incesante esfuerzo por vencer y demostrar su derecho, éste resulte inerte al momento de querer hacerlo efectivo.

En definitiva, lo que se alcanzaría a producir es una injusticia y el quebranto de la norma 41 constitucional<sup>4</sup>, que refiere “ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia **pronta y cumplida**, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”.

La tutela cautelar ha nacido como el único instrumento viable, ante las exigencias de la sociedad contemporánea, en la que cada vez se exige mayor agilidad y rapidez en los actos y resoluciones judiciales, pero a la vez rebosantes de fundamento fáctico, jurídico y probatorio.

El fin último de la Administración de Justicia es que sus sentencias firmes sean efectivas y no se confinen a una declaración abstracta y literaria de un derecho. Como lo describe muy acertadamente María Pía Calderón "mientras el legislador no cree mecanismos adecuados para esta acelerada sociedad, el recurso a las medidas cautelares se convertirá en instrumento para combatir la duración del proceso"<sup>5</sup>.

## **B.-Singularidades de las medidas cautelares:**

---

<sup>4</sup> En relación a este tema, también ya existía proclama desde mil novecientos cuarenta y ocho con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual tiene similar rango a una norma constitucional en la que declara que toda persona tiene derecho a un **recurso efectivo**, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

<sup>5</sup> CALDERÓN CUADRADO ( María Pía), Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992, pág. 32.-

Entre las particularidades que distingue al procedimiento precautorio de otros, es su urgencia, el decreto de ésta sin necesidad de escuchar a la contraparte, que siempre tendrán un límite temporal así como que perennemente tendrán un carácter accesorio.

*i.- No audiencia previa a la contraparte:*

Una de las características más importantes y que quiebra el debido proceso constitucional, es su ordenación sin escuchar ni conferirle audiencia previa a la parte contraria ( o como también se le dice inaudita parte). Basta que el petente exponga los hechos, los pruebe y formule su petición a efecto de que el juez proceda a analizar si es viable ordenar la medida cautelar.

En algunos casos se puede conferir una corta audiencia con el fin de escuchar a la contraparte, dependiendo de la urgencia y gravedad de la medida.

*ii.- Provisionales:*

Amén de lo anterior, por dictarse esa resolución con carácter de urgencia las medidas cautelares siempre serán provisionales, lo que implica que el juez puede revocarlas a solicitud de la parte o en el caso de una impugnación, lo que le correspondería al Superior. Igualmente, resulta posible variar las medidas en el ínterin del proceso cuando cambien las circunstancias por las que se hicieron decretar.

*iii.- Accesoriedad.*

Las medidas precautorias dependen de un principal, ostentan un carácter accesorio, pues existen única y exclusivamente en razón de un proceso base. Por ello, el objeto que pretende alcanzar el decreto de la providencia debe estar interrelacionado con lo que se procura obtener con la petición.

En caso de interponerse antes del proceso principal es indispensable presentar éste dentro del plazo erigido por la ley, pues de lo contrario, cesará su eficacia.

#### *iv.- Instrumentalidad*

Para algunos, como Calamandrei, la instrumentalidad es la característica esencial de las medidas cautelares, en tanto que las "vincula a un proceso principal, al que sirven, garantizando la efectividad de su resultado"<sup>6</sup>. Es decir, esta particularidad englobaría las demás.

Al existir instrumentalidad la medida cautelar se extenderá hasta que el proceso principal concluya ya sea por sentencia o por una de sus formas anormales de conclusión. En caso de una sentencia estimatoria o no, lo dispuesto en ella afectará directamente la decisión tomada interlocutoriamente sobre la medida cautelar, ya sea modificando, extinguiendo o ratificando lo decretado en ella.

Si la medida ha sido solicitada cuando el proceso está pendiente, sólo podrá ser ordenada cuando se haya iniciado éste ( se hayan revisado los presupuestos de admisibilidad) a efectos de revisar su fundamento.

#### *v.- Homogeneidad con las medidas de ejecución*

El alcance de la medida cautelar a futuro es anticipar los efectos de una sentencia, por lo que debe ser coincidente con las medidas de ejecución en caso de una sentencia estimatoria y su hipotético cumplimiento. En sentido contrario, si la medida decretada no es homogénea no coincidiría, por ende con los actos de ejecución y no tendría aplicación el peligro de mora del cumplimiento de la sentencia de condena.

---

<sup>6</sup> CALDERÓN CUADRADO, op. cit., pág. 33

## **SECCIÓN 2.- PRESUPUESTOS PARA DECRETARLAS:**

La resolución que dicta una medida cautelar debe ser fundamentada, conviene establecer una correlación entre lo solicitado, lo demostrado y lo concedido. Es una labor valorativa del juez, que, con el alegato planteado por el solicitante así como con la prueba aportada, a pesar de las limitaciones probatorias, debe justificar y razonar su decisión.

La doctrina, especialmente la civil, ha desarrollado en forma sistemática los presupuestos necesarios para decretar una medida cautelar, tomando en consideración entonces lo que se ha denominado "periculum in mora" o peligro de mora del derecho principal, el "fumus bonis iuris" o la apariencia del buen derecho, y la fianza o garantía.

La interrelación de estos presupuestos es tal, que, para algunos, mientras exista más verosimilitud del derecho menor será la fianza, lo que no ocurre en nuestro derecho civil con respecto al embargo preventivo, pues ante la desconfianza hacia el juez en la valoración ha preferido tasar el porcentaje de la garantía. No obstante, con respecto a la instauración de las medidas cautelares atípicas existe una mayor libertad al juzgador, pues no existe norma que exija la fijación de una caución para concederla, lo que a nuestro criterio, siempre quedará como una facultad del juez.

Podetti sobre esa interrelación de los presupuestos ha referido que "mientras menos incertidumbre haya en el derecho invocado por el solicitante de la medida, menos será la necesidad de la contra cautela, pudiendo llegar a prescindirse de ella y viceversa. Hay siempre una relación de contrapeso entre estos dos presupuestos de las medidas cautelares, que no debe ser omitida en la ley, ni olvidada por los jueces al dictarla"<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> PODETTI (Ramiro), Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de las Medidas Cautelares, Tomo IV, 2da edición, Ediar S.A. Buenos Aires, 1969, pág. 72.-

## **A.- Presunción de un buen derecho ó “fumus boni iuris”**

Es importante que los operadores del derecho tengan presente que para la aceptación de cualquier medida cautelar se debe acreditar la presunción del derecho con base al cual se funda la solicitud.

En ese sentido, si en un proceso declarativo se centra en la certeza, en una decisión cautelar se busca comprobar la "verosímil existencia del derecho alegado"<sup>8</sup>. En algunas legislaciones se ha exigido acreditar el derecho, lo cual no podría suplirse con la rendición de una garantía<sup>9</sup>.

En realidad, la comprobación de éste es sumarásima, por lo que se debe tener sumo cuidado de no extender la verificación hasta convertirlo en un proceso declarativo. Se podría decir que la existencia de la apariencia del derecho debe acreditarse, siendo un requisito *sine qua non* para su otorgamiento. “Y las consecuencias de su existencia, se haya o no acreditado prima facie, recaerán siempre y, en definitiva, sobre quien la solicitó sin derecho”<sup>10</sup>.

La lista de medios probatorios es amplia, claro ésta, siempre tomando en consideración las normas relativas a las pruebas en materia civil, cuando exista un documento, es evidente que tendrá prioridad; es aceptable la testimonial y la confesional mantiene su plena validez, las cuales deberán recibirse a la mayor brevedad posible.

Al estudiar el título sobre medidas cautelares en el Código Procesal Civil, la exigencia de la acreditación de la presunción del derecho no es muy explícita, sin embargo, con respecto a la medidas precautorias no tipificadas se indica que se

---

<sup>8</sup> CALDERÓN CUADRADO, op cit, pag. 41.-

<sup>9</sup> Verbigracia, el Código de Mendoza vigente en 1969, al respecto Podetti, pag. 73.

<sup>10</sup> PODETTI, op cit., pág. 75.

podrán determinar éstas cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación. Lo que ello quiere decir, que se debe alegar y demostrar ese “derecho” al que se podría causar la lesión, pudiéndose concluir que en estos casos sí es necesario acreditar este presupuesto.

Sin embargo, en el caso del embargo preventivo, se le impone al solicitante que debe expresar con claridad qué clase de prestación va a exigir del demandado y la causa o título de ella, cuando no hubiere título ejecutivo, es decir, con ello se podría obtener que sí se pide alegar la presunción del derecho pero no demostrarla, contrario a lo que la doctrina es tan clara en requerir. En cuanto a las pruebas anticipadas, lo único que se exige es indicar en términos generales el negocio o negocios concretos sobre los cuales versará la confesión o el reconocimiento, bajo apercibimiento de no atender la gestión.

## **B.- Peligro de mora o “periculum in mora”**

Posterior a la acreditación del derecho que se alega, se debe demostrar el interés jurídico que la justifique. Este interés jurídico debe ser actual, ello es así pues si existe temor al daño en el retardo, persistirá ese interés actual. No se debe confundir con los presupuestos de fondo a analizar en una sentencia, sino a la urgencia de tomar alguna medida ante el inminente retardo en el dictado del fallo y su ejecución. Debe existir un temor a un daño, ya sea real o presunto.

En síntesis, este presupuesto contiene dos elementos, el retraso y el daño marginal producto consecuentemente de esa demora. En cuanto a la demora, es un tema estrictamente procesal y “viene referida a la duración del proceso”<sup>11</sup>, que puede ser normal a efecto de garantizar un derecho de defensa así como el cumplimiento del debido proceso; como también se pueden dar situaciones en que

---

<sup>11</sup> CALDERÓN CUADRADO, op cit, pag. 46.-

se puede extender sin razones válidas e inútiles las cuales no pueden ser previstas al inicio del procedimiento.

En cuanto al daño marginal se refiere al que pueda “producirse sobre la efectividad de la sentencia del proceso principal”<sup>12</sup>, esto es, el peligro de que una sentencia estimatoria no pueda hacerse efectiva por el transcurso del tiempo, no porque sea culpa exclusivamente del tiempo y el objeto, sino porque el demandado haya dispuesto del o los bienes en detrimento del derecho declarado al actor en la sentencia.

Además, la identificación del daño debe ser indeterminada, pues resulta inconveniente hacer una delimitación de lo que podría enmarcar en el perjuicio que le puede ocasionar.

Lo anterior resulta razonable y con la experiencia se ha demostrado que el demandado distrae sus bienes a efecto de evitar que sirvan a la ejecución de la sentencia, como en el caso de las obligaciones de dar, causándole una disminución en el patrimonio del actor, lo que lo obligaría a plantear acciones declarativas con el fin de que ese traspaso no sea efectivo para ese crédito en específico<sup>13</sup>, el cual tardaría mucho más tiempo.

Para Podetti, “existe una necesaria relación entre el peligro en la demora, como presupuesto y fundamento de las medidas precautorias, y la solvencia o estado patrimonial del presunto obligado. Mientras menor sea ésta, mayor será el peligro, y viceversa”<sup>14</sup>.-

En cuanto a su demostración, debe alegarse y practicarse al mismo tiempo que la apariencia del derecho. No obstante, existe mayor libertad probatoria, por tratarse

---

<sup>12</sup> Ibídem, pág. 47.

<sup>13</sup> Ejemplo, el proceso ordinario denominado acción pauliana o el de simulación, según sea el caso, ambos en sede civil, causándole erogaciones mucho mayores al actor.

<sup>14</sup> Ibídem, pág. 81.

de simples hechos “ no existe limitación en los medios probatorios y generalmente es la prueba de testigos la que se ofrece para ello. No se puede exigir plena acreditación de que el deudor trata de enajenar, ocultar o transportar sus bienes [...] dada la índole, fines y urgencia de la medida”<sup>15</sup>, sin embargo es necesario que a l momento de la valoración de ésta el juzgador sea más estricto.-

Nuestra normativa procesal sí requiere de la demostración de la lesión grave o de difícil reparación, pues exige que sea un “fundado temor”, como así lo señala el numeral 242 del Código Procesal Civil. Además, insta que debe presentar la demanda en el plazo de un mes contado desde la fecha en que se realizó la medida cautelar, en los casos en que se haya solicitado con anticipación y no dentro del curso del proceso. Ello debe ser así, pues si existe temor a una lesión grave, no existe excusa para que se retrase en la interposición de la demanda.

### **C.- Garantía o “fianza”**

Denominada también contra cautela o caución. Se erige para garantizar los daños que originaría si el petente se extralimitó o abusó de este derecho procesal así como los eventuales perjuicios, incluyendo las costas que puedan originarse. Se debe determinar con base en los posibles daños que le puede ocasionar al sujeto pasivo, pues se debe contrarrestar la lesividad de adoptar una medida.

En estos casos, se debe buscar un equilibrio entre la rendición de la cautela y el posible perjuicio que se ha de ocasionar. Existen legislaciones y dependiendo de la medida cautelar que se solicite, puede que se exija la garantía o se releve de su presentación, en este aspecto, no se podría asemejar a los demás presupuestos que deben existir. Para algunos basta con la presentación de la fianza, suprimiendo los demás presupuestos para conceder la medida.

En 1987, el Tribunal Constitucional de España eliminó en su sentencia 202-87 del

---

<sup>15</sup> PODETTI ( Ramiro), op. cit., pág 80.-

17 de diciembre la extensión del beneficio de justicia gratuita a la exigencia de fianza, considerando que no vulnera el derecho constitucional del acceso a la jurisdicción, ya que lo que importa es el daño que se pueda ocasionar y no debe intervenir la capacidad económica del petente<sup>16</sup>.

Al instante del decreto de la medida el juez debe fijar la fianza o en el caso que la ley las haya fijado, debe presentarse junto con la solicitud. Según Francisco Ramos, la fianza puede ser de cualquier tipo de las admisibles en derecho, a excepción de la fianza personal, incluyendo el aval bancario, la fianza pignoratícia y la hipotecaria<sup>17</sup>.

#### **D.- Constitucionalidad de la Tutela Cautelar**

Partiendo de que la justicia debe ser pronta y cumplida, siendo un derecho fundamental y conforme lo consagra el artículo 41 de la Constitución Política, se debe tomar en consideración lo previsto por la Sala Constitucional en materia de Medidas Cautelares, pues conforme al artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, sus resoluciones son vinculantes *erga omnes*.

Esta Sala se ha pronunciado al respecto en la sentencia 7190-94 de las quince horas con veinticuatro minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, que estableció: “ Las medidas asegurativas o cautelares, según la más calificada doctrina, surgen en el proceso como una necesidad que permita garantizar una tutela jurisdiccional efectiva y por ello se pueden conceptualizar como "un conjunto de potestades procesales del juez -sea justicia jurisdiccional o administrativa- para resolver antes del fallo, con el fin específico de conservar las condiciones reales indispensables para la emisión y ejecución del acto final".

---

<sup>16</sup> CALDERÓN, op. cit., pág. 57.-

<sup>17</sup> RAMOS MENDEZ ( Francisco), Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Justicia, 85, pág. 85.

Agrega la misma resolución en cuanto a sus caracteres: “ La doctrina entiende que la instrumentalidad y la provisionalidad son dos características fundamentales de las medidas cautelares y que sus principales elementos configurativos, exigen que deban ser: a) *lícitas y jurídicamente posibles*; b) *provisionales*, puesto que se extinguen con el dictado del acto final; c) *fundamentadas*, es decir, tener un sustento fáctico real con relación al caso particular; d) *modificables*, en el sentido que son susceptibles de aumentarse o disminuirse para adaptarlas a nuevas necesidades; e) *accesorias*, puesto que se justifican dentro de un proceso principal; f) de naturaleza *preventiva*, ya que tienen como objeto evitar inconveniencias a los intereses y derechos representados en el proceso principal; g) de efectos *asegurativos*, al pretender mantener un estado de hecho o de derecho durante el desarrollo del proceso, previniendo situaciones que puedan perjudicar la efectividad de la sentencia o acto final; h) ser *homogéneas* y no responder a características de identidad respecto del derecho sustantivo tutelado, con el fin de que sean medidas preventivas efectivas y no actos anticipados de ejecución”<sup>18</sup> ( la cursiva es de la redactora).

### **SECCIÓN 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL**

Ubicándonos en una materia impregnada de carácter social, es importante analizar si es posible la aplicación de todos las cuentas que se exigen en la sede civil, especialmente en lo tocante a lo económico. O como lo expresó Menéndez – Pidal, citado por Podetti, los obreros son, en general, de nulo poder económico<sup>19</sup>, por lo que la exigencia de una garantía patrimonial con los mismos lineamientos que en la materia civil haría nugatoria la posibilidad de que una sentencia sea efectiva.

---

<sup>18</sup> Esta disposición ha sido reiterada por la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, en la resolución No 3929-95 de las quince horas del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

<sup>19</sup> PODETTI, op. cit., pág 556.-

No obstante, es característica de todo derecho procesal el equilibrar las posiciones de las partes. Desde otro punto de vista, la ausencia de una fianza, sin observar los demás presupuestos para decretar una medida, también puede ocasionar al sujeto pasivo graves perjuicios. Siendo menester entonces, estudiar cada caso concreto, sin subestimar supuestos.

#### **A.- Aplicación de los presupuestos en la legislación laboral**

*Prima facie*, se debe indicar que en la legislación laboral, únicamente se regulan tres tipos de medidas, el embargo preventivo, el arraigo y la confesión prejudicial. No observa la orientación que proclama el Código Procesal Civil, resultando, sin mucho ahondar, que aquel cuerpo normativo es insuficiente para solventar las situaciones de urgencia que en esta jurisdicción se puedan dar.

En el acápite de medidas cautelares del cuerpo de leyes laborales, se explica de forma somera los presupuestos que la doctrina ha exigido para declarar una medida, al indicar que el arraigo y el embargo preventivo serán procedentes, *sin necesidad de fianza o garantía*, si el actor se compromete a presentar su demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes y si dos testigos declararan, a satisfacción del Tribunal de Trabajo, sobre *la veracidad del hecho o hechos en que el pedimento se apoya*. Así se desprende del articulado 455.

Con la redacción de esta disposición, se cumple uno de los presupuestos más importantes y de los cuales resulta ineludible desatender, sea la acreditación de la apariencia del derecho, especialmente en este caso que no se exige garantía o fianza, siendo necesario, entonces, revisar el cumplimiento de los otros presupuestos para decretar la orden precautoria.

En el párrafo citado no se hace referencia acerca del peligro de la demora en el dictado de la sentencia, el cual puede entenderse implícitamente pues

derivándose las pretensiones de una relación laboral, la naturaleza de éstas es asistencial y alimentaria, ello en virtud de que generalmente son producto de la contraprestación del servicio prestado, como es el salario, única forma de ingreso económico del trabajador para sobrevivir tanto él como su familia.

Distinta podría ser la situación cuando se presenta la solicitud en el curso del proceso, pues con los hechos de la demanda y la prueba aportada en autos, es posible verificar la apariencia del derecho, esto es, consideramos que cabe la posibilidad en estas circunstancias de no aportar los dos testigos como lo exige el 455. Aclaremos que esto es así en el único caso de que en los autos exista prueba al respecto, en razón de ello y como acertadamente el 457 establece que, conforme al mérito de los autos, se podrá decretar y practicar embargo. *A sensu contrario*, si no hay prueba ni elemento alguno que justifique decretar un embargo, será necesario requerir los dos testigos como lo enuncia el 455.

En palabras de Calderón Cuadrado, no se debe olvidar que " la medida cautelar tiene una función que realizar, unos presupuestos que cumplir y unas características que la deben informar. La negación de estos elementos provocará la negación de su carácter tutelar"<sup>20</sup>. La situación que se da en nuestra normativa es que al no ser explícita sobre la regulación de las medidas ni de los presupuestos que deben coronarse, puede provocar un olvido de los elementos que la caracterizan, perdiéndose el sentido y hasta la finalidad de su dictado.

La decisión del juzgador no puede ser arbitraria ni discrecional al decretar el embargo, sino que debe tener un sustento fáctico y probatorio conforme a lo que se haya aportado en autos, además de que debe aplicar su criterio con base en la sana crítica racional, los principios de equidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Por otra parte, sí resulta en alguna medida discrecional - al no existir límite ni disposición expresa al respecto - la fijación del monto del embargo, el cual

---

<sup>20</sup> *Ibídem*, pág. 74.

dependerá de la cuantía de las pretensiones y la situación económica del accionado.

Como se refirió en líneas supra, se puede extraer que en el caso del arraigo y el embargo preventivo no es necesario el otorgamiento previo de la fianza, contrario a lo estudiado por la mayoría de la doctrina que expresa ser una necesidad. Sin embargo, agrega ese artículo de seguido que ello será así si el trabajador se compromete a presentar la demanda dentro de las veinticuatro horas y si presenta dos testigos. Es decir, procede a exigir como requisito para su aprobación, la acreditación de los otros presupuestos integrantes de las medidas, por ello es tan imperioso la verificación de éstos.-

En materia laboral, al gestionante de una medida precautoria así como al juzgador que se llame a decretarla les recae mayor responsabilidad para acreditar los presupuestos que la norma les exige en virtud de que, al no requerirse la garantía, el sujeto pasivo de la medida queda en una significativa desventaja al no poseer en forma previa cómo cobrar la indemnización por los daños causados por la realización de una medida injustificada o no sustentada en ningún derecho.

Así es, en consideración con las características de este procedimiento, al decretarse en ausencia de la audiencia a la contraparte; sin que se haya acreditado el derecho a través del debido proceso, sin una sentencia firme; al ser provisional y; aunado a todo ello, no se rinda alguna garantía, se fractura el equilibrio entre las partes, quedando sin duda alguna el sujeto pasivo en un estado de desventaja.

En lo tocante a las probanzas, se mantendría esa libertad que permite el numeral 493 del Código de Trabajo, al permitirle apreciar la prueba en conciencia, sin sujeción a las normas del Derecho Común, aplicando claro está, en ambos casos, la normas de la sana crítica racional.

Al respecto, Podetti había considerado sobre la procedencia de las medidas cautelares en el proceso laboral vigente en su época que “ como el derecho procesal se caracteriza por el mantenimiento del equilibrio del derecho de las partes, corresponderá al Juez, en cada caso, analizar la concurrencia de los presupuestos de las medidas cautelares, y según sea el grado de verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora; graduar la exigencia de la contra cautela o entender que basta la responsabilidad que la ley pone a cargo de quien la solicita”<sup>21</sup>.

En concordancia con lo expuesto, agrega el artículo 455, párrafo segundo, que se sancionará al gestionante en caso de que no presente la acción dentro del plazo de las veinticuatro horas. Únicamente en el caso de no presentarse la acción, se procederá a revocar – hasta de oficio- el auto de arraigo o de embargo, además de condenarse al actor a pagar los daños y perjuicios que se hayan irrogado al demandado. Esto es, el aseguramiento de la indemnización o sanción, es *a posteriori* de que haya sido decretada y no presentada la demanda.

Distinta es la realidad a lo dispuesto en la doctrina y el Código Procesal Civil, en que no sólo se condenará al actor en caso de no presentarse la demanda en tiempo sino también cuando la demanda se haya desechado definitivamente por sentencia firme. Además, indica el numeral 277 que se entregará lo depositado por la caución como indemnización fija, sin que por ello se coarte el derecho del perjudicado de exigir el saldo que se le adeude por los daños y perjuicios ocasionados por el embargo.

El Código de Trabajo no incluye esta última eventualidad, por lo que dejaría en total desventaja al sujeto pasivo de una demanda interpuesta sin razón alguna y en la que se había decretado embargo sobre sus bienes. Y es que no se puede menospreciar un acto de tal naturaleza en esta sede, pues qué pasaría si se

---

<sup>21</sup> Ibid, pág. 556.

secuestra la materia prima que requieren los demás trabajadores para poder desempeñar sus labores o si se embargan los dineros depositados en las cuentas bancarias de la empresa, los cuales estaban destinados a cancelarle los salarios a los demás compañeros de trabajo. Desde esta perspectiva, quedaría abierta la posibilidad de que la parte perjudicada pueda demandarlo en sede civil por los daños y perjuicios irrogados.

Un aspecto de especial relevancia es definir a partir de cuándo inicia las 24 horas que tendría el gestionante de la medida para presentar la demanda. El 455 indica que: “El arraigo y el embargo preventivo serán procedentes, sin necesidad de fianza o garantía, si el actor se compromete a presentar la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes y si dos testigos declararán, a satisfacción del Tribunal de Trabajo..”, lo que genera duda es sobre si inician con la presentación de la gestión o del decreto de la medida. Si se toma el primer supuesto, el plazo sería muy corto, casi imposible de atender. El segundo es más razonable, acorde con lo dispuesto en el artículo 243 del Código Procesal Civil.

Realizando un análisis de todo el articulado, especialmente del segundo párrafo, el cual refiere que si el actor no presenta la demanda, se revocará la medida y se condenará a pagar los daños y perjuicios, ergo, debe entenderse que el plazo de las veinticuatro horas empiezan a partir del decreto de la medida, pues si aún no ha sido practicada no existiría daño alguno. Para decretar la medida basta el compromiso del actor de presentar la demanda, no es necesario corroborar su cumplimiento, lo cual se hace después.

## **B.- DE LOS PROCEDIMIENTOS CAUTELARES**

Los Tribunales nacionales se han pronunciado sobre la naturaleza y aplicación de las medidas precautorias. En especial se ha tratado el caso del embargo preventivo y en menor medida el arraigo. No se conoce resolución alguna referente a la confesión judicial u otro tipo de medida.

## **i.- ARRAIGO**

El artículo 458 define el instituto demarcando que se podrá decretar hasta de oficio cuando el patrono:

- i.- se ausentare del territorio de la República
- ii.-estando pendiente de resolución un juicio de cualquier clase en los Tribunales de Trabajo, salvo el caso que
- iii.- deje apoderado con las autorizaciones y
- iv.- bienes necesarios para responder del resultado del mismo.

Este concepto es más amplio que el regulado en el Código Procesal Civil pues exige que el apoderado debe tener bienes necesarios para responder del resultado del proceso. Nos parece que lo anterior se puede substanciar con el embargo de bienes, así lo entiende la normativa civil, al disponer en su artículo 268 que quien solicite el arraigo, podrá solicitar el embargo de bienes". No se refiere a que el apoderado tenga que poner a disposición sus bienes, sino que esté autorizado para disponer de los bienes del patrono o empresa.

En el caso del arraigo cuando se pida al entablar la demanda se permite decretar sin más trámite ( artículo 456 del Código de Trabajo), es decir, no se exige que se cumpla ni se revise con alguno de los requerimientos para decretar una medida cautelar, lo cual se considera sumamente grave, pues es necesario corroborar los presupuestos.

Como se explicó líneas arriba, las medidas deben tener una causa y un fin, por lo que si se decretan sin realizar un análisis previo de su necesidad, se terminarían dictando sin coadyuvar a efecto alguno. Por ejemplo, si consta en el Registro respectivo que el patrono o empresa tiene varios apoderados con facultades suficientes y tiene suficientes bienes, es un desatino decretar el arraigo. Si así se hace, se impondría una carga a una parte que ha actuado conforme a derecho,

haciéndola incurrir en un esfuerzo irrazonable así como en gastos extras, en una situación donde el peligro de la demora no es ni presunto ni existente. Agrava la situación el hecho de no presentar fianza en materia laboral, lo que podría generar un mal uso de este instituto.

En similar discernimiento, manifiesta Parajeles Vindas sobre el decreto de arraigo, y conforme lo dispone el numeral 267 del Código Procesal Civil: " De acuerdo con la finalidad del arraigo, éste no procede cuando la persona tiene apoderado generalísimo debidamente inscrito en el Registro Público y además, tiene bienes inmuebles inscritos o muebles conocidos". Es con este entendimiento, que considero que la norma 456 se debe tener mucho cuidado. Si se estudia aisladamente podría hacer caer al juzgador en un error, pues se pervertiría la finalidad del arraigo. Siendo así consideramos prudente aplicar supletoriamente lo regulado en el Código Procesal Civil que tiene una visión más amplia.

Precisamente en el numeral 270 del Código Procesal Civil se establecen los requisitos para sancionar al arraigado y las consecuencias de no nombrar apoderado, siendo el cuerpo de leyes laborales omiso al respecto. En primera instancia se requiere que al arraigado le sea notificado personalmente la prevención de nombrar apoderado. La notificación tendría que realizarse con base en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Judiciales. Cumplido éste requisito, y en caso de no nombrar apoderado, la sanción será, según el tenor de la demanda, el pago de las costas personales y procesales.

Cabe mencionar que el arraigo sólo es procedente si la parte se encuentra en el país, caso contrario, acreditándose que ya salió del territorio nacional, procederá resolver el asunto como una ausencia y no bajo las normas del arraigo, así lo regula el párrafo segundo del artículo 270 del Código Procesal Civil. Aparte de ello, en materia civil sí se exige garantía que el juez deberá fijar prudencialmente.

Se debe añadir que la declaratoria de arraigo, no implica alguna restricción para que el patrono pueda salir del país, es una simple prevención que debe cumplir con sanciones procesales como lo sería tener por contestada la demanda si no contesta dentro de plazo otorgado por el emplazamiento.

El Tribunal de Trabajo se ha pronunciado en los Votos No 373 de las nueve horas veinte minutos del diecisiete de mayo de 1990 y 694 de las ocho horas quince minutos del veinticinco de agosto del dos mil, definiendo el arraigo como “ la prevención que el Juez le hace al demandado, de que debe estar a derecho con el nombramiento de un representante legítimo suficientemente instruido para sostener el proceso”.

Agrega ésta resolución, que el artículo 451 del Código de Trabajo establece las condiciones para decretarlo, por lo que: “ Lo anterior quiere decir que el arraigo, como medida cautelar que es, tiene como finalidad prevenir al demandado, cuando haya temor de que se ausente del país, para que se ponga a derecho nombrando un representante legal, suficientemente instruido, que le haga frente al proceso, que en su contra se va a instaurar o que se está promoviendo, con la advertencia de que el decreto que se haga no significa, en ningún caso un impedimento para abandonar el territorio nacional. El Código de Trabajo, por la especialidad, amplía el instituto diciendo que, a partir del nombramiento de apoderado, debe dejar bienes necesarios para responder del resultado del juicio”.

Se hace referencia al objeto del proceso, indicando que Caravannes, citado por Eduardo Pallares, en su obra Diccionario de Derecho Procesal Civil (...) dice: “El objeto de la caución de arraigo, es evitar que entablado demanda los extranjeros contra los naturales del país, puedan burlar los efectos de la sentencia contraria, marchándose del reino sin dejar seguridad ni persona alguna para el pago de las costas, intereses y perjuicios ocasionados por su demanda”. Con esta tesis, apreciamos que se estaría limitando el arraigo únicamente para las demandas

entabladas contra extranjeros, lo cual reduciría el ámbito de aplicación del instituto.

Finalmente, es importante anotar que el arraigo es procedente exclusivamente cuando el accionado es una persona física, no una jurídica, como así lo examina el Tribunal Superior Primero Civil, en su resolución de las diez horas con quince minutos del treinta de marzo de mil novecientos noventa y cinco, al indicar: " Es evidente entonces que tampoco cabe el arraigo contra la cooperativa por ser persona jurídica, la que en caso de quedarse sin su personero, son otros los medios que la Ley otorga para nombrarle sustituto".

## **ii.- EMBARGO.-**

Como ya se ha expuesto, el artículo 457 regula el embargo preventivo luego de haberse presentado la demanda. No se exige acreditación de fianza, pero sí es necesario analizar la prueba que obra en autos, para cerciorar la veracidad del hecho que se apoya. Se indica que se "podrá" por lo que resulta facultativo para el juez y únicamente en los casos que con la prueba aportada se desprenda la presunción del derecho y el peligro de la demora hasta el dictado de la sentencia.

Con respecto al embargo preventivo existe reiteración en considerar que se está " en presencia de una solicitud de un embargo de naturaleza cautelar, es decir, el aseguramiento de bienes con los cuales, eventualmente, se haría frente al pago de los derechos que pudiera tener el actor. Téngase en cuenta, como bien lo dispone el artículo 457 del Código de la materia, que en cualquier estado del juicio, los Tribunales de trabajo pueden a petición de parte y de acuerdo con el mérito de los autos, decretar y practicar embargo sobre bienes determinados. Pero ese "mérito" que se alude lo determinará el Juzgador discrecionalmente, con los elementos probatorios que se estimen necesarios, con el fin de proteger o asegurar los intereses del gestionante pero, también, sin menoscabar la

estabilidad económica de la parte demandada. Esta figura del embargo en esta materia ha sido de aplicación restrictiva, por cuanto no se debe propiciar con ello un desequilibrio entre las partes, convirtiéndose en un mecanismo que dé ventaja a una de ellas”<sup>22</sup>.

### **iii.- CONFESIÓN PREJUDICIAL:**

Con respecto a la confesión prejudicial como una prueba anticipada, no existe muchas referencias sobre su aplicación, no es de uso frecuente por los litigantes. Llama la atención, que en este caso, sí se exige una fianza de veinticinco colones<sup>23</sup>, en caso de que se solicite por segunda vez confesión prejudicial a la misma persona, aún cuando se pretenda fundamentar sobre hechos ocurridos con posterioridad o relacionados indirectamente con las primeras posiciones. Esta garantía tiene fin indemnizatorio, pues en caso de no presentarse la demanda se procederá a ejecutarla.

Se podría decir que es una excepción a la tendencia de no rendir caución, la cual se mantiene cuando se solicita por una sola vez la confesión anticipada. También se da una situación distinta con respecto a las otras medidas cautelares tipificadas y es en cuanto al plazo para interponer la demanda, pues se exige que se presente dentro del término de treinta días contados a partir de la última notificación y no veinticuatro horas como se requiere en el embargo y el arraigo.

No se conoce alguna revisión sobre una prueba anticipada como la confesional,

---

<sup>22</sup> En ese sentido se han redactado los Votos 296 – 1997 de las nueve horas veinte minutos del siete de marzo de 1996 del TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, SECCIÓN PRIMERA, DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, No 64 – 1997 del TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO, SECCIÓN SEGUNDA, DE SAN JOSÉ, de las ocho horas cincuenta minutos del veintiocho de enero de 1997 y el 921 –1997 de las nueve horas cinco minutos del trece de octubre de 1997.

<sup>23</sup> Recuérdese que el Código de Trabajo data del año 1943, por lo que una suma como la ahí establecida en su momento fue severa pero, con el transcurso del tiempo, ha perdido el valor.

en realidad, como se indicó líneas arriba, esta opción no es muy aprovechada por los litigantes en esta materia.

#### **iv.- ANOTACIÓN DE LA LITIS:**

La anotación de la demanda es una medida de seguridad a favor de quien la obtiene, precisamente por la publicidad que implica. Es importante tomar en cuenta que no impide la transferencia del bien afectado por ella, y a quien la adquiera ya no se le podrá tomar como poseedor de buena fe<sup>24</sup>.

Es frecuente que se solicite la anotación de la demanda en los procesos laborales, mas se debe tener en cuenta que ésta no se encuentra prevista en el Código de Trabajo, y con toda razón, en virtud de que no se enmarca en los postulados contemplados en el artículo 282 del Código Procesal Civil en relación con el 468 del Código Civil. Así es, orienta el primer numeral que si el autor de una demanda comprendida en los tres primeros casos del artículo 468 del Código Civil, pidiere la anotación provisional de ella, el juez, inmediatamente que reciba la solicitud, dirigirá un mandamiento al Registro Público para que se practique la anotación.

Si observamos el 468, los tres primeros incisos corresponden a demandas sobre propiedad de determinados bienes inmuebles o todo lo relacionado con los derechos reales de bienes inmuebles, las demandas sobre cancelación o rectificación de asientos del Registro y las demandas sobre declaración de presunción de muerte o cualquiera que se refiera a la capacidad de administrar y sobre la libre disposición de sus bienes.

En síntesis, la anotación de la demanda procede, generalmente, en los supuestos sobre pretensiones reales, que afecten los bienes inmuebles, ya sea en su constitución, modificación o extinción así como a cuestiones de capacidad de su titular. En el caso de las demandas laborales, éstas se refieren a la discusión de

---

<sup>24</sup> PODETTI (Ramiro), op. cit., pág. 354.

pretensiones personales, por lo que resulta improcedente tanto la solicitud de la anotación de la demanda como su decreto en un proceso laboral<sup>25</sup>.

## **v.- OTRAS OPCIONES CAUTELARES**

A pesar de que su uso no es muy extendido en sede laboral, según nuestra consideración, existe la posibilidad de plantear otras pruebas anticipadas aparte de la confesión prejudicial regulada en el Código de marras. Verbigracia, llamar a una parte a efecto de que reconozca un documento privado como se llamaría a una persona para declarar en confesión. El hecho de que no se encuentren reguladas por el cuerpo de leyes especializado, no puede ser óbice para rechazar una medida, cuando los presupuestos se cumplan. Es en ese sentido, que la aplicación supletoria de las normas procesales civiles resulta necesario y efectivo.

También consideramos aplicable, en materia laboral, que se solicite la exhibición de algún documento como escrituras, actas, correspondencia, libros, registros, recibos o finiquitos comunes a ambas partes, como se regula en el numeral 246 inciso 4 del Código Procesal Civil. Sobre este aspecto se ha establecido un trámite para la exhibición, se le otorga tres días a la parte contraria para que se manifieste, luego fijará día y hora en los que deba verificarse.

Es importante anotar que como sanción a esa no exhibición, el juez a petición de parte declarará al obligado responsable de los daños y perjuicios ocasionados con su falta, según la regulación que se haga en el proceso correspondiente y le impondrá, además, de uno a tres días multa. Si en laboral los derechos se encuentran tasados<sup>26</sup>, se debería analizar con cuidado este tipo de daños y

---

<sup>25</sup> Para Podetti es posible que la acción pueda ser real o personal, pero la consecuencia de su ejercicio debe ser la modificación de una inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

<sup>26</sup> Ejemplo de ello sería los daños y perjuicios en caso de ruptura anticipada de un contrato a plazo fijo, los regulados en el artículo 82, los otorgado en caso de despido sin justa causa a la trabajadora embarazada.

perjuicios, mas estimamos que sí es posible otorgar éstos, no importando que en la demanda se hayan pedido por otros motivos<sup>27</sup>.

Otras medidas cautelares regulada en la legislación civil que consideramos aptas e idóneas para ser aplicadas en materia laboral es la recepción de prueba testimonial, pericial, así como el reconocimiento judicial, si se cumplen con los presupuestos que exige el Código Procesal. No se omite rescatar que a pesar de ser una prueba anticipada la parte contraria debe estar presente, por lo que deberá ser citada, salvo en casos muy urgentes, lo que deberá revisar el juzgador. No obstante, deberá comunicársele a la contraparte dentro de los ocho días siguientes a su celebración.

Como proceso cautelar que es, se debe demostrar el peligro de demora, por tanto, se debe justificar la invocación de ésta, en caso de no ocurrir ese hecho que provocó la prueba, no tendrá ningún valor lo acontecido.

En cuanto al beneficio de pobreza discurrimos que no es de aplicación en el proceso laboral, ya que éste se encuentra amparado con el principio de gratuidad, eximiéndole de una serie de gastos, inclusive no es necesaria la asesoría letrada.

Con respecto al curador procesal, se debe tomar en cuenta que el adolescente mayor de quince años tiene capacidad procesal para actuar como lo establece el numeral 86 del Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Igual situación sucedería cuando se solicita los daños y perjuicios regulados en el artículo 82 y en el 94 bis, habiéndose pronunciado la Sala Segunda que sí es posible concederlos por dos razones distintas.

<sup>28</sup> Artículo 86°- Capacidad jurídica en materia laboral. Reconócese a las personas adolescentes, a partir de los quince años, plena capacidad laboral, individual y colectiva, para celebrar actos y contratos relacionados con su actividad laboral y económica y para demandar, ante las autoridades administrativas y judiciales, el cumplimiento de las normas jurídicas referentes a su actividad.

En lo que atañe a las personas menores de quince años de edad, es prohibido la prestación de servicios, sin embargo, en caso de implementarse y no existiere representante o tuviere opuesto interés, por ejemplo, que los padres o tutores sean los demandados, será necesario aplicar las normas del curador procesal.

Igual situación sucede con una persona ausente, debiéndose seguir el trámite establecido en el 262, y si es una sociedad o asociación sin representante legítimo, el procedimiento a seguir es la convocatoria a una junta de socios o miembros para que nombren representante, conforme a las disposiciones del 266. Este procedimiento sí es usualmente practicado en materia laboral.

## **vi.- RECURSOS**

Con respecto a la revisión de la resolución que ordene una medida cautelar, se da un quebranto a la norma general sobre apelaciones dispuesta en el artículo 500 del Código de Trabajo. A pesar de ser un simple auto que contiene una valoración, según el numeral 460 son apelables en el efecto devolutivo las resoluciones que se dicten de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 454 a 459, no importando si se admitió o rechazó la medida cautelar. El recurso deberá interponerse dentro del tercer día.

En la resolución de las nueve horas quince minutos del siete de junio de 1997, Voto 651, la cual definitivamente no comparto, se desestima un recurso de apelación por inadmisión interpuesto por el apoderado especial judicial del actor, en que se solicitaba que se admitiera un recurso de apelación de una resolución que rechazaba una medida cautelar de reintegro del trabajador a su puesto, ya que el juzgado lo había rechazado. El fundamento que se expresa es que al tratarse de un auto que no le pone fin al litigio, ni imposibilita su continuación no tiene apelación, es decir, se sustenta únicamente en lo previsto por los numerales 499 y 500 del Código de Trabajo, sin observar la norma especial del 460.

En otras ocasiones, se ha admitido y revisado los autos que decretaban o rechazaban una medida cautelar, confirmando o revocando lo dispuesto por el *a quo*<sup>29</sup>. Se estima que es un pronunciamiento muy peligroso para los derechos de las partes, siendo éste un procedimiento especial que a pesar de ser accesorio, el auto que decreta o rechaza la medida, produce efectos autónomos y de gravedad para éstas.

### **C.- LAS MEDIDAS CAUTELARES INDETERMINADAS O ATÍPICAS EN EL PROCESO LABORAL.**

Se debe recordar que las medidas cautelares pueden tender a un aseguramiento de los bienes o asegurar la ejecución de la resolución final. Las medidas cautelares indeterminadas, según Asencio, provienen del hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Civil no las menciona, autorizando al amparo de la finalidad dicha todas aquellas que según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la sentencia que en el juicio recayere<sup>30</sup>.

Si las medidas cautelares típicas serían aquellas cuyos presupuestos de hecho y consecuencias jurídicas se encuentran predeterminadas por la ley, en sentido contrario las indeterminadas, serían las que no se encuentran reguladas en alguna ordenanza.

El contenido de las medidas “es librado a la discrecionalidad y casuismo judiciales con fundamento en un poder general de cautela (*“numerus apertus”*) teniendo, únicamente, como parámetro objetivo la idoneidad o necesidad de la medida para

---

<sup>29</sup> Consultar Votos todos del TRIBUNAL DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, 694 de la SECCIÓN PRIMERA, a las 8:15 del 25 de agosto de 2000, el 423 de la SECCIÓN TERCERA del mismo Tribunal, a las 8:20 del 20 de abril de 2001, 1014 de las 11: 25 del 24 de octubre de 1997.-

<sup>30</sup> ASENSIO MELLADO, op. cit., pág. 106.

garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia de mérito<sup>31</sup>. Entonces, la tutela cautelar indeterminada está fundamentada en que se debe experimentar una transformación congruente con las pretensiones y necesidades de las partes. Los límites para su determinación sería el principio de razonabilidad, proporcionalidad, el derecho de defensa y la valoración de la prueba.

Como se expresó líneas arriba, en el Código de Trabajo únicamente se enuncian tres formas de tutela cautelar: embargo, arraigo y confesión prejudicial. No incluye ningún otro tipo contemplado en el Código Procesal Civil y mucho menos existe norma manifiesta que autorice ordenar las medidas cautelares indeterminadas o atípicas.

Sin embargo, es posible su aplicación si tomamos en cuenta el artículo 452 del Código Procesal Civil que le permite al juez de trabajo, cuando no contraríen el texto y los principios procesales, adaptar supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil. Agrega el numeral que en caso de existir omisión de procedimiento en el presente Título, los Tribunales de Trabajo estarán autorizados para aplicar las normas del referido Código por analogía o para “idear” el que sea más conveniente al caso, a fin de que pueda dictarse con prontitud la resolución.

En esta norma queda implícito el principio de celeridad y justicia pronta que debe imperar en todo procedimiento laboral. Ello con el fin de evitar algún perjuicio al trabajador que ha quedado cesante y sin forma de recibir ingresos.

El ordinal 242 del Procesal Civil le otorga imperio al juez para determinar las medidas precautorias que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una parte, antes de la sentencia, le cause al derecho de la otra parte una lesión grave y de difícil reparación. Agrega que para evitar el daño, el juez podrá

---

<sup>31</sup> Las Medidas Cautelares atípicas en el proceso contencioso – administrativo, Conferencia pronunciada en el Seminario de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa en Costa Rica, auditorio del Colegio de Abogados de Costa Rica, 18-22 de noviembre de 1996, sin autor, Pág. 174.

autorizar o prohibir la práctica de determinados actos, ordenar el depósito de bienes o imponer el otorgamiento de una caución. Esta norma es fiel reflejo de las características de las medidas cautelares, así como la apertura a considerar la diversidad de situaciones que pueden generarse y que se debe actuar en forma urgente.

En la jurisdicción civil no se contempla la exigencia de fijar una caución a efecto de admitir la medida, sin embargo, considero que es facultativo para el juez. Distinto es el caso en laboral, pues con base en el principio de gratuidad y lo regulado en el capítulo específico, se exime al actor de cumplir con esta norma, por lo que igual situación ocurriría con las medidas cautelares atípicas. A mayor abundamiento, si consideramos el artículo 494 del Código de Trabajo, en el que se eximía del afianzamiento de costas a las partes, norma que ya está en desuso, pero que permite entender el espíritu del legislador al redactar el procedimiento, sea que éste fuera en lo posible gratuito, salvo en aquellos depósitos que no es posible la exención como es el caso de los honorarios de perito.

Recordemos que la Recopilación de leyes laborales es muy antigua en comparación con la de la materia civil, por lo que es de entender que no contemple muchas innovaciones y no tuviera previsto los acontecimientos que se dan en el complejo quehacer diario. Resulta incomprensible que en una materia de tan renombrado carácter social, no goce de una norma que permita al juez decretar algún mecanismo cautelar indeterminado, y por el contrario, muchas otras jurisdicciones sí gocen de esa tutela. Empero, sería mucho más grave, el que por sobreponer una interpretación restrictiva y no aplicar supletoriamente las normas de la doctrina civil, no se sirva de éstas.

El Tribunal de Trabajo de San José no ha conocido un caso de una solicitud de medidas cautelares atípicas.

El Tribunal Superior Civil sí ha tenido conocimiento, siendo restrictivo y aplicando

debidamente las características de las medidas cautelares, al respecto ha explicado bastante el instituto facultativo, por lo que se procederá a transcribir la resolución, a pesar de ser algo extenso: “El método que implanta esquemáticamente el artículo 241 del Código Procesal Civil autoriza decretar medidas cautelares no tipificadas de antemano por ley. El prudente arbitrio, en sus sinónimos de racionalidad y decisión oportuna en un caso concreto, autoriza al Juez aplicar las que estime oportunas y procedentes al examinar demanda establecida o por impulsar. Son figuras carentes de vida jurídica autónoma, meros apéndices de un proceso principal ya instaurado. O del que se anuncie se promoverá en un futuro inmediato y dentro del plazo previsto por el ordinal 243 ibídem. En esta última hipótesis el interesado, es presupuesto indispensable, debe pormenorizar satisfactoriamente la causa petendi de la acción que aspira va a ejercitar.

(....) Persiguen descalificar una subasta ordenada extrajudicialmente según dictamina Corredor Jurado a tono con encargo que recibió y consiguientemente el procedimiento privado autorizado por el Código de Comercio en su artículo 311. No luce, a estas alturas, que aquellos hayan planteado la demanda matriz o que aspiren a hacerlo: Particularidades capitales a las que omiten hacer la más breve alusión. (...) Pero los juzgadores deben poseer plena cognición de la subsistencia de un proceso principal. O una sinopsis de la petición central del litigio al pregonarse que se entablará dentro del plazo legal. Tienen el primer lugar en importancia y se anteponen a medidas de prevención. Sólo así podría evaluarse, en situación similar a la sub examine, la apariencia del buen derecho que autorice conceder alguna medida cautelar atípica. Al estar ausentes las características adjetivas que echa de menos el Tribunal no queda más alternativa que confirmar, según razones que concede, el auto impugnado”<sup>32</sup>.

En otra resolución, se exige en forma estricta el cumplimiento de la accesoriedad e

---

<sup>32</sup> TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, San José, a las ocho horas cinco minutos del diecisiete de agosto del año dos mil uno, resolución No 997.

instrumentalidad del procedimiento cautelar: " De conformidad con lo dispuesto en el numeral 241 del Código Procesal Civil, las medidas cautelares si bien son procedentes antes o en el curso del proceso, es necesario que se refieran a un proceso principal instaurado o que se presentará y para lo cual se goza de un plazo fatal, artículo 243 ibídem.- Por lo manifestado por la actora no se vislumbra esa situación"<sup>33</sup>.-

Como medidas cautelares atípicas se podrían considerar:

- Las ordenatorias, sea emitir una orden al patrono de hacer, como prevenirle al patrono que entregue la carta de despido al trabajador indicando el motivo del despido, reinstalar al trabajador en caso de que la ley lo autorice.

- Las inhibitorias: correspondería dar orden al patrono de no hacer algo o imponerle a abstenerse, como prevenirle al patrono que no perturbe, maltrate al trabajador en sus labores, en los casos de La Ley contra el Hostigamiento sexual en el empleo y la Docencia, así como en los supuestos de prácticas laborales desleales.

Considero de especial aplicación éstas medidas en caso que intervenga la Administración Pública. Verbigracia, discuro posible declarar la suspensión del acto administrativo, como está contemplado en el artículo 91 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en los casos que ahí se autoricen y siguiendo el procedimiento establecido<sup>34</sup>.

En realidad, al ser el artículo 242 del Código Procesal Civil de carácter *numerus apertus*, dependerá eventualmente de la situación del trabajador, la creatividad de éste o del litigante.

---

<sup>33</sup> Consultar del TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SAN JOSÉ, el Voto 753 a las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de junio del año dos mil uno.

<sup>34</sup> Enuncia el 91.2 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que procederá la suspensión del acto cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil, pues la interposición de la demanda no impedirá la ejecución del acto.

**CAPÍTULO SEGUNDO:**  
**NATURALEZA PROCESAL DE LA SOLICITUD DE LA REINSTALACIÓN DE LA**  
**TRABAJADORA EMBARAZADA**

De conformidad con el artículo 94 del Código de Trabajo, reformado por la Ley No. 7142 de ocho de marzo de 1990, se establecen una prohibición a los patronos y dos procedimientos, uno administrativo y otro en sede jurisdiccional:

"Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81.

En este caso, el patrono *deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta.* Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora mientras se resuelve la gestión de despido. Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la C.C.S.S." .

La misma ley adicionó un 94 bis, el cual establece en lo que más interesa: "La trabajadora embarazada o en período de lactancia que fuere despedida en contravención con lo dispuesto en el artículo anterior, *podrá gestionar ante el Juez de Trabajo su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos.*

Presentada la solicitud el juez le dará audiencia al empleador en los siguientes tres días. Vencido este término, dentro de los cinco días siguientes, ordenará la reinstalación, si fuere procedente y, además le impondrá al empleador el pago de los salarios dejados de recibir.

En caso de que la trabajadora no optare por la reinstalación el patrono deberá pagarle, además de la indemnización por cesantía que tuviere derecho, y en concepto de daños y perjuicios, las sumas correspondientes al subsidio de pre y post parto y los salarios que hubiere dejado de percibir desde el momento del despido, hasta completar ocho meses de embarazo.

Siendo el texto del artículo 94 bis realmente escueto en cuanto a lo procesal, se le han dado una serie de interpretaciones, a efecto de discernir cuál es el procedimiento a seguir, convirtiéndose en tema de cuidado, pues según se observe la naturaleza del procedimiento así nacerán los efectos procesales y de fondo.

En el caso de la reinstalación de la mujer embarazada es una obligación de hacer, por lo que debe centrarse en asegurar la ejecución, en tanto que el acto de reinstalarla, la trabajadora cumplirá su prestación de servicio y consecuentemente tendrá derecho a su salario así como a encontrarse protegida por la Seguridad Social, elementos indispensables para la protección del niño concebido.

## **SECCIÓN PRIMERA: EL PROCEDIMIENTO Y ACTUACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA EN CASO DE DESPIDOS DE TRABAJADORAS EMBARAZADAS**

Lo regulado en el artículo 94 y 94 bis del Código de Trabajo no es una disposición aislada. Tiene su sustento en el derecho fundamental consagrado en el ordinal 51 de la Constitución Política, en el que se le propina una “protección especial” a la madre y el niño<sup>35</sup>.-

---

<sup>35</sup> EL artículo 51 literalmente refiere que la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y al enfermo desvalido.

El numeral 94 del Código de Trabajo le transmitió una labor especial a la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo en caso de que un patrono desee el despido de una trabajadora embarazada por motivo de una falta grave derivada del contrato de trabajo.

De esta disposición y de su consecuente aplicación se derivaron varias discusiones, llegando incluso una de ellas hasta la sede constitucional, pronunciándose la Sala en uno de los Votos más importantes en nuestra materia, el número 6262-94 en el que delimita los alcances del procedimiento administrativo y su resolución, disponiendo que lo resuelto por el Ministerio de Trabajo no puede tener eficacia de cosa juzgada<sup>36</sup>.

En el marco de estos avances doctrinarios y jurisprudenciales, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social procedió a emitir la directriz que comprende una serie de actividades de la Inspección de Trabajo contemplando dos procedimientos uno que lo gestiona el patrono y otro la trabajadora embarazada, es la Directriz No 1677 publicada en la Gaceta No 15 del veintidós de enero del dos mil uno<sup>37</sup>. Tácticas que, a pesar de que la finalidad y el espíritu sean positivos, provocan un retardo en la justicia, pues las resoluciones de esta institución no tiene coactividad y bien puede el patrono desobedecer su recomendación.

El Ministerio de Trabajo aunque deba cumplir el debido proceso, su pronunciamiento es sólo una sugerencia para el patrono, no tiene ninguna

---

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA, en Normas Básicas de Derecho Público de Rodolfo Saborío Valverde, 7 edición, San José, 2000.

<sup>36</sup> VEGA ROBERT concluye que entre los lineamientos que da la Sala Constitucional es que lo resuelto por el Ministerio de Trabajo en sede administrativa, no constituye cosa juzgada, y por consiguiente, no vincula obligatoriamente al Juez de Trabajo, en Jurisprudencia Constitucional Sobre el Despido de la Trabajadora Embarazada, en La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, Editorial EUNED, pág. 326.

<sup>37</sup> En dicha directriz se le da como competencia a la Inspección de Trabajo autorizar o desautorizar, con carácter de primera instancia, las gestiones patronales de despido contra una trabajadora en estado de embarazo.

posibilidad de obligar a éste a reinstalar a la trabajadora, en caso de haberse constatado un despido ilegal; por un lado, la trabajadora tendrá que recurrir a la jurisdicción laboral para entablar su demanda y reclamar sus derechos y el Ministerio de Trabajo en forma independiente o conjuntamente con la trabajadora podrán presentar la denuncia por una Infracción de una ley laboral prohibitiva.

Por otro lado, si el patrono se encuentra disconforme con lo resuelto por el Ministerio de Trabajo tiene dos opciones, atender ésta resolución o despedir a la trabajadora sin observancia de lo dicho por lo resuelto en sede administrativa y esperar a ser demandado.

#### **A.- PROCEDIMIENTO GESTIONADO POR LA TRABAJADORA EMBARAZADA EN CASO DE DESPIDO**

En el procedimiento en sede administrativa que interpone la trabajadora embarazada, por considerarlo violatorio al artículo 94, previamente se le aconseja que para estar protegida por la ley, debe comunicar que se encuentra embarazada, ya sea en forma personal, o por otros medios como carta certificada, al patrono o su representante.

Por otra parte, aunque esa notificación es informal, el patrono al momento de recibir ésta debe tomarla como cierta y no proceder de inmediato al despido, pues debe esperar a que la trabajadora le presente una certificación extendida por la Caja Costarricense de Seguro Social en un plazo razonable.

Existe una salvedad en cuanto al deber de comunicación, y es el caso de que manifiestamente se advierta el estado de embarazo, empero debe de aportar la certificación de embarazo, pues es un requisito dispuesto por ley.

En caso de que una trabajadora se presente se le recibirá una declaración, remitiéndola a la Inspección de Trabajo, en ese momento podrá aportar la

certificación. Tomada la declaración el Inspector procederá a investigar los hechos.

- i) Este inicia, para constatar los hechos denunciados, con la visita al centro de trabajo. Posteriormente y en caso de así determinarlo, le enviará al patrono o a su representante por medio de un “Acta de Inspección y Prevención” sobre la violación a la norma prohibitiva dispuesta en el artículo 94, concediéndole el plazo de dos días hábiles para que resuelva.

Cumplido el plazo, el Inspector verificará si la trabajadora aportó el correspondiente certificado o constancia médica de embarazo, por lo que procederá a visitar al patrono a efecto de constatar:

-Si fue reinstalada con el pago de los salarios caídos, por lo que en este caso únicamente se realizará un acta de archivo.

-En caso de que el patrono no la haya reinstalado, y la trabajadora no quiera reinstalarse en su puesto, así lo expresará ésta, quedando la posibilidad a la trabajadora de recurrir a la vía judicial. En tal situación, el Director Regional es quien debe archivar el caso.

-En el supuesto que el patrono se niegue a reinstalarla, el inspector levantará un Acta de Revisión y rendirá el informe correspondiente ante el Director Regional y se procederá a formular y presentar la acusación respectiva ante los Tribunales.

Si transcurrido ese plazo sin que existiese pronunciamiento, el patrono podría incurrir en dos tipos de infracciones:

- i) Despedir a la trabajadora en estado de embarazo teniendo conocimiento del mismo, sin que alegue causa justificada o;

ii) Despedir a la trabajadora en estado de embarazo teniendo conocimiento del mismo, alegando causa justificada sin que realice la gestión de autorización de despido ante la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo<sup>38</sup>.

El patrono puede oponerse al acta de prevención antes citada, por medio de un recurso de revocatoria y apelación.

#### **B.- PROCEDIMIENTO INCOADO POR EL PATRONO PARA AUTORIZARLO AL DESPIDO DE UNA TRABAJADORA EMBARAZADA:**

En primera instancia, a efecto de que el Ministerio de Trabajo de traslado a la gestión, se debe aportar por parte del interesado, la certificación de personería jurídica vigente en caso de ser planteado por una persona jurídica o poder que lo faculte a actuar.

El patrono al considerar que la trabajadora cometió una falta grave, procederá a solicitar a la Inspección de Trabajo la autorización del despido, por medio de una gestión explicando en forma clara y concisa lo relativo a los hechos, así como la causal o causales en que se fundamenta, ofreciendo la prueba que considere oportuna.

El inspector de trabajo deberá citar tanto a la parte patronal como a la trabajadora para celebrar una Comparecencia Oral y Privada, cuyo objetivo fundamental es la de recibir todas las pruebas de cargo y descargo y que la parte afectada pueda ejercer el derecho a su defensa. En esta comparecencia se gestionará la posibilidad de un arreglo. Luego de recibida la prueba de cargo y descargo, se analizará ésta, emitiendo un informe razonado dirigido al Director Regional, en el que incluirá su criterio referente a si se debe autorizar o no el despido sin responsabilidad patronal, quedando a criterio de éste último si mantiene lo

---

<sup>38</sup> Directriz publicada en la Gaceta No. 15 del 22 de enero del 2001.-

externado por los Inspectores.

El Director Regional es quien finalmente resuelve si se autoriza o no el despido. Resolución que podrá ser recurrida en un plazo de tres días hábiles. La apelación la conocerá el Director Nacional e Inspector General de Trabajo, quien confeccionará el proyecto de resolución que será presentado ante el Ministro de Trabajo y Seguridad Social para que éste resuelva en última instancia, y dé por agotada la vía administrativa.

La directriz establece como máximo un plazo no mayor de cuarenta y cinco días naturales, a partir de la fecha de recibo de solicitud, lo que correspondería aproximadamente a un mes y medio. Si partimos de que mientras la trabajadora conoce su estado de embarazo, ocurren los hechos que provocan el despido ilegal y presenta la denuncia ante el Ministerio de Trabajo y éste resuelve en definitiva, han transcurrido por lo menos cuatro meses, quedándole a la trabajadora únicamente otros cuatro meses de gestación con posibilidad de desempeñar sus labores bajo el fuero de protección.

Otro aspecto que se debe rescatar, es cuando se solicita la suspensión de la trabajadora ( con goce de salario) conjuntamente con la autorización del despido sin responsabilidad patronal, mientras se tramita o se resuelve el despido, el Inspector conjuntamente con el Director Regional, aprobará o no tal petición, lo que se le hará saber a las partes dentro del mismo documento de citación a la comparecencia oral y privada.

Con la redacción de la norma, parecería concluirse que también existe prohibición de suspender a la trabajadora ya sea con goce o sin goce de salario, cuando no haya autorización por parte del Ministerio de Trabajo. No obstante, se debe recordar que la aplicación de las suspensiones en el puesto a un trabajador en caso de investigación por una comisión de una falta, siempre será “con goce de

salario”<sup>39</sup>, es una interpretación de la Sala Constitucional, jurisprudencia que precedió al dictado de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer<sup>40</sup> que incorporó esta orden.

Por ser de obligatorio pronunciamiento las resoluciones constitucionales, al haber “modificado” el entendimiento de las suspensiones de los puestos en caso de investigación por la comisión de una falta, entonces, todas las suspensiones son con goce de salario y, por consiguiente, no afectan económicamente al trabajador; consideramos que la gestión del patrono ante el Ministerio de Trabajo para autorizarlo a suspender al empleado no tiene sentido. Se le estaría exigiendo un esfuerzo mayor al patrono, quien tiene la facultad de suspender a efecto de proceder con el debido proceso y, en todo caso, no se le estaría causando algún perjuicio a la trabajadora al omitir tal gestión, pues se le está retribuyendo económicamente sin que preste servicio.

En otras palabras, la gestión de autorización de la suspensión de la trabajadora era viable cuando existía la posibilidad de suspensión sin goce de sueldo, pero ahora que no lo es, resulta burocrática tal exigencia, que de por sí no contiene ninguna sanción.

En síntesis, el procedimiento ante el Ministerio de Trabajo resulta engorroso, provocando un retraso y una expectativa, que nada resuelve – salvo en caso de las conciliaciones- pues sus pronunciamientos no tienen forma de ejecutarse, si no es voluntariamente. Y, como lo medita Vega Robert, lo que resuelva el Ministerio tiene carácter preventivo y temporal y puede ser revisado en sede jurisdiccional<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Al respecto es posible consultar, de la SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, los Votos No. 894-93 de las 9:36 horas del 20 de febrero de 1993 y No. 293 de las 15:05 horas del 7 de febrero de 1992.

<sup>40</sup> Esta Ley fue aprobada el 2 de marzo de 1990 y publicada en el Diario Oficial No. 59 del 26 de marzo del 1990.

<sup>41</sup> VEGA ROBERT ( Rolando ), El Despido Discriminatorio de la Trabajadora Embarazada, San José, IJSA, 1995, pág. 42.

## **SECCIÓN SEGUNDA: EL PROCEDIMIENTO DE REINSTALACIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA EN SEDE JURISDICCIONAL.**

Es en el párrafo primero del artículo 94 bis del Código de Trabajo, dónde se establece que la trabajadora *podrá gestionar ante el juez de trabajo su reinstalación inmediata en pleno goce de todos sus derechos*. Se pretenderá verificar, en este estudio, la naturaleza de esa disposición.

### **A.- BIENES JURÍDICOS QUE PROTEGE**

#### **I.- LA VIDA Y DERECHOS DEL NIÑO CONCEBIDO.**

La mujer embarazada tiene un ser humano en su vientre, el cual es una persona a la que debe otorgársele toda la protección necesaria para su pleno desarrollo. Tanto la normativa nacional como internacional convienen que el concebido es persona. La Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>42</sup> expresa que persona es todo ser humano, y que tiene derecho a que se respete su vida, derecho protegido a partir del momento de la concepción.

El Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>43</sup> considera como niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos. Se ha reconocido que quien está por nacer ostenta una realidad, es una vida humana genéticamente individualizada. Al declarar nuestro ordenamiento al concebido como persona, conlleva a tenerlo como un sujeto y que se le deberá proporcionar de basta protección tanto por las leyes, operadores del derecho y la comunidad,

---

<sup>42</sup> CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ), fue aprobada y convertida en la ley de la República No. 4534, en vigencia del 20 de febrero de 1970.-

<sup>43</sup> Artículo 2 de Ley No. 7739, publicada en la Gaceta del 6 de febrero de 1998.-

estableciendo garantías para estos derechos. Derechos que ostentan una tutela especial conforme lo ha ungido la misma Constitución.

El mismo Código de la Niñez establece como principio que toda acción pública o privada concerniente a un niño - incluido por ende a una persona concebida - deberá considerar el Interés Superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

Se debe tomar en cuenta que el concebido, como el niño recién nacido, es una persona que está totalmente impedida para defenderse, dependiendo en lo absoluto de su madre.

Existe un ligamen entre madre y feto, en donde todas las emociones, sufrimientos así como el propio alimento de la madre serán recibidas por el *nasciturus*.

Es deber de la madre, carga ineludible por naturaleza, de cuidar al concebido. Para ello, la madre necesita de plenas condiciones económicas y emocionales, para así compartirlo con su hijo. Una de los mecanismos eficaces para lograr ese objetivo es por medio del trabajo que permite obtener, aparte de otros beneficios, los recursos necesarios para sobrevivir. Y es que esa supervivencia no involucra solo a la trabajadora sino también a su hijo<sup>44</sup>.

La Sala Constitucional por su parte, considera que el derecho de la pensión alimentaria por los propios valores y derechos fundamentales, vinculan ese derecho de los más débiles y esa obligación de los más fuertes a la dignidad natural de la persona humana, dignidad que justifica suficientemente disposiciones urgentes como las previstas en la Ley de Pensiones Alimentaria. Reconoce

---

<sup>44</sup> Al concebido le favorecen derechos como el de la vida, donación y otros, así como le favorecen otros de que goza a través de la madre en tanto depende de ella para su subsistencia en el claustro materno, al respecto FERNÁNDEZ SESSAREGO ( Carlos),

además la Sala que los alimentos son indispensables para la subsistencia y la supervivencia misma de los acreedores alimentarios, comúnmente *menores incapaces de atender su manutención*, o mujeres incapaces por sí solas de atender a sus hijos <sup>45</sup>.

Siguiendo esta línea de pensamiento, es generalizado que se critique a las mujeres que no aportan su cuota económica para los niños, mas su situación frente al trabajo – como lo explicaremos más adelante – es desventajosa y discriminatoria. No obstante, ante esa situación, es injustificable que las madres en estado de embarazo no colaboren a su propia manutención así como la de su hijo, salvo en algunos casos que por situaciones especiales les resulte imposible o perjudicial para su vida o la del niño.

El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad, y en concreto directamente con sus hijos, como lo sanciona el artículo 56 de la Carta Magna. Por tanto, el empleador se liga a que ese deber pueda ejercerlo la madre. Si obviamos esto, estaríamos negando la situación de sujeto del *nasciturus* y, consecuentemente, trasgrediendo derechos fundamentales y normas de interés público.

## **II.- LA NO DISCRIMINACIÓN POR CUESTIONES DE GÉNERO**

La discriminación hacia las mujeres en el mundo laboral tiene raíces muy profundas, pues nace de una concepción interna en los patronos y empresas en la que, para ser un trabajador ideal se deben cumplir ciertos requisitos, los cuales vienen dados por prototipos masculinos, excluyendo por ende a las mujeres<sup>46</sup>.

---

Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y Comentarios del Libro I del Código Civil Peruano, Lima , se, sf, pág. 29.-

<sup>45</sup> SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No 1725 de las quince horas veintiún minutos del doce de abril de 1994.

<sup>46</sup> Considera Montenegro Espinoza, que la igualdad de género sin discriminación requiere primero que la norma del trabajador ideal sea sustituida con una que no exija de las

Hasta que esa concepción masculinizada del trabajador ideal se desvanezca, mientras los estereotipos sexuales no subsistan como normas, podrá haber un adelanto en materia de equiparación de géneros.

El aumento en la incorporación de la mujer en el mercado laboral, el aceleramiento de las economías, las exigencias impuestas con la competitividad y la globalización, hacen que la oferta de los empleos sean menores que su demanda. Todo ello provoca que la estabilidad en el empleo sea más insegura. La situación se agrava cuando existe un porcentaje muy alto en que los hogares están sostenidos por una mujer, que ésta sea la única que aporta los recursos económicos para sobrevivir tanto ella como sus hijos.

La discriminación en el ámbito laboral no es un simple argumento, según un estudio de la Organización Internacional del Trabajo: “ El ámbito laboral es el espacio donde de manera más contundente se expresa la significación de la dimensión de género en la compensación de la desigualdad y la exclusión social y las mujeres, de todas las edades y niveles educativos, son a las que mayores obstáculos tienen para el acceso al empleo y las más afectadas por el desempleo”<sup>47</sup>. No es de extrañar que de 1.300 millones de pobres que existen en el planeta, el 70% sean mujeres<sup>48</sup>.

Aunado a ello, la discriminación de la mujer embarazada está latente en todas las áreas laborales. Esta situación provoca que los derechos fundamentales sean transgredidos diariamente.

---

personas que trabajan, el poder social que tiene el sexo masculino, sin otros privilegios accesibles a la mayoría de éstos y a muy pocas mujeres. Al respecto se puede consultar MONTENEGRO ESPINOZA (Lourdes), La Perspectiva de Género en los Procesos Discriminatorios por Hostigamiento Sexual. Trabajo Final de Graduación, Universidad Estatal a la Distancia, 2003, pág 33.

<sup>47</sup> ¿Por qué la inclusión de la mirada de género? Página de la Organización Internacional del Trabajo, En.../getmsg?curmbox=F000000001&a=93ceff188339e1442fe74fad9f977db&msg=MSG105076, 19/04/03.

<sup>48</sup> *Ibíd.*

El artículo 33 de la Constitución Política proclama que toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. Este es el apoyo inicial que lucha contra la discriminación.

La Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la cual fue ratificada por nuestra Asamblea Legislativa, en su artículo 11 obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo con el objeto de asegurar a la mujer condiciones de igualdad con los hombres. Complementa este numeral el fundamento jurídico contra la discriminación hacia las mujeres en estado de gravidez, indicando que a fin de impedirla los Estados Partes tomarán las medidas adecuadas para prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad<sup>49</sup>.

La Promulgación de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer No. 7142 ha sido una reacción ante tal problema social. Con similares finalidades, se encuentra la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia.

Recientemente se adicionó al Código de Trabajo un título sobre la prohibición de discriminar, en que se proscribe toda discriminación por género y otro tipo de diferencias. A pesar de esta adición sobre la prohibición de la discriminación, se omite definir en que consiste la no discriminación. Entonces, será necesario que a través de toda la normativa se puedan identificar algunos casos concretos de discriminación, así como la labor de los Tribunales será elemental para poder definir que es discriminación, y especialmente de género<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Asimismo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tiene presente en su Preámbulo que la maternidad tiene una importancia social, el papel que ha de desempeñar la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, conviniendo los Estados Partes que deben adoptar las medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíba toda discriminación contra la mujer.

<sup>50</sup> Esta Convención define en su primer artículo que la discriminación contra la mujer denota 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,

Con respecto al derecho al trabajo, la normativa constitucional, se compromete a que las leyes darán protección especial a las mujeres en su trabajo (artículo 71).

En concordancia con este marco normativo se encuentra la prohibición al despido a una trabajadora en estado de gravidez, salvo que exista una falta grave. En caso de transgredir esta prohibición el patrono tendrá que reinstalar a la trabajadora en caso de que así ésta lo requiera o deberá sufragar con una indemnización a la trabajadora. Ello debe ser así, pues la madre por su estado especial no podría sin un trabajo cumplir con su obligación de madre y hacerle frente a los gastos especiales que provocan la maternidad.

El trabajo proporciona una serie de beneficios tanto a la madre como al hijo no nato, como por ejemplo, mientras preste su servicio, también estará bajo la protección de la Seguridad Social y si es despedida, ya no podría cotizar y tener derecho a que sea atendida por la institución. La protección de la maternidad (natural, por adopción o acogimiento), en sentido estricto, sería materia propia de la ordenación de la seguridad social. Sin perjuicio del importante entramado sanitario, la seguridad social cubre mediante prestaciones económicas, el estado de necesidad presunto que se produce como consecuencia de la pérdida temporal de los ingresos.

## **B.- INCIDENTE O PROCEDIMIENTO AUTÓNOMO**

A causa de la redacción tan desdichada del artículo 94 bis y especialmente por su ubicación, a este procedimiento especial se le ha dado muchas nominaciones como diligencias, incidente o medida cautelar.

---

independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre el hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil en cualquier otra esfera.

Entre ellos, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en su resolución No.13 de las 15: 30 horas del 11 de enero de 1995 consideró como un incidente el procedimiento especial de reinstalación contemplado en el Código de Trabajo, indicando que no se debe remitir a la usuaria a dos procesos, sino que se debe agotar en uno solo, un ordinario y otro incidental. Indica el Voto citado, que la reinstalación y demás reclamos por finalización de la relación laboral, deben analizarse en forma conjunta, obviamente por los trámites previstos para cada uno de ellos.

Se ha identificado como un incidente, seguramente por la coincidencia en el plazo de la audiencia de tres días que sugiere el Código Procesal Civil. Sin embargo, se debe recordar que no está contemplado en nuestro ordenamiento el incidente autónomo, debiendo existir un proceso principal que le dé sustento; y el artículo 94 bis únicamente establece que la trabajadora podrá gestionar ante el juez de trabajo, su reinstalación inmediata, presentada la solicitud, el juez le dará audiencia al empleador y ordenará la reinstalación si fuere procedente. *Ergo*, no exige esta norma la interposición de un proceso previo, siendo entonces posible - con una interpretación a contrario sensu - que la trabajadora no se encuentra vedada o impedida para plantearlo en forma anticipada al proceso principal.

La Sala es enfática en catalogar que si el artículo 94 bis del Código de Trabajo, prevé un trámite especial, ha de entenderse que es una **petición incidental**, dentro del proceso ordinario y que, aunque eventualmente podría dejar carente de interés las demás peticiones, ambas deben ir unidas, siempre que la parte las haya solicitado en forma amplia, como en el presente asunto.-

En la resolución citada la Sala se refiere tanto a proceso especial como a incidente. Indica que en éste únicamente debe tramitarse la reinstalación, los otros pedimentos derivados de ese pronunciamiento, se deberán tramitar en la vía ordinaria. Sin embargo, no explica con claridad, la naturaleza y efectos de ese

procedimiento.

Por otra parte, el Doctor Luis Fernando Salazar Alvarado, en su reciente obra, no conculca con el planteamiento de la Sala<sup>51</sup>, sino que sostiene que debe ser considerado como una medida cautelar.

La posición de Rolando Vega Robert es más enfática al manifestar que no considera acertada la tesis de que esa pretensión tenga que ser tramitada en la vía incidental, ya que el incidente implica un proceso especial para discutir cuestiones accesorias dentro de un proceso, es decir, presupone un proceso ordinario<sup>52</sup>.

El numeral 94 hace ver que el proceso es urgente, pues prima la reinstalación con pleno goce de sus derechos y que por ser este fuero de protección temporal, es necesario la especial y limitada revisión de los presupuestos para ser reinstalada la trabajadora. El incidente, aunque por estar contenido en el Título de procesos especiales y tener plazos más cortos que los demás, con su finalidad y contenido no implican que pueda tramitarse con esa especial premura que deja entrever la norma laboral.

Como corolario de lo expuesto, la naturaleza del incidente, como lo refiere el ordinal 483, es que la pretensión tenga relación inmediata con la pretensión principal o con la validez del proceso. En el caso de la solicitud de reinstalación embarazada, ésta no es que tenga relación con la pretensión principal sino que viene a ser una de sus peticiones, es homogénea a aquella.

En conclusión, estimamos que el proceso especial incidental no es apto para tramitar la reinstalación de la mujer trabajadora, ni ningún otro tipo de reinstalación. No es razonable que en un incidente solo se tramite una pretensión

---

<sup>51</sup> SALAZAR ALVARADO (Luis Fernando), Despido y Reinstalación de la Trabajadora Embarazada, San José, Costa Rica, Editorial Porvenir, pág 23.

y en el ordinario se conozcan las demás, lo que ocurriría es que la prueba en el ordinario no sería aplicable para conocer la reinstalación, la que al final quedaría sin sustento probatorio conforme a las reglas del debido proceso.

### **C.- MEDIDA CAUTELAR**

Explicado en forma detallada las características y presupuestos de la medida cautelar así como su objeto, si estudiamos el procedimiento establecido en el artículo 94 bis, se puede concluir que la naturaleza de éste es cautelar y, por ende, es posible aplicarlo con todas las particularidades de esa forma de tutela.

La necesidad de reinstalar a una trabajadora y que reciba su salario regularmente es una de las prioridades que se deben tener en cuenta, especialmente si ya la trabajadora recurrió a la sede administrativa y la investigación se ha extendido por mucho tiempo.

Precisamente, tomando en consideración los bienes jurídicos y derechos fundamentales que protege debe existir una reacción ágil y eficaz por parte de la Administración de Justicia que debe buscar que la reinstalación de la trabajadora sea actual y efectiva.

La intervención de las medidas precautorias resulta constitucionalmente obligatoria cuando exista un peligro inminente, cuando pueda perjudicarse y hasta extinguirse un derecho subjetivo o un interés legítimo. Es aquí cuando la justicia pronta y cumplida debe exteriorizarse, sin protesta alguna.

La medida cautelar no resuelve el problema o viene a sustituir la sentencia, tampoco permite que los procesos se aceleren, pero sí contribuye a atenuar los efectos del retraso desmedido y en algunos casos inevitable de la ejecución del fallo.-

---

<sup>52</sup> VEGA ROBERT ( Rolando), op cit, pág 42.

Valoramos que la reinstalación de la trabajadora embarazada es una medida cautelar atípica, no por estar ausente en la legislación, sino por estar redactada y ubicada en forma inconveniente en la normativa. No se establecen los presupuestos para decretar la reinstalación ni se explica en forma correcta el procedimiento. Nótese que se regula un mecanismo procesal, fuera del título sobre el procedimiento en el Código de Trabajo. Además, el mismo capítulo que sistematiza las medidas cautelares en esta materia es omisa en contemplar la tutela cautelar atípica.

Por ello, queda el juez librado a la discrecionalidad, bajo los parámetros de aplicación de los presupuestos, la idoneidad o necesidad de la medida que buscaría garantizar provisionalmente la efectividad de la sentencia. Con base en los poderes del administrador de justicia y la facultad que concede el artículo 452 párrafo segundo, es posible dar sustento al proceso que formuló la adición al artículo 94.

Si se aprecia la reinstalación de la trabajadora embarazada como una medida cautelar atípica, es posible identificar las características y los parámetros de éste instituto, los cuales enmarcan perfectamente:

a.- Características de las medidas cautelares aplicables a la reinstalación:

- La instrumentalidad: El decreto de la reinstalación no puede ser autónomo, debe responder a un proceso principal en donde se cumpla con el debido proceso y la defensa sea más amplia. Considerar que el proceso de reinstalación es autónomo, sin necesidad de plantear que el proceso ordinario va en contra de los derechos fundamentales y las normas procesales en las que se le debe dar a la contraparte todas las posibilidades para defenderse y aportar la prueba.

Si consideramos que la naturaleza de la reinstalación es una medida cautelar

se aprecia mejor su finalidad, sea la de asegurar la resolución de la sentencia estimatoria y que la empleada perciba ingresos mientras se encuentra en estado de embarazo.

- La provisionalidad: Por haber sido dictada en forma urgente y rápida, debe tener carácter provisional y se extinguirá en el momento en que una sentencia firme sea ejecutada o que por algún motivo el asunto se dé por terminado.
  
- Homogeneidad con las medidas de ejecución: ciertamente la declaratoria de reinstalación se dirige a anticipar los efectos de una sentencia a futuro afianzando el cumplimiento de ésta. Tanto medida como sentencia deben pronunciarse acerca de una obligación de hacer ( readmisión) y consecuentemente de liquidar (entregar los salarios).
  
- *Inaudita altera parte*: Precisamente en el caso de la reinstalación no se aplica esta singularidad, pues expresamente la Ley regula que se le debe otorgar una audiencia de tres días a la contraparte. Sin embargo, ésta no es una característica obligatoria, pues como en el caso de las pruebas anticipadas, verbigracia, la exhibición de libros, se le confiere una audiencia a la parte. Si bien, en las medidas atípicas la legislación civil no contempla la posibilidad de audiencia, ésta como un caso expreso por ley sí la contiene.
  
- Accesoriedad: Aunque la normativa laboral no lo expone claramente, es necesario ventilar la discusión de la reinstalación en un proceso ordinario. Debe en estricto sentido, existir un proceso principal, pues se estaría omitiendo especialmente la fase probatoria de la contraparte, impidiéndosele entonces, escuchar a los testigos, convocar a la parte a una confesional y muchas otras pruebas que en el proceso descrito por el numeral 94 no se contempla.

b.- Presupuestos:

- Peligro de demora: si partimos de que éste consiste en el temor razonable y objetivo de la gestionante de considerar que el derecho subjetivo aducido puede resultar gravemente transgredido y en forma irreparable mientras se dicte la sentencia, en el caso de una trabajadora embarazada que pronto será madre y que el estado de gestación produce una serie de cuidados y gastos, el hecho de no recibir un ingreso económico, a través de la única forma de cómo ganarse la vida, sea con su esfuerzo, es fundamento razonable para afirmar la existencia de ese peligro. En caso de que no se actúe rápidamente, los perjuicios serían irreparables.

No debe olvidarse que entre las pretensiones que se pueden solicitar en el proceso cautelar, uno de ellas es el pago de los salarios caídos, además si la reinstalación al puesto implica recibir la contraprestación; el salario por tener carácter asistencial, no cabe la menor duda de la existencia de la urgencia.

- La apariencia del buen derecho: con la audiencia en que se escuchará a la parte contraria, con la exigencia legal de presentar el certificado o constancia de embarazo aunque sea en sede judicial, es fundamento suficiente para decretar la reinstalación, demostrándose la apariencia del derecho.
- La fianza: en materia laboral, por lo general la tutela cautelar no exige alguna garantía, por estar investida del principio de gratuidad. Resultaría sin sentido el hecho que la trabajadora despedida y embarazada se le exigiera alguna contra cautela.

**D.- Procedimiento:**

Definir la naturaleza de ese procedimiento especial, su independencia y urgencia, permite que los procesos se les dé la jerarquía que requieren, para así evitar que pueda ocurrir un retraso sin justificación, haciendo perder el tiempo y esfuerzo a la parte<sup>53</sup>.

Las disposiciones constitucionales y legales que amparan a la madre y al niño no pueden interpretarse de forma que tornen nugatoria la legislación protectora, según se ha pronunciado la Sala Constitucional.

En el Voto 6262-94, el Tribunal Constitucional, manifiesta que el mismo Código de Trabajo en su artículo 452 le concede al juez potestades suficientes para encaminar y resolver eventuales diferendos a que dé lugar la interpretación de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer.

Adiciona que, de ser necesario, el artículo 242 del Código Procesal Civil – en aplicación supletoria - abre un abanico de “medidas precautorias”, debiendo el juzgador decir el derecho a tono con los principios del debido proceso.

Este procedimiento, únicamente se debe dar cuando la trabajadora desee ser readmitida, caso contrario, bastará con la presentación del ordinario reclamando las indemnizaciones legales.

No queda duda, entonces, que es facultad de la trabajadora presentar la solicitud de la reinstalación en forma previa a la demanda, con base en las reglas de las medidas precautorias. Si se considera como parte del mecanismo tutelar y se presenta la solicitud anticipadamente, por no existir norma en el Código de Trabajo

---

<sup>53</sup> Y es que tal situación ya ha ocurrido, como lo expuso un estudio realizado por el Departamento de Planificación, del Poder Judicial, en el año 2002 en el que se determinó que un “incidente de reinstalación de una trabajadora embarazada” duró más de dos años sin dictar la resolución de fondo. <http://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/INFORMES/AJ/01-aj-02.doc>.

que indique el plazo para interponer la demanda, es válido y razonable la interposición de la demanda dentro de las veinticuatro horas, una vez que se haya realizado la medida cautelar. Esto aplicando analógicamente el numeral 455. En caso de no presentación de la demanda cesará los efectos del decreto de la medida.

En legajo separado se tramitaría la pretensión de la medida, se indicaría que se reinstale a la trabajadora y se ordene al patrono el pago de los salarios dejados de percibir mientras estuvo cesante. Para ello, deberá indicar la fecha del despido, el puesto que desempeñaba y el salario recibido. Deberá acreditar su estado de embarazo. Paralelamente, en la demanda ordinaria, se deberían indicar estas mismas pretensiones.

Se procederá a revisar la solicitud, se le concederá una audiencia al patrono a efecto de que manifieste lo que considera conveniente, bien puede aportar prueba, pero la misma norma no lo contempla, por ende, a ésta no se le conferiría audiencia, tampoco es obligatorio señalar a una comparecencia para evacuarla, sino que se procederá a resolver inmediatamente si se admite o no la medida. El juez debe constatar los presupuestos para decretar la medida, entre ellos, la apariencia del derecho, sea el estado de embarazo y el despido sin contemplar falta alguna, además que no haya solicitado la autorización del despido ante el Ministerio de Trabajo. Este último considero que es facultativo, como en adelante se dirá.

El criterio es que a pesar de que el Ministerio de Trabajo haya autorizado el despido, es posible que la trabajadora gestione su reinstalación en la vía judicial en forma de medida cautelar, debiendo estudiarse cada caso particular, pues como bien lo indicó la institución constitucional, las resoluciones del Ministerio no pueden obligar ni condicionar al órgano jurisdiccional. El juzgador no podría negar la medida, si en sede jurisdiccional cumple con todos los presupuestos, en caso de que el Ministerio haya autorizado el despido. Por lo demás, ello iría

contra la visión de que este procedimiento tiene naturaleza cautelar

Reitero, el hecho de que no se evacue la prueba, no causa ningún perjuicio, ya que la decisión tendrá vigencia hasta que se dicte sentencia, por el carácter provisional y accesorio de la tutela cautelar.

El auto que declare la medida, contiene una obligación de hacer, por lo que debe indicar que el patrono se encuentra obligado a reinstalar a la trabajadora embarazada en las mismas condiciones en las que estaba con anterioridad al despido, estableciendo un plazo, que podría ser de tres a cinco días a efecto de que lo cumpla.

Motiva a discusión utilizar como una forma de coacción, el hecho que se le puede prevenir su cumplimiento para que reinstale a la trabajadora bajo apercibimiento en caso de omisión se podrá abrir causa por el delito de desobediencia a la autoridad, resolución que se deberá notificar personalmente al patrono para que surta sus efectos, conforme lo dispone el numeral 2 de la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales.

Se debe recordar que el artículo comprendía como sanción de incumplimiento el apremio corporal, sin embargo, con arreglo a la jurisprudencia constitucional toda normativa en cuanto apremio corporal en materia civil y por consiguiente a laboral, fueron derogadas por la Ley de Jurisdicción Constitucional. Sin embargo, tiene plena vigencia el delito de desobediencia a la autoridad, cuando se le ordena por parte de un enjuiciador, a una persona que realice o deje de hacer algo, como en el caso de las medidas cautelares en materia de Violencia Doméstica. Por ende, consideramos aplicable, por la urgencia del caso, aplicar esta prevención.

Si omitimos lo anterior, en caso de que el patrono incumpla, no existiría forma para obligar a que se reinstale a la trabajadora y el principio de ejecutividad de las resoluciones judiciales quedaría sin aplicación.

El auto ya sea decretando o rechazando la medida tiene revocatoria con apelación en subsidio y en efecto devolutivo, de conformidad con el artículo 460 del Código de Trabajo. Esta es la forma en que la parte accionada podría oponerse y ejercer su derecho de defensa.

Si mantenemos el criterio que es una medida cautelar, obligatoriamente deberá presentarse el proceso ordinario, en donde se solicitarán todas las pretensiones, tanto la solicitud de reinstalación, los salarios dejados de percibir, así como subsidiariamente los rubros indemnizatorios. En este proceso, se demostrará con toda su extensión, todos y cada uno de los derechos reclamados por la petente.

## **REFLEXIONES FINALES**

Una vez analizado cada uno de los temas, se puede tomar como consideraciones finales las siguientes:

Es necesario que se corrija la idea de que en materia laboral no es posible aplicar las medidas precautorias. Para ello, se requiere de litigantes más abiertos y creativos en solicitar medidas cautelares atípicas y de jueces más valientes, a efecto de dictar una medida cuando las condiciones así lo requieran.

Es posible aplicar cualquier tipo de medida precautoria atípica o indeterminada en materia laboral, como lo contempla el numeral 242 del Código Procesal Civil pues se aplicaría en forma supletoria. Entre ellas, se podría mencionar la suspensión del acto cuando se trate de una demanda contra la Administración, la reinstalación en caso de un despido a un trabajador adolescente, de un representante sindical, prevenirle al patrono que aporte el certificado de extinción de la relación laboral.

El proceso incidental no es apto para tramitar la reinstalación de la mujer trabajadora. Si se tramita como un incidente el procedimiento de reinstalación, le resultará imposible a la interesada plantear la gestión en forma anticipada.

La ley no discrimina que pueda ser planeada previamente la solicitud de reinstalación. Según los principios y derechos que resguarda, es necesario y posible que se anticipe la solicitud.

Sin haberse adicionado el 94 bis en cuanto al procedimiento para reinstalar a la trabajadora embarazada, existía la posibilidad de reinstalarla en forma anticipada y sumaria a través de la aplicación de los artículos 452 del Código de Trabajo y el 242 del Procesal Civil.

La naturaleza del procedimiento de reinstalación contemplado en el artículo 94 bis corresponde a una medida cautelar atípica, en la que es posible emplear los presupuestos y las características de este instituto. El mismo Tribunal Constitucional adujo que se encuentra en el rango de medidas precautorias y que es posible aplicar el artículo 242 del Código Procesal Civil que regula las medidas cautelares atípicas en esa sede.-

Por ser el “fuero de protección de la trabajadora embarazada” contemporánea a su estado, la urgencia de la reinstalación y el peligro de mora es más patente. Asimismo, para que el derecho de sobre vivencia de la madre y el niño estén resguardados, prima una actuación rápida, por los mecanismos ya contemplados, de la Administración de Justicia. En cuanto a la apariencia del derecho, basta acreditar el estado de embarazo como bien lo contempla el ordinal 94 bis.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

ASENCIO MELLADO ( José María), Derecho Procesal Civil, Segunda parte, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 1998.

BALANGUER (César), Medidas Cautelares, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997.

CABANELLAS DE TORRES, ( Guillermo), Compendio de Derecho Laboral, 3 Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Tomo II, 1992.

CALDERÓN CUADRADO ( María Pía), Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Editorial Civitas S.A., Madrid España, 1992.

FERNÁNDEZ SESSAREGO ( Carlos), Derecho de las Personas: Exposición de Motivos y Comentarios del Libro I del Código Civil Peruano, Lima , se, sf.

Las Medidas Cautelares atípicas en el proceso contencioso – administrativo, Conferencia pronunciada en el Seminario de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa en Costa Rica, auditorio del Colegio de Abogados de Costa Rica, 18-22 de noviembre de 1996, sin autor.

MONTENEGRO ESPINOZA (Lourdes), La Perspectiva de Género en los Procesos Discriminatorios por Hostigamiento Sexual. Trabajo Final de Graduación, Universidad Estatal a la Distancia, 2003.

PODETTI (Ramiro), Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral; Tomo IV, Tratado de las Medidas Cautelares, 2da edición, Ediar S.A., Buenos Aires, 1969.

RAMOS MENDEZ ( Francisco), Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Revista Justicia, 85.

SALAZAR ALVARADO (Luis Fernando), Despido y Reinstalación de la Trabajadora Embarazada, San José, Costa Rica, Editorial Porvenir, 2002.

VEGA ROBERT ( Rolando), Jurisprudencia Constitucional sobre el Despido de la Trabajadora Embarazada, en La Jurisdicción Constitucional y su influencia en el Estado de Derecho, Editorial EUNED.

VEGA ROBERT ( Rolando ), El Despido Discriminatorio de la trabajadora Embarazada, San José, C.R., IJSA, 1995.

## **NORMATIVA**

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA, en Normas Básicas de Derecho Público de Rodolfo Saborío Valverde, 7 ma. edición, San José, Costa Rica, 2000.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ), fue aprobada y convertida en la ley de la República No 4534, en vigencia del 20 de febrero de 1970.-

CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER,

DIRECTRIZ No. 1677 publicada en la Gaceta No. 15 del 22 de enero del 2001.-

## **RESOLUCIONES JUDICIALES**

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No. 3929-95 de las quince horas del veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, No. 1725 de las quince horas veintiún minutos del doce de abril de 1994.

TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE SAN JOSÉ, SECCIÓN PRIMERA, No. 296 de las nueve horas veinte minutos del siete de marzo de 1996.

TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE SAN JOSÉ, SECCIÓN SEGUNDA, 64 – 1997 de las ocho horas cincuenta minutos del veintiocho de enero de 1997.

TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABAJO DE SAN JOSÉ, SECCIÓN SEGUNDA, No. 921 –1997 de las nueve horas cinco minutos del trece de octubre de 1997.

TRIBUNAL DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, SECCIÓN PRIMERA 694 de las 8:15 del 25 de agosto de 2000.

TRIBUNAL DE TRABAJO DEL SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ, SECCIÓN TERCERA, No. 423 de las 8:20 del 20 de abril del 2001.

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SAN JOSÉ, No. 997 a las ocho horas cinco minutos del diecisiete de agosto del año 2001.

TRIBUNAL PRIMERO CIVIL, SAN JOSÉ, 753 a las siete horas cuarenta y cinco minutos del veintidós de junio del año 2001.

## **DIRECCIONES ELECTRÓNICAS**

Departamento de Planificación del Poder Judicial. <http://www.poder-judicial.go.cr/planificacion/INFORMES/AJ/01-aj-02.doc>.

¿Por qué la inclusión de la mirada de género? Página de la Organización Internacional del Trabajo, [.getmsg?curmbox=F00000001&a=93ceff188339e1442fe74fad9f977db&msg=MSG105076, 19/04/03](#)

## INDICE

	PAG
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO CARACTERES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	4
SECCIÓN 1 ASPECTOS GENERALES	4
A.- Objeto	5
B.- Singularidades de las medidas cautelares	6
SECCIÓN 2 PRESUPUESTOS PARA DECRETARLAS	9
A.- Presunción de un buen derecho o “fumus boni iuris”	10
B.- Peligro de mora o “periculum in mora”	11
C.- Garantía o “ fianza”	13
D.- Constitucionalidad de la tutela cautelar	14
SECCIÓN 3 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL	15
A.- La aplicación de los presupuestos en la legislación	16
B.- De los procedimientos cautelares	20
i.- Arraigo	21
ii.- Embargo	24
iii.- Confesión prejudicial	25
iv.- Anotación de la litis	26
v.- Otras opciones cautelares	27
vi.- Recursos	29
C.- Las medidas cautelares indeterminadas o atípicas en el proceso laboral	30
CAPÍTULO SEGUNDO NATURALEZA PROCESAL DE LA SOLICITUD DE LA REINSTALACIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA	35
SECCIÓN PRIMERA	36
A.- Procedimiento gestionado por la trabajadora embarazada en caso de despido	38
B.- Procedimiento incoado por el patrono para autorizarlo al	

despido de una trabajadora embarazada	40
SECCIÓN SEGUNDA EL PROCEDIMIENTO DE REINSTALACIÓN DE LA TRABAJADORA EMBARAZADA EN SEDE JURISDICCIONAL	43
A.- Bienes jurídicos que protege	43
I.-La vida y derechos del niño concebido	43
II.-La no discriminación por cuestiones de género	45
B.- Incidente o procedimiento autónomo	45
C.- Medida cautelar	51
D.- Procedimiento	55
REFLEXIONES FINALES	59