

DAJ-AE-004-04
14 de enero del 2004

Señor
Luis Alberto Arias N.
Asesor Legal
FORESTER INSTITUTO INTERNACIONAL S.A.
Presente.

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 18 de diciembre del 2003, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, en relación con la situación de una trabajadora del Instituto que usted asesora, quien se encuentra disfrutando de una licencia por maternidad. Según usted nos indica, la licencia fue otorgada desde el 30 de setiembre del 2003 hasta el 27 de enero del 2004. El 19 de octubre ella dio a luz una niña la cual falleció el 8 de diciembre, razón por la cual nos consulta si se extingue la obligación de otorgar la licencia y la obligación de pagar el subsidio por el tiempo que resta.

Tratándose de 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 este sentido, y para los efectos de evacuar su consulta, consideramos conveniente analizar la situación jurídica de una trabajadora embarazada desde dos aspectos: el disfrute de la licencia y el derecho al pago del subsidio, para lo cual veamos lo que establece el artículo 95 del Código de Trabajo.

*“La trabajadora embarazada o en período de lactancia 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 considerarán como período mínimo de lactancia, el cual por prescripción médica, podrá prorrogado para los efectos del artículo anterior.*

Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la Caja Costarricense de Seguro Social, para el “Riesgo de Maternidad”. Esta remuneración deberá

computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de 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, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a la Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia.

Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad...”

El Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, por su parte en el artículo 40 al respecto establece:

“Artículo 40.- Con motivo de la maternidad, a toda asegurada directa asalariada, se le extenderá una licencia hasta por cuatro meses, período que incluye el pre y post parto, conforme se establece en las leyes generales y especiales que se apliquen a los diferentes grupos.

El centro médico de adscripción o de atención, según corresponda, extenderá un solo documento, tomando en cuenta tanto la fecha probable del parto, como las previsiones legales especiales, todo dentro del período ya citado de cuatro meses....”

Vemos como en cuanto al disfrute de la licencia, de los artículos supratranscritos se desprende claramente, por un lado, que toda trabajadora embarazada, tiene de derecho a una licencia por maternidad de un mes antes del parto y tres meses después del parto, y por el otro lado, que es el centro médico, al que esté adscrito la trabajadora, el único autorizado legalmente, para otorgar dicha licencia, en un solo documento, donde se especifica la fecha probable del parto y por tanto, la fecha a partir de la cual inicia el descanso de los cuatro meses o los 120 días, tal y como lo otorgan en la práctica, los médicos de la Caja Costarricense del Seguro Social. Por tanto ese período no puede ser modificado de modo alguno, por el patrono.

Asimismo se desprende de las citas legales, que mientras dure la licencia, la trabajadora tendrá el derecho de recibir un subsidio¹ equivalente a la totalidad de su salario, un cincuenta por ciento por parte de la Caja Costarricense del Seguro Social y el otro cincuenta por ciento por parte del patrono, y ninguna de estas dos partes puede interrumpir el pago del subsidio, salvo que los médicos de la Caja, en acatamiento de lo que disponen el Código de Trabajo y el Reglamento del Seguro de Salud de la Caja, establezcan una reducción de la licencia.

¹ Que para todos los efectos laborales es considerado como salario.

Ahora bien, el artículo 96 del Código de Trabajo en este sentido, establece una reducción en la licencia por maternidad, en los siguientes casos:

“Artículo 96.- ...Si se tratare de aborto no intencional o de parto prematuro no viable, los descansos remunerados se reducirán a la mitad...”

Entendiendo por aborto no intencional, como aquel aborto involuntario, no provocado por la madre y por parto prematuro no viable, como aquel que no llegó al término de los nueve meses y que además el niño nace sin vida, el Código de Trabajo ha establecido, que los descansos (pre y postparto) de cuatro meses sean reducidos a la mitad, es decir a dos meses, pero únicamente en esos dos casos.

El Reglamento de la C.C.S.S. ya citado, en el artículo 41, haciendo una pequeña modificación al artículo 96 del Código de Trabajo, establece lo siguiente:

*“Artículo 41.- 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.”*

Como vemos este artículo, generalizando e interpretando un tanto diferente lo expresado por el artículo 96 del Código de Trabajo, establece que a partir del aborto no intencional o parto prematuro no viable, si el ser procreado, naciere sin vida, el plazo de licencia se reduce a un mes y medio, aplicando así una reducción del período postparto que originalmente es de tres meses, puesto que ya la trabajadora a disfrutado del mes anterior al parto.

En todo caso, lo que más nos interesa destacar del artículo 41 transcrito, es el hecho de que la Caja establece, que la reducción de la licencia a un mes y medio, también se aplique **para los bebés que fallecieran dentro del mes posterior al parto**, lo que quiere decir, que después de transcurrido ese mes de nacido, si el niño muriera, no puede aplicársele reducción alguna a la licencia, y la madre por tanto tiene derecho a disfrutar del período completo de los cuatro meses, o lo que es lo mismo a los 120 días otorgados originalmente.

Esto quiere decir, que tanto el Código de Trabajo, en concordancia con el Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, son consecuentes al establecer que la reducción del período de descanso o la licencia por maternidad, que originalmente es de cuatro meses puede reducirse a la mitad o al mes y medio (postparto), sí y solo sí, se da un parto prematuro no viable, un aborto no intencional y cuando el ser procreado muere dentro del mes posterior al parto, por tanto si no se presentan ninguna de estas situaciones, la licencia no puede ser modificada, ni por los médicos de la Caja, ni muchos menos por el patrono.

Lleva usted razón al decir que lo que motivó originalmente a nuestra legislación, ha establecer la licencia de post parto, es la de que se defina la relación madre e hijo y el niño pueda ser amamantado, pero esto no quiere decir, que si el niño muere, se extinga automáticamente el derecho de la madre a continuar disfrutando de la licencia hasta su término.

Para ello precisamente se han establecido estos parámetros de situaciones en que la legislación autorice la reducción de los descansos. Y es que estos parámetros no se han fijado en forma caprichosa, sino siguiendo teorías médicas que indican cuando un ser procreado puede ser viable o no, o hasta que punto a la madre le puede afectar emocionalmente la pérdida de su hijo.

Mientras estas teorías no se modifiquen, al punto de provocar variaciones en la legislación existente, deberán seguirse aplicando tal y como están.

En razón de todo lo expuesto concluimos indicándole, que el criterio de esta Asesoría en el caso que usted nos consulta, al darse la muerte del bebé después del mes que indica el Reglamento de la Caja, para reducir el período de licencia, el patrono está imposibilitado legalmente para dar por extinguida la obligación de continuar otorgando dicha licencia, así tampoco puede extinguir la obligación de continuar pagando el subsidio económico, por el tiempo restante, pues la obligación persiste por el tiempo de toda la licencia,. Cualquier aplicación en ese sentido se consideraría **absolutamente ilegal**.

De Usted con toda consideración,

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Asesora

Licda. Ivannia Barrantes Venegas
Jefe a.i.

ALC/hs.-

Ampo 8-F y 24-E.-