

OFICIO número 09 52 17 4000/ 0239, mediante el cual el titular de la Dirección Jurídica del Instituto Mexicano del Seguro Social emite el criterio de interpretación, para efectos administrativos, del artículo 101 de la Ley del Seguro Social.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- México.- Gobierno de la República.- Instituto Mexicano del Seguro Social.- Dirección Jurídica.- Oficio Núm. 09 52 17 4000/0239.

Licenciado

Juan Lozano Tovar

Titular de la Dirección de
Prestaciones Económicas y Sociales

Doctor

José de Jesús Arriaga Dávila

Titular de la Dirección de Prestaciones Médicas
Presente.

Me refiero a sus oficios 099001300000/113 y 095217612000/104, del 12 de mayo de 2016, respectivamente, mediante los cuales hacen de nuestro conocimiento "las solicitudes presentadas por las aseguradas embarazadas para la transferencia de hasta 4 semanas del período de descanso prenatal al postnatal, en atención al derecho previsto en el artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012", asimismo solicitan se emita el criterio jurídico respecto de los siguientes cuestionamientos:

1. La posibilidad jurídica de emitir el certificado de incapacidad temporal para el trabajo por maternidad (que ampara los períodos pre y posnatal) considerando la transferencia de hasta 4 semanas, a petición de la asegurada, que prevé el artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, previo cumplimiento de los requisitos legales, en aplicación a los principios *pro homine*, *congruencia legislativa*, *interpretación armónica*, *sistemática* y *progresista* otorgando la protección más amplia a las aseguradas embarazadas.
2. La posibilidad jurídica de realizar el consecuente pago del subsidio en los términos que describa y ampare el certificado de incapacidad al ser el pago del subsidio accesorio del certificado de incapacidad, permitiendo la transferencia de semanas prenatales para disfrutarlas en el período postnatal, en aplicación a los principios *pro homine*, *congruencia legislativa*, *interpretación armónica*, *sistemática* y *progresista* otorgando la protección más amplia a las aseguradas embarazadas.
3. La posibilidad jurídica de que los servicios médicos institucionales expidan un solo certificado de incapacidad temporal para el trabajo por maternidad donde se ampare el disfrute del descanso por un período de hasta 84 días, considerando la fecha probable de parto determinada por los servicios médicos institucionales o externos, otorgando la protección más amplia a las aseguradas embarazadas, en aplicación de las políticas de eficiencia administrativa en los servicios que otorga este Instituto que contiene el proceso de mejora descrito, en congruencia con las políticas federales.

De tal forma que, el certificado único de incapacidad podrá:

- Amparar 84 días de incapacidad cuando la trabajadora acude en la semana 34 de gestación con atención médica institucional o externa.
- Amparar 84 días de incapacidad si la trabajadora acude dentro del período de la semana 35 a 38 de gestación con atención médica institucional o externa, con solicitud de transferencia de semanas y ésta sea procedente.
- Amparar los días del período prenatal que resulten de la fecha en que se presenta la asegurada y la fecha probable de parto, además de los 42 días del período postnatal, si la asegurada con atención médica institucional o externa, se presenta a partir de la semana 35 de gestión (sic) y hasta antes de la fecha probable del parto, sin solicitar el traspaso de semanas que prevé la fracción II, del artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, o habiéndolas solicitado, ésta no es procedente.

En el supuesto de que la asegurada solicite el traspaso de semanas y éste resulte procedente, el certificado de incapacidad amparará además de lo señalado en el párrafo anterior, el número de semanas que corresponda transferir del período prenatal al postnatal.

4. La posibilidad jurídica de efectuar el pago del subsidio a la asegurada en una sola exhibición que ampare el pago de las semanas de descanso prenatal y postnatal (hasta 84 días), otorgando la protección más amplia a las aseguradas embarazadas, en aplicación de las políticas de eficiencia administrativa en los servicios que otorga este Instituto que contiene el proceso de mejora descrito, en congruencia con las políticas federales.
5. La posibilidad jurídica de que en caso que el parto suceda en fecha posterior a la estimada por servicios médicos institucionales, se emita el certificado de incapacidad temporal para el trabajo por enfermedad general (de enlace) por los días que se haya excedido entre la fecha probable del parto y el parto real, al término del disfrute del período de descanso pre y postnatal que identifica y ampara el certificado único, con el consecuente pago del subsidio, otorgando la protección más amplia a las aseguradas embarazadas, en aplicación de las políticas de eficiencia administrativa en los servicios que otorga este Instituto que contiene el proceso de mejora descrito, en congruencia con las políticas federales.

Sobre el particular, y a fin de determinar el criterio jurídico de interpretación, para efectos administrativos, de la Ley del Seguro Social, con fundamento en el artículo 75 fracciones I y VII, del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social, me permito comentar a ustedes lo siguiente:

ANTECEDENTES

1. Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, se modificó, entre otras disposiciones, la fracción II, del artículo 170, de la Ley Federal del Trabajo, a fin de permitir a las trabajadoras embarazadas transferir hasta 4 de las 6 semanas de descanso previas al parto, para después del mismo, siempre que se cuente con la autorización médica correspondiente y se tome en cuenta la opinión del patrón y la naturaleza del trabajo que se desempeñe.
2. Mediante oficio número 095217612000/000113, del 4 de junio de 2013, la Dirección de Prestaciones Médicas informó a los titulares de las Delegaciones que “las solicitudes de transferencias de semanas deberán ser autorizadas y otorgadas por el médico, previa solicitud por escrito de la asegurada, misma que deberá incluir la opinión y aceptación del patrón.”
3. Por oficio número 0952174000/0039, del 31 de enero de 2013, la Dirección Jurídica estableció el criterio de que “los subsidios a que tienen derecho las madres aseguradas con motivo del embarazo y parto, deberán entregarse en la forma y condiciones señalados en el artículo 101 de la Ley del Seguro Social”; es decir, durante 42 días anteriores al parto y 42 días posteriores al mismo.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Conforme al segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las normas en materia de derechos humanos se deben interpretar de conformidad con la propia constitución y con los tratados internacionales en esta materia, procurando favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia, es decir conforme al principio *pro homine*.

El artículo 123, apartado A, fracción V, constitucional, ordena que las mujeres durante el embarazo “gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro”.

El artículo 3, del Convenio Núm. 103 Sobre la Protección de la Maternidad, de la Organización Internacional del Trabajo, señala que toda mujer tendrá derecho a un descanso de maternidad de doce semanas, siendo obligatorio que el descanso después del parto no sea inferior a seis semanas, mientras que el resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.

El acuerdo de voluntades internacional también menciona en su artículo 4, que cuando las mujeres se ausenten de su trabajo en virtud del supuesto señalado en el párrafo inmediato anterior, tendrán derecho a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas. Esta situación es recogida de igual forma, en el artículo 6, del Convenio Núm. 183 Sobre la Protección de la Maternidad, de la OIT.

Como se mencionó previamente, en congruencia con estas disposiciones internacionales, por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012, se modificó la fracción II, del artículo 170, de la Ley Federal del Trabajo, a fin de permitir a las trabajadoras embarazadas transferir hasta 4 de las 6 semanas de descanso previas al parto, para después del mismo.

De lo anterior se desprende que el descanso obligatorio que se otorga a las trabajadoras antes y después del parto, se encuentra ligado intrínsecamente con el pago de un subsidio, el cual se otorga en sustitución del salario que percibían por el trabajo prestado hasta antes que les fuese concedida la incapacidad por maternidad.

Lo anterior se confirma con los criterios jurisdiccionales emitidos por los Tribunales Colegiados de Circuito en materia laboral, con números III.3o.T.12 I (10a.) y XVII.17 I, que a la letra señalan:

INCAPACIDAD POR MATERNIDAD. EL PERIODO DE DESCANSO ANTERIOR Y POSTERIOR AL PARTO CONSTITUYE UNA MEDIDA PARA PROTEGER TANTO LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS COMO LA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN, POR LO QUE SI AQUÉL OCURRE ANTES DE LA FECHA PROBABLE FIJADA POR EL MÉDICO, EL RESTO DE LOS DÍAS NO DISFRUTADOS DEL PERIODO PRENATAL DEBERÁN SER TRANSFERIDOS AL DE POSPARTO¹. El artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé que las trabajadoras durante el embarazo cuentan con los siguientes derechos: a) no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; b) gozarán forzosamente de un descanso de 6 semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y 6 posteriores a éste, debiendo percibir íntegro su salario y conservar su empleo, así como los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo; y, c) en el periodo de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos. En este sentido, el período de incapacidad forzoso, anterior y posterior al parto, constituye una prerrogativa que, entre otras, el Constituyente Permanente consagró con la finalidad de proteger la salud de las trabajadoras y la del producto de la concepción durante ese lapso de gravidez próximo al parto y con posterioridad a éste, sin menoscabo de sus percepciones producto de su trabajo, para lograr el objetivo que lo llevó a reformar la disposición original, ya que el referido descanso forzoso lo tendrán con goce del salario íntegro por disposición del propio reformador de la Constitución. Luego, a fin de armonizar la reforma del citado artículo constitucional con el sistema jurídico internacional, debe señalarse que el Estado Mexicano ha suscrito y ratificado diversos instrumentos internacionales, de donde se colige que coinciden en que, en caso de embarazo, la mujer trabajadora tiene derecho a disfrutar de un descanso retribuido de por lo menos 12 semanas, por ser el tiempo razonable para salvaguardar la protección social a la maternidad y preservar la salud de la mujer y del producto de la concepción. Así, debe señalarse que si el parto ocurre antes de la fecha fijada aproximadamente, con mayor razón debe salvaguardarse la salud de ambos (madre e hijo), pues se trata de un alumbramiento fuera de las características normales, que aconteció por cuestiones inherentes a la naturaleza biológica, pues se trata de un nacimiento prematuro, por ello, tanto la madre como el hijo requieren de mayores cuidados. De ahí que cuando no pueda disfrutarse en su totalidad del periodo prenatal de 6 semanas por haberse adelantado el parto, entonces el resto de los días no disfrutados deberán ser transferidos al periodo de posparto, con la finalidad de salvaguardar la salud de la madre y del hijo, pues es posible que la fecha del parto sea imprecisa, por lo que es necesario atender a las necesidades biológicas de la madre y del infante, ya que con ello se beneficiarían los dos, en virtud de que tal situación permitiría una mayor integración entre ellos, además de que aquella contará con un periodo mayor respecto de la incapacidad posparto, lo que contribuiría al mejor desarrollo físico, psicológico y emocional de ambos y, asimismo, se preservaría su salud, protegiendo así los derechos fundamentales de la madre trabajadora, consagrados tanto en la Constitución Federal como en los instrumentos internacionales.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 315/2012. María Dolores Barba Pulido. 20 de septiembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Rodolfo Castro León. Secretaria: Martha Leticia Bustos Villarruel. (Énfasis añadido)

El Instituto Mexicano del Seguro Social ha refrendado su compromiso de implementar una política institucional en materia de derechos humanos, que se constituya por acciones concretas. En este sentido, lo dispuesto en el artículo 101, de la Ley del Seguro Social, debe ser interpretado a la luz de los principios pro persona y de convencionalidad, es decir, en armonía con lo previsto en el texto constitucional y los tratados internacionales, a fin de conceder a las mujeres trabajadoras el beneficio más amplio que en derecho corresponda, en relación al disfrute del subsidio que se otorga en ocasión de las semanas de incapacidad por maternidad, la cuales pueden ser transferidas antes del parto para después de éste y, por ende, el pago del subsidio también.

De conformidad con lo previsto en el Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social en los artículos 137 y 138, se considera incapacidad temporal para el trabajo, la pérdida de facultades o aptitudes físicas o mentales que imposibilitan parcial o totalmente al asegurado para desempeñar su actividad laboral habitual por algún tiempo, lo cual será amparado por el documento médico legal, que se expide en los formatos oficiales al asegurado, para hacer constar la incapacidad temporal para el trabajo.

¹ Época: Décima Época. Registro: 2002802. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2. Materia(s): Laboral. Tesis: III.3o.T.12 L (10a.). Página: 1368

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 143, del Reglamento en comento, el certificado de incapacidad prenatal comprenderá los 42 días anteriores a la fecha que se señale como probable del parto, y cuando la fecha probable del parto determinada por el médico no concuerde con la real de aquél, los certificados de incapacidad que se expidan antes del parto y después del mismo deberán ajustarse en los términos señalados en el propio artículo.

Es imperante que los procedimientos a cargo del Instituto Mexicano del Seguro Social y en virtud de los cuales se otorgan las diferentes prestaciones económicas y en especie que contempla la Ley de la materia, sean influenciados por una modernización acorde a las necesidades que reclama la población derechohabiente actual, lo cual reafirma el compromiso señalado en líneas anteriores.

La incapacidad temporal para trabajar que se otorga durante un período del embarazo y del puerperio, y que es expedida por el personal médico institucional, en apego al marco normativo interno, debe ajustarse también a lo previsto en el "Decreto que establece las medidas para el uso eficiente, transparente y eficaz de los recursos públicos, y las acciones de disciplina presupuestaria en el ejercicio del gasto público, así como para la modernización de la Administración Pública Federal", y a los Lineamientos para la aplicación y seguimiento de las medidas señaladas en el Decreto, publicados en el Diario Oficial de la Federación, con fecha 10 de diciembre de 2012 (modificado el 30 de diciembre de 2013) y el 30 de enero de 2013, respectivamente.

De tal suerte, en principio, no existiría impedimento jurídico alguno para que, atendiendo a los criterios innovadores de la Administración Pública Federal, y a la postre en beneficio de la madre trabajadora, la modalidad en la que se expide actualmente la incapacidad temporal para el trabajo y se otorga el correspondiente subsidio por maternidad pueda ser modificada para que se expida un solo certificado de incapacidad, que ampare tanto el período prenatal como el postnatal, y consecuentemente se pague en una sola exhibición el subsidio, máxime que el certificado seguiría comprendiendo hasta los 84 días naturales de descanso que contempla actualmente la Ley del Seguro Social, en su artículo 101, a partir de la certificación del estado de embarazo que realice el Instituto.

En caso de que el parto tenga verificativo en fecha posterior a la determinada por los servicios médicos institucionales, los días excedentes de descanso deberán ser amparados a través de certificados de enlace por concepto de enfermedad general, de acuerdo a lo que señala el artículo 143, fracción I, del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.

En virtud de lo antes expuesto, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 75, fracciones I y VII, del Reglamento Interior del Instituto Mexicano del Seguro Social y de una interpretación armónica de lo previsto en los artículos 1 y 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 y 4 del Convenio 103, y 6 del Convenio 183, de la Organización Internacional del Trabajo; 101, de la Ley del Seguro Social; y 170, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, esta Dirección Jurídica fija el siguiente:

CRITERIO DE INTERPRETACIÓN, PARA EFECTOS ADMINISTRATIVOS, DEL ARTÍCULO 101 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL

Primero.- El subsidio por maternidad previsto en el artículo 101, de la Ley del Seguro Social, debe otorgarse a las madres trabajadoras en la misma forma en la que éstas disfrutan de las semanas de descanso concedidas mediante incapacidad del Instituto, por lo que si dichas semanas son transferidas del período antes del parto para después del mismo, en términos del artículo 170, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, el pago del subsidio debe seguir la misma suerte.

Segundo.- La incapacidad para trabajar por maternidad comprende tanto el período prenatal como el postnatal, por lo que no existiría impedimento jurídico alguno para que el certificado por incapacidad en comento se expida desde el inicio de la incapacidad y por el total de días que resulte de la suma de ambos períodos, en los términos señalados en el punto anterior, que podrá ser de hasta 84 días, de acuerdo al planteamiento descrito.

Tercero.- En aquellos casos en los que el parto ocurra en una fecha posterior a la estimada por el Instituto, los días que medien entre estos eventos deberán sumarse a los días amparados por el certificado único de incapacidad para trabajar por maternidad, entregándose a la madre trabajadora el subsidio correspondiente por concepto de enfermedad general, de conformidad con lo previsto en el artículo 143, fracción I, del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social.

En consecuencia, se deja sin efectos el oficio número 0952174000/0039, de fecha 31 de enero de 2013, emitido por esta Dirección Jurídica, así como a todos aquellos que se opongán a lo aquí mencionado.

Sin otro particular, les saludo cordialmente.

Ciudad de México, a 9 de junio de 2016.- El Titular de la Dirección Jurídica, **Patricio Enrique Caso Prado**.- Rúbrica.

(R.- 436396)