

12 de julio de 2006  
DAJ-AE-497-06

Licenciado  
José Ángel Morales Brenes  
Fax 592-43-57

Estimado señor:

Damos respuesta a su nota recibida en esta Dirección el día 22 de marzo del año en curso, en la que nos comenta los antecedentes de una trabajadora que le entregaron la carta de despido por reorganización de personal, actualmente no le han cancelado sus prestaciones debido a la falta de criterio uniforme en cuanto al procedimiento correcto para el cálculo de las mismas en el caso concreto. Antecedentes: 1) "El 5 de diciembre del 2005 presenta una incapacidad por maternidad, extendiéndose hasta el 05 de marzo del 2006. 2) El día 14 de enero del 2006, la bebé de la trabajadora fallece. 3) El día 16 de febrero del 2006, la Comisión de Incapacidades del Hospital Max Peralta determina la causa por parto pretérmino, y anula la incapacidad por maternidad, otorga una nueva incapacidad fundamentados en el artículo 41 del Reglamento del Seguro Social, dicha incapacidad va del 16 de noviembre al 16 de febrero del 2006. 4) La trabajadora se presenta a laborar hasta el día 28 de febrero del 2006, momento en que se le entrega la carta de despido con responsabilidad patronal. 5) El día 03 de marzo le solicite a la Oficina del Ministerio de Trabajo en Cartago, realizar el cálculo de las prestaciones, sin embargo, y a criterio de una de las funcionarias, el procedimiento realizado por Comisión de Incapacidades no es el correcto, ya que un Reglamento no puede estar por encima del Código de Trabajo. La consulta es la siguiente: ¿Cuál es el procedimiento correcto a la incapacidad por maternidad de la trabajadora en virtud de la pérdida del bebé antes de que se cumpliera la misma, esto para el cálculo de sus prestaciones?"

Nuestra legislación protege a las mujeres en estado de embarazo, es uniforme y general para todas las mujeres asalariadas, según lo dispone el artículo 95 de nuestro Código de Trabajo, toda trabajadora embarazada tiene derecho a una licencia de cuatro meses, distribuidos así: un mes antes y tres meses después del parto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El artículo 95 del Código de Trabajo dice en lo que nos interesa: Artículo 95.- (\*) "La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto, y los tres meses posteriores a él. Estos tres meses también se

El aporte del certificado médico es requisito legal para que la trabajadora pueda gozar del beneficio de la licencia y de su remuneración. Esta disposición se establece en el artículo 95 del Código Laboral, el cual en lo que interesa dice:

*“La trabajadora embarazada adquirirá el derecho a la licencia remunerada sólo si presenta a su patrono un certificado médico, donde conste que el parto sobrevendrá probablemente dentro de las cinco semanas posteriores a la fecha de expedición de este documento.”*

Por otro lado, en el artículo 94 del Código Laboral existe una prohibición del patrono de despedir a las trabajadoras en estado de embarazo o período de lactancia. Salvo por causa justificada, asignada por falta grave en el artículo 81 de este Código. Para gozar de esta protección la trabajadora debe darle aviso a su patrono, aportando certificación médica.

Otro aspecto importante que debemos considerar en relación con el artículo 96 del Código Laboral y el 41 del Reglamento del Seguro de Salud, cuando se refiere al “al aborto no intencional o parto prematuro no viable”. El Código en mención establece cuando se trate de uno de las dos situaciones, **los descansos remunerados se reducirán a la mitad.**

Por su parte, el artículo 41 del Reglamento del Seguro de Salud dispone que *“Si el ser procreado naciere sin vida, o falleciere dentro del primer mes posterior a su nacimiento, se modificará el plazo de la licencia original y se otorgará una nueva por un mes y medio a partir de la fecha del parto.”* Situación que ha creado polémica, por falta de homogeneidad en la definición legal de producto de parto no viable ha conducido a diferentes formas de aplicación e interpretación del artículo en mención por parte de los médicos, lo cual incide en el derecho a la salud de las mujeres y repercute en sus derechos laborales.

Lo anterior, por cuanto se pueden dar dos situaciones: 1) Se está dentro del período de licencia por maternidad a la luz del artículo supracitado o 2) Se le otorgue un simple período de incapacidad por enfermedad a la luz del artículo 21 del Reglamento para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los

---

considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior...”

---

beneficiarios del Seguro de Salud. Donde se dispone un máximo de incapacidad para complicaciones del embarazo de 1 a 6 días de incapacidad, pudiéndose extender por criterio médico.

Ejemplo de esta falta de homogeneidad son las definiciones que dan a estos conceptos las diferentes autoridades en la Caja Costarricense del Seguro Social, de conformidad con el oficio N° 01785-2002-DHR, del 7 de marzo de 2002. Por su parte el Dr. Roberto Galva Jiménez, Superintendente General del Servicios de Salud:

*“Por viable, debe entenderse un feto recién nacido llegado a tal grado de desarrollo orgánico, que es capaz de vivir fuera del útero, condición que según la literatura internacional no se da antes de las 28 semanas de gestación.*

*Es decir, para que sea aplicable el artículo 41, debe mediar un parto, entendiendo como el conjunto de fenómenos fisiológicos que conducen a la salida del claustro materno de un feto a término y sus anexos, por las vías naturales; condición que obviamente no se da en un aborto.*

*Por tanto, el segundo párrafo del artículo 96 del Código de Trabajo, es aplicable cuando ha mediado un parto y no cuando ha ocurrido un aborto espontáneo.*

*La interrupción del embarazo (aborto espontáneo en el caso que nos ocupa), es la expulsión del producto de la concepción (embrión o feto) y sus anexos, antes de haber alcanzado viabilidad.*

*Puede ser completo o incompleto, de acuerdo a si la expulsión fue total o se retuvieron restos ovulares o placentarios, y no se conceptúa como un parto, por lo que aquí sería aplicable una incapacidad médica por razones de salud.*

*Por producto de parto no viable, debe entenderse el parto de un producto (cuerpo originado por la actividad de otro cuerpo) que no ha alcanzado el grado de desarrollo orgánico que le permita vivir fuera del útero y que generalmente se refiere a productos entre 28 y 32 semanas de gestación, o sea, los llamados partos inmaduros, que deben diferenciarse de los partos prematuros (32-37 semanas) y que se refieren a que el evento (parto) ocurre antes del tiempo propio o término, pero da como resultado un producto viable.*

*En los casos de producto del parto viable, nacido muerto o muerto en el período de recién nacido (plazo no mayor de 30 días) y del producto de parto prematuro no viable ...el resultado de la gestación es el mismo, es decir, se perdió el producto, por lo que a nuestro juicio si está previsto en el Código de Trabajo.*

*Debe mencionarse además que el artículo 21 del Reglamento para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los beneficiarios*

*del Seguro de Salud referente a los días promedio de incapacidad por enfermedad establece un máximo de incapacidad para complicaciones del embarazo de 1-6 días...privaría el criterio médico para extender una nueva incapacidad.*

*Asimismo, como parte del proceso de investigación de la queja, se realizaron las siguientes gestiones:*

*-Se consultó a médicos especialistas sobre los conceptos de parto no viables, parto viable y tipo de incapacidad o licencia que le corresponde, así como la práctica institucional.*

*El Dr. Alvaro Guash Conejo, Jefe del Departamento de Ginecoobstetricia del Hospital México señaló:*

*“Producto de parto no viable es aquel producto que por su edad gestacional y por su peso no ha desarrollado suficientemente la maduración de sus órganos. ...nacimiento de niño vivo es todo producto que tenga señal de vida independientemente de la edad gestacional y peso.*

*Para aplicar el artículo 96 del Código de Trabajo, en las situaciones de aborto espontáneo sobre el límite de gestación del bebé, al tenor del artículo 23 del Reglamento de extensión de Incapacidades a las Trabajadoras de la CCSS 1998. Lo procedente es una incapacidad por 30 días, salvo de complicaciones será mayor lo que corresponde a la misma”*

*El Dr. Gerardo Montiel Larios, Jefe del Servicio de Ginecología del Hospital de las Mujeres señaló:*

*Producto de parto no viable “...se refiere al producto de menos de 500 gr. De peso que no tiene probabilidad de sobrevivir. El término se enfoca hacia el peso del producto, y no tanto si muere después de nacer.*

*En el caso que hace referencia también se conoce como aborto tardío.*

*Es mi criterio que toda paciente que tenga un aborto tardía (más de cuatro meses) es tributaria de una incapacidad de mes y medio.*

*Así como también cualquier caso de aborto que se haya complicado, y en las situaciones de alteración psicológica importante”.*

Esta falta de homogeneidad en la aplicación de una licencia y en otros caso una incapacidad ha provocado que algunas mujeres trabajadoras plantearan una queja formal ante la Defensoría de los Habitantes, ésta emplazo a la Caja Costarricense del Seguro Social para darle un contenido médico inequívoco al concepto legal de aborto no intencional y parto prematuro no viable, que

---

homogenice el criterio y no cause estas diferencias inaceptables entre estas trabajadoras en estado de embarazo, en lo que interesa dice:

*Sin embargo la Defensoría de los Habitantes es del criterio que el artículo 95 del Código de Trabajo, establece el nacimiento del derecho tomado como referencia la fecha del parto, señalando el derecho a un mes antes del parto y tres meses después del parto, pero este esbozo genera de un parto a término de un o una bebé vivo puede ser modificado. Una de estas modificaciones es la de los plazos de la licencia que establece el artículo 96 supra citado que dice: “Si se tratare de aborto no intencional o parto prematuro no viable, los descansos remunerados se reducirán a la mitad”.*

*“De este artículo se desprende entonces que, aún en este supuesto en el que el desarrollo de la criatura no esté a término y se produzca un aborto no intencional o parto prematuro no viable, la mujer embarazada tiene derecho a la licencia por maternidad, pero con plazos que se reducen a la mitad. De lo escrito supra, resulta evidente que no lleva razón el Dr. Galva, Superintendente General de la CCSS cuando señala que “el segundo párrafo del artículo 96 del Código de Trabajo, es aplicable cuando ha mediado un parto y no cuando ha ocurrido un aborto espontáneo. La interrupción del embarazo (aborto espontáneo en el caso que nos ocupa), es la expulsión del producto de la concepción (embrión o feto) y sus anexos, antes de haber alcanzado viabilidad.*

*Puede ser completo o incompleto, de acuerdo a si la expulsión fue total o se retuvieron restos ovulares o placentarios, y no se conceptúa como un parto, por lo que aquí sería aplicable una incapacidad médica por razones de salud”.*

*Nótese que el artículo 96 del Código de Trabajo es claro en señalar dos situaciones en las cuales los descansos se reducen a la mitad: la primera de ellas es casualmente la situación de un aborto no intencional, de manera que aún cuando médicamente no sea considerado como parto, no influye jurídicamente en nada para no ser una de las situaciones en la que legal –y por ende obligatoriamente- debe concedérsele a las mujeres la licencia por maternidad con el plazo reducido a la mitad. La segunda tiene relación con el parto prematuro no viable, que se precisará más adelante.*

*En síntesis, la situación de hecho de aborto no intencional es una situación de hecho cubierta por el Código de Trabajo en la que*

---

*se debe aplicar la licencia por maternidad y no una licencia por enfermedad.”<sup>2</sup>*

De todo lo anterior, se desprende que el contenido de la queja planteada por algunas trabajadoras en estado de embarazo planteada ante la Defensoría de los Habitantes, con ocasión de un aborto espontáneo o de un parto prematuro, se les aplica una licencia por enfermedad de unos cuantos días, mientras que a otras se les aplica la lógica de la licencia por maternidad, existiendo entre ellas abismales diferencias de concepción, de cantidad de días y de régimen jurídico legal aplicable.

Asimismo, el artículo 41 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social dice: “Si el ser procreado naciere sin vida, o falleciere dentro del primer mes posterior a su nacimiento, se modificará el plazo de la licencia original y se otorgará una nueva por un mes y medio a partir de la fecha del parto”

Si bien es cierto considera ajustado a derecho la parte del artículo que estipulo un mes y medio el plazo de la licencia, la Caja Costarricense del Seguro Social se extralimitó en los supuestos de hecho que posibilitan la reducción del plazo, en virtud de que el supuesto “falleciere dentro del primer mes posterior a su nacimiento” no constituye un supuesto de hecho previsto en el artículo 96 del Código de Trabajo. La reducción de plazos contemplados en el artículo 41 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social resulta ilegal, por violación de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 96 del Código de Trabajo

Otro aspecto importante que debemos considerar, es que trabajadoras embarazadas, aparte del fuero especial que prohíbe expresamente su despido según nuestra legislación, se ha generado en los últimos años una tendencia a brindar mayores beneficios para la trabajadora, los cuales pretenden no afectar los derechos derivados de la prestación efectiva de servicios, de manera que su situación laboral en razón del embarazo, tenga un trato diferente, más beneficioso que el resto de los trabajadores. En el segundo párrafo del artículo 95 del Código de Trabajo, dice:

***"Artículo 95.- ... Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social, para el "riesgo de maternidad".  Esa remuneración deberá computarse para todos los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de***

---

<sup>2</sup> Oficio N°01785-2002-DHR, del 7 de marzo de 2002, de la Defensoría de los Habitantes.

*esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, el patrono y la trabajadora deberán aportar a la Caja Costarricense de Seguro Social, las contribuciones sociales respectivas sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia, para no interrumpir la cotización durante ese período.*

Con esta reforma introducida en este artículo 95, se logra darle al subsidio por maternidad una connotación de "salario" durante el tiempo que dura la licencia por maternidad, los montos girados a la trabajadora que se encuentra en estas circunstancias seguirán constituyéndose como un subsidio, en el más estricto sentido de la palabra; no obstante, con el fin de no causar perjuicio a la madre trabajadora, en el momento en que más ayuda y comprensión necesita, esos montos -que incluyen el 50% pagado por el patrono y el 50% pagado por la Caja Costarricense del Seguro Social-, se tomarán en cuenta para efectos de una futura pensión de la Caja Costarricense del Seguro Social y para calcular aguinaldo, vacaciones, y prestaciones legales si ello fuere necesario.

Por último, es conveniente aclararle al recurrente, en casos como el que nos ocupa, a fallecer el bebé de la trabajadora tiene derecho a la licencia por maternidad, pero los plazos de descanso de pre y post natal, se reducen a la mitad, manteniéndose la prohibición de despedir a la trabajadora durante estos períodos.

Otra circunstancia que se debe considerar en esta ocasión, es que lo legítimo, es que el período de lactancia se extingue. El patrono esta en su derecho a despedir a la trabajadora con responsabilidad patronal, después del 16 de febrero de 2006, fecha en que termina su incapacidad por cuanto el fuero especial que protege a la trabajadora en estado de embarazo termina.

Así entonces, cálculo de las prestaciones en el caso que nos ocupa por ser una reducción de los períodos que establece el artículo 96 del Código de Trabajo, se debe hacer tomando en cuenta el 100% percibido por la trabajadora durante la licencia por maternidad, dicho porcentaje incluye el monto pagado por la Caja Costarricense de Seguro Social y por el patrono.

Atentamente,

Licda. Teresita Alfaro Molina  
**ASESORA**

TAM/ihb

Ampo: 25C