

San José, 8 de julio de 2025
DJ-C-467-2025

Señora
MBA. Roxana Arrieta Meléndez
Dirección de Gestión Humana
S.D.

Estimada señora

En oficio número PJ-DGH-0359-2023, comunicado el 29 de junio de 2023, aclarado y ampliado los días 10 de agosto y 17 de noviembre de 2023, la Dirección de Gestión Humana formula una serie de consultas relacionadas con el tratamiento que debe brindarse a las licencias otorgadas al amparo de la *Ley número 7756*, denominada *Beneficios para los responsables de pacientes en fase terminal y personas menores de edad gravemente enfermas*. Seguidamente, se atiende la consulta y se contestan las preguntas formuladas por la oficina gestionante.

1. La consulta. Planteamiento de la respuesta.

Mediante correo electrónico remitido el 29 de junio de 2023, la Dirección de Gestión Humana formula la siguiente consulta:

En virtud de que se requiere realizar el desarrollo de funcionalidades y mejoras en los sistemas informáticos, para el pago correcto de las incapacidades en el Poder Judicial, se están analizando los alcances de las licencias otorgadas por la Caja Costarricense del Seguro Social, con la finalidad de que las personas trabajadoras puedan asistir a sus familiares, y que están contempladas en el Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los Beneficiarios del Seguro de Salud:

Artículo 20.- De la licencia por Fase Terminal. En caso de que un asegurado activo (a) solicite el beneficio de la licencia por cuidado de paciente en fase terminal se debe proceder de acuerdo con lo que establece la Ley 7756 y sus reformas, y el Instructivo Beneficios para los responsables de pacientes en fase terminal.

En la Ley 7756: Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal y Personas Menores de Edad Gravemente Enfermas, se establece lo siguiente:

"Artículo 1.- Licencia y subsidio Toda persona activa asalariada que, por el procedimiento señalado en esta ley, se designe responsable de cuidar a un paciente en fase terminal o a una persona menor de edad gravemente enferma, gozará de licencia y subsidio en los términos que adelante se fijan, siempre que no medie retribución alguna."

Por otro lado, en la Ley 9353 para Garantizar el Interés Superior del Niño, la Niña y el Adolescente en el Cuidado de la persona menor de edad Gravemente Enferma, se contempla:

"Artículo 3.- Pacientes en fase terminal y personas menores gravemente enfermas

Se considerarán en fase terminal los pacientes que presenten una enfermedad avanzada, progresiva e incurable, que implique la falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico y que su expectativa de vida sea menor o igual a seis meses, sin perjuicio de que el paciente reaccione positivamente al tratamiento y se extienda el plazo de vida.

Las personas menores de edad gravemente enfermas son aquellas que sufren una enfermedad con efectos significativos en su salud, la cual pone al paciente en riesgo de muerte, cuyo tratamiento, a criterio del médico tratante, requiere el concurso de los progenitores que ejercen la patria potestad, el tutor, el curador, el representante legal o, en ausencia de estos, el familiar más cercano del enfermo para su cuidado."

En lo que respecta al cuidado de las personas menores de edad gravemente heridas [sic], se reconocen dos tipos de licencias:

a. Licencia para cuidado de persona menor gravemente enferma (Toda persona asegurada activa asalariada que sea designada como responsable para cuidar a una persona gravemente enferma MENOR DE EDAD).

b. Licencia extraordinaria (Toda persona asegurada activa asalariada que sea designada como responsable para cuidar a una persona enferma: menor de edad, o, mayor de edad hasta los 25 años, pero dependiente de alguno de sus progenitores o persona responsable (ejemplo: estudiantes)).

Cabe indicar, que los aportes para cubrir el costo de los subsidios de las citadas licencias, provienen del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF), por lo que, según información suministrada por la CCSS, si se comprueba que la persona trabajadora que se encuentra cubierta por alguna de esas licencias recibe otra retribución diferente al subsidio que le otorga la CCSS para cuidar al paciente, se le suspende el pago del subsidio con fondos que provienen de FODESAF.

Es importante señalar que, en el Poder Judicial con el procedimiento actual para el cobro de incapacidades, si la CCSS comunica que se realizó un pago por los tipos de licencias señalados anteriormente, en la quincena próxima se aplica el rebajo correspondiente del salario, hasta la recuperación total de la suma cancelada por esa entidad. Lo anterior, por cuanto a la fecha no existe ninguna política institucional que haga referencia a que la persona servidora judicial que se encuentre con alguna de estas licencias, por recibir un subsidio por parte de la CCSS, no puede percibir salario.

Esta situación cobra relevancia al cambiar la forma de pago de las incapacidades, dado que en apego al artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, corresponde el cálculo del porcentaje que le compete al patrono asumir como salario, siendo la fórmula del pago la siguiente:

Hasta dos salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 mayo de 1993 (oficinista 1), según Ley del Presupuesto Nacional, percibirán el cien por ciento (100%) del promedio del ingreso.

Sobre el exceso de dos salarios y hasta tres salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 mayo de 1993, percibirán el ochenta por ciento (80%) del promedio del ingreso.

Sobre el exceso de tres salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993, percibirán el 60% promedio del ingreso.

El salario que debe utilizarse como base de cálculo para el pago que realiza la CCSS, con motivo del Subsidio contemplado en el artículo 5 de la Ley N° 7756 (reformado por la Ley N° 8600 de 17 de setiembre de 2007), es el correspondiente al “auxiliar administrativo” del Poder Judicial, de conformidad con lo que establece el párrafo tercero del artículo 2º de la Ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993.

Cabe destacar, que la Ley Marco de Empleo Público, Ley 10159 en lo que respecta al otorgamiento de permisos remunerados para el

cuido de un familiar con enfermedad o discapacidad, contempla lo siguiente:

“ARTICULO 39- Permiso remunerado para reducir hasta en un tercio la jornada laboral, cuando se requieran cuidar un familiar con enfermedad o discapacidad. Se podrá otorgar un permiso remunerado, hasta en un tercio de la jornada, durante un período máximo de un año, para que la persona servidora pública pueda cuidar a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, con discapacidad o por razones de enfermedad terminal o accidente.

ARTÍCULO 40- Permiso no remunerado para reducir hasta en un tercio la jornada laboral, cuando se requiera cuidar a un familiar con enfermedad o discapacidad. Se podrá otorgar un permiso no remunerado, hasta en un tercio de la jornada laboral, durante un período máximo de un año calendario, para que la persona servidora pública pueda cuidar a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, con discapacidad en situación de dependencia funcional o por razones de enfermedad terminal o accidente grave”.

Así las cosas, se remite esta gestión para contar con su análisis, de manera que se pueda sustentar la posición sobre el trámite de pago que debe adoptar el Poder Judicial, cuando medie una licencia por Fase Terminal, para cuidado de persona menor gravemente enferma o Extraordinaria, otorgada por la Caja Costarricense del Seguro Social, siendo que la condición que existe para el pago del subsidio es que no medie retribución alguna de parte del patrono.

Mediante correo electrónico remitido el pasado 6 de julio de 2023, ejerciendo sus potestades reglamentarias, por considerar imprecisa la consulta, esta Dirección Jurídica solicitó a la oficina peticionaria *aclarar si lo requerido es referirse únicamente a “la posición sobre el trámite de pago que debe adoptar el Poder Judicial, cuando medie una licencia por Fase Terminal, para cuidado de persona menor gravemente enferma o Extraordinaria, otorgada por la Caja Costarricense del Seguro Social” o si se requiere introducir y desarrollar temas que van más allá del trámite que debe seguir la institución en el caso del pago de los subsidios relacionados con las licencias antes mencionadas.* Además, apuntó, en caso de requerirse criterio jurídico sobre otros temas relacionados con el pago de los

subsídios de las licencias aludidas, indicar en forma expresa, concreta y precisa, cuales temas deberán ser analizados por la Dirección Jurídica.

En vista de lo anterior, a través de correo electrónico remitido el 10 de agosto de 2023, el personal de la Dirección de Gestión Humana manifestó lo siguiente:

(...) en adición al oficio PJ-DGH-JP-0359-2023 sobre la solicitud de criterio para el trato de las licencias de fase terminal, se remiten los argumentos que se considera deben ser valorados en dicho criterio:

1. Socorro Mutuo:

El rebajo quincenal de socorro mutuo le da derecho a la persona servidora judicial propietaria para que, en caso de fallecer, se le cancele a sus beneficiarios el socorro mutuo correspondiente, pero si no percibe salario por tener una licencia por fase terminal, extraordinaria y menor gravemente enfermo, no se le va a rebajar esa cuota obligatoria.

2. Póliza de riesgos del trabajo:

Al no percibir salario, no se incluye en la planilla mensual que se remite al INS para la póliza de riesgos del trabajo. Debe quedar claro que no tiene derecho a la cobertura de dicha póliza, porque no está laborando.

3. Aportes al Fondo de Jubilaciones y Pensiones:

El rebajo quincenal del porcentaje correspondiente al fondo de jubilaciones y pensiones, le permite cotizar para el régimen jubilatorio del Poder Judicial, por lo que al no percibir salario por tener una licencia por fase terminal, extraordinaria y menor gravemente enfermo, no se le va a rebajar esa cuota obligatoria, por ende, la JUNAFO debe tener conocimiento de esta situación.

4. Reconocimiento de anuales de servicio:

Se requiere definir si la licencia por fase terminal, extraordinaria y menor gravemente enfermo, suspende la relación laboral, de manera que de ser así, el periodo total de la licencia no se debe computar para el pago de la anualidad, siendo que esta situación debe ser analizada a la luz del reglamento de evaluación del desempeño.

5. Aporte patronal por cesantía:

Actualmente, si la persona servidora judicial registra una incapacidad o una licencia por maternidad, fase terminal, extraordinaria y menor gravemente enfermo, por el rebajo quincenal que se aplica del salario para recuperar lo pagado por la CCSS, no se le puede rebajar lo correspondiente a las cuotas de asociado de las entidades que

administran su cesantía, por lo que el Consejo Superior en su momento acordó que el patrono Poder Judicial por esta situación está obligado a trasladar quincenalmente a esas entidades lo proporcional al 2.33% del salario total percibido, por concepto de aporte patronal. Siendo que la persona con las licencias citadas no va a percibir salario alguno, qué corresponde en estos casos, será que el Poder Judicial está obligado a trasladar un aporte patronal sobre un salario que no devengó.

6. Reporte en planilla mensual de la CCSS:

En el archivo del SICERE se incluye una línea que refiere a la licencia que tiene la persona por el periodo de facturación con salario en cero colones. Es posible que la persona servidora judicial que tiene una licencia por fase terminal, extraordinaria o por menor gravemente enfermo, se le extienda una incapacidad por enfermedad o una licencia por maternidad, por lo que la licencia se cesa. En la tarde de hoy conversando con don Arnoldo León de la CCSS sobre esta situación, éste indica que el hecho de que no se reporte salario al SICERE para la persona por la licencia, no es limitante para que sea atendido en el centro médico y se le entreguen los medicamentos correspondientes, no obstante, no se le va a validar la incapacidad correspondiente y tampoco se le va cancelar subsidio alguno, con mucha más razón, si la persona no registra salarios durante los 3 meses anteriores a la incapacidad, de manera que solamente va a percibir el 40% del salario por parte del Poder Judicial.

Así las cosas, se requiere definir la posición del Poder Judicial con respecto al artículo 42, para completar el 100% del salario.

En lo que respecta al tema de Vacaciones y prestaciones legales, se realizó la consulta al señor Juan José Carvajal, de la Unidad de Prestaciones Legales del Subproceso de Administración de Personal, dado que Don Carlos Lizano, Jefe de ese Subproceso, se encontraba de Vacaciones en ese momento, de manera que se exponen literalmente a continuación, los argumentos e interrogantes esgrimidas sobre lo indicado anteriormente:

Reconocimiento de vacaciones:

Pago de vacaciones proporcionales y prestaciones legales:

7. Si correspondiera el pago de salario en el Poder Judicial:

1. Reconocimiento de vacaciones:

¿Se mantendría como actualmente se ejecuta desde el subproceso, es decir, considerando activa a la persona funcionaria judicial cuando mes a mes suma la proporción de los días de vacaciones que le corresponden pese a que no se recibe el 100% del salario?

2. Pago de vacaciones proporcionales y prestaciones legales:

¿Se mantendría como actualmente se ejecuta desde el subproceso, ya que al no recibir el 100% de su remuneración salarial, corresponde

determinar si al igual que se plantea en el reconocimiento de vacaciones, sí se le debe computar el tiempo servido, y por ende el porcentaje de salario recibido sería el de referencia, para estimar los pagos de las prestaciones legales.

8. Si no correspondiera el pago de salario en el Poder Judicial:

Bajo este escenario, si no se devenga salario por parte del Poder Judicial, resultaría importante definir si las licencias por fase terminal, extraordinaria y menor gravemente enfermo tendrían el mismo impacto la que las licencias de un permiso sin goce de salario, de ser así debería analizarse lo siguiente:

a. Reconocimiento de vacaciones:

¿Mientras la persona sea beneficiaria de la licencia en análisis, no computaría días de vacaciones? Lo anterior en el entendido de que estaría suspendida la relación laboral y por consiguiente estaría inactiva.

b. Pago de vacaciones proporcionales y prestaciones legales:

Al registrar una suspensión de la relación laboral que implica no devengar salario en los últimos 6 meses de salario por motivo de aplicación de esta licencia, para la estimación del pago de auxilio de cesantía:

¿El estudio deberá retrotraerse hasta que se complete el estudio con un período que si compute salario o bien debe considerarse para efectos del cálculo de pago los montos de subsidio percibidos inmersos en el período de cálculo?

¿Para efectos del pago de vacaciones proporcionales, resulta importante determinar si al mediar una licencia dentro del período de cálculo, los días de vacaciones a pagar se estimarían únicamente con la proporción de los períodos en que medie el 100% del salario o bien debe ser considerado los períodos en que devengo subsidio?

Esperamos haber considerado oportunamente todos los aspectos y procesos que puedan tener afectación por el trámite que se le dé a las licencias por fase terminal.

Además, mediante correo electrónico remitido el 16 de noviembre de 2023, por estimarse necesario para atender las consultas remitidas, se solicitó a la Dirección de Gestión Humana: *1.) Indicar el trato administrativo brindado por el Poder Judicial a las personas servidoras judiciales beneficiarias de la licencia y el beneficio indicados, durante la vigencia de la licencia respectiva, aclarando si tales personas, aparte del subsidio señalado, reciben salario por parte de la institución, así como la proporción que reciben, y el trámite seguido para cobrar las diferencias*

existentes entre lo cancelado por concepto de subsidio y lo cancelado por concepto de salario. Además, dentro de este mismo punto, deberá aclararse si la institución realiza los rebajos salariales correspondientes a impuestos, cargas sociales y otros que resulten relevantes para contestar la consulta formulada por la Dirección de Gestión Humana, y; 2.) Indicar la fundamentación normativa o administrativa, o bien la autorización institucional, utilizada para implementar el procedimiento expuesto por la Dirección de Gestión Humana al contestar el punto anterior. Se advierte que esta información es fundamental para contestar la consulta planteada.

El 17 de noviembre de 2023, la Dirección de Gestión Humana contestó lo siguiente:

1. Indicar el trato administrativo brindado por el Poder Judicial a las personas servidoras judiciales beneficiarias de la licencia y el beneficio indicados, durante la vigencia de la licencia respectiva, aclarando si tales personas, aparte del subsidio señalado, reciben salario por parte de la institución, así como la proporción que reciben, y el trámite seguido para cobrar las diferencias existentes entre lo cancelado por concepto de subsidio y lo cancelado por concepto de salario. Además, dentro de este mismo punto, deberá aclararse si la institución realiza los rebajos salariales correspondientes a impuestos, cargas sociales y otros que resulten relevantes para contestar la consulta formulada por la Dirección de Gestión Humana.

El actuar de la Dirección de Gestión Humana en lo que respecta a las licencias por fase terminal, es conforme a lo establecido en el procedimiento definido para el trámite de la incapacidad y pago del subsidio correspondiente al tipo de incapacidad o licencia otorgado por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), plasmado en el instructivo aprobado para tal efecto por el Consejo Superior, en sesión 111-16, del 13 de diciembre de 2016, artículo XXXI, es importante indicar, que en el caso de las licencias por fase terminal, el trato es el mismo que se le da al resto de incapacidades o licencias emitidas por la CCSS, es decir, el Poder Judicial cancela el 100% del salario a la persona servidora judicial por el periodo de la licencia, siendo que una vez que la CCSS comunica que le acredító el subsidio a la persona, se le aplica una deducción de la planilla quincenal por el total del monto depositado por esa entidad, hasta la cancelación total de la suma. (puede consultar el apartado 7 del citado instructivo)

Es importante señalar, que el cálculo del monto depositado por la CCSS responde a las diferentes fórmulas definidas para tal efecto por esa entidad, con base en el promedio de los salarios consignados en las planillas procesadas por la CCSS, durante los tres meses inmediatamente anteriores a la licencia, en los cuales no registre otras incapacidades. a saber:

- Hasta dos salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 mayo de 1993 (oficinista 1), según Ley del Presupuesto Nacional, percibirán el cien por ciento (100%) del promedio del ingreso.
- Sobre el exceso de dos salarios y hasta tres salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 mayo de 1993, percibirán el ochenta por ciento (80%) del promedio del ingreso.
- Sobre el exceso de tres salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993, percibirán el 60% promedio del ingreso.

Las licencias que se otorgan al asalariado para cuidar a un paciente en fase terminal, se pagan completas, sin rebajo de los tres primeros días.

El salario que debe utilizarse como base de cálculo para el pago que realiza la CCSS, con motivo del Subsidio contemplado en el artículo 5 de la Ley N° 7756 (reformado por la Ley N° 8600 de 17 de setiembre de 2007), es el correspondiente al “auxiliar administrativo” del Poder Judicial, de conformidad con lo que establece el párrafo tercero del artículo 2º de la Ley N° 7337 del 5 de mayo de 1993.

Sobre las deducciones aplicadas al salario devengado por las personas servidoras judiciales:

En el apartado 11 del Instructivo para el pago y cobro de incapacidades, en lo que respecta a la aplicación de las deducciones de los salarios de las personas servidoras judiciales que registran un pago de subsidio por incapacidad, se establece lo siguiente:

“...

5- En el proceso de pago se realizará el rebajo del monto correspondiente al subsidio denominado “Rebajo de subsidio por incapacidad”.

6- Las deducciones se realizarán en forma quincenal y automáticamente, de acuerdo a lo dispuesto por el Consejo Superior en la Sesión N°102-15 del 19 de noviembre de 2015, artículo LXXX, en el siguiente orden:

1. Impuesto de Renta
2. Fondo de Jubilaciones y Pensiones
3. Seguro de Enfermedad
4. Ahorro Obligatorio Banco Popular
5. Subsidio por incapacidad
6. Pensión Alimentaria
7. Embargos
8. Y demás deducciones voluntarias (Bancos, Cooperativas, Asociaciones, Colegios Profesionales y otros).

7- Es importante recordar que las deducciones correspondientes a los subsidios, se podrán aplicar sin perjuicio, de que la suma depositada por el Poder Judicial como salario líquido no cubra la totalidad de las obligaciones voluntarias, para lo cual la persona incapacitada deberá proceder con los pagos de sus compromisos, a partir del monto que recibe de la CCSS por concepto de subsidio.

8- Los pagos de subsidio no se consideran como anticipos o pagos hechos en exceso por el patrono, por tanto no se puede aplicar la deducción según lo establece el artículo 173 del Código de Trabajo, el cual indica que las deudas que el trabajador contraiga con el patrono por concepto de anticipos o por pagos hechos en exceso, se amortizarán durante la vigencia del contrato en un mínimo de cuatro períodos de pago y no devengarán intereses. En razón de lo anterior, el monto correspondiente al subsidio no se podrá aplicar en tráctos y se recuperará de forma inmediata en la quincena siguiente o subsiguientes a la comunicación del depósito del subsidio por parte de la CCSS..."

De la información anterior, nótese que las deducciones de ley e impuesto sobre la renta tienen prioridad en el orden de aplicación, siendo que una vez que se rebajan, sobre el remanente se deduce el monto del subsidio por incapacidad, que tiene prioridad incluso, sobre pensiones alimentarias y embargos.

De igual forma, las deducciones voluntarias, entiéndase rebajos de bancos, cooperativas, colegiaturas, asociaciones y otros, no tienen prioridad sobre el rebajo de subsidio por incapacidad.

2. Indicar la fundamentación normativa o administrativa, o bien la autorización institucional, utilizada para implementar el procedimiento expuesto por la Dirección de Gestión Humana al contestar el punto anterior. Se advierte que esta información es fundamental para contestar la consulta planteada.

El actuar de la Dirección de Gestión Humana se fundamenta en los acuerdos del Consejo Superior que se citan a continuación:

- Sesión N° 57-15 celebrada el 18 de junio de 2015, artículo II
- Sesión del Consejo Superior N° 102-15, del 19 de noviembre de 2015, artículo LXXX
- Sesión N° 76-16 celebrada el 11 de agosto del 2016, artículo XXIV
- Sesión N° 111-16 celebrada el 13 de diciembre del 2016, artículo XXXI (aprobación del instructivo para el pago y cobro de subsidio por incapacidad).

También se pueden consultar los **criterios emitidos por la Dirección Jurídica**, que versan sobre temas atinentes a las incapacidades y subsidios por incapacidad en el Poder Judicial:

- DJ-AJ-1339-2015.
- DJ-AJ-1399-2015.
- DJ-AJ-1549-2015.
- DJ-AJ-2157-2016 del 24 de agosto 2016.
- DJ-AJ-3190-2016 del 29 de noviembre del 2016.

Espero haber atendido oportunamente la información solicitada. Cualquier consulta, Adriana y yo estamos para servirle en lo que requiera.

Conforme a lo expuesto, se aprecia que la temática referida y las consultas formuladas por la Dirección de Gestión Humana abarcan diversas cuestiones, cuya atención demanda una amplia revisión de los aspectos aludidos. En consecuencia, este dictamen se enfocará, en primer lugar, en analizar el régimen jurídico de los beneficios concedidos por la legislación vigente para que las personas trabajadoras puedan cuidar pacientes en fase terminal o gravemente enfermos. Posteriormente, expondrá las conclusiones de ese análisis, a fin de que la Dirección de Gestión Humana cuente con elementos jurídicos que le permitan definir el trato que la institución debe dar a la gestión de las licencias consultas. Finalmente, en caso de resultar necesario, se contestarán las preguntas remitidas por la oficina consultante.

2. Aspectos introductorios.

En un primer momento, la Dirección de Gestión Humana solicita criterio para sustentar el trámite de pago que debe adoptar la institución cuando tramita una licencia para el cuidado de persona en fase terminal o gravemente enferma, tomando en cuenta que la condición existente para el pago del subsidio asociado a ese beneficio es la ausencia de retribución por parte del patrono.

No obstante, por estimar imprecisa la consulta, dado que la Dirección Jurídica carece de competencia para definir el trámite administrativo que debe brindarse a la situación referida, esta oficina asesora pidió señalar en forma expresa las circunstancias que requerían valoración jurídica. Por ello, en una segunda oportunidad, la instancia consultante solicitó indicar el tratamiento que debe brindar la institución a diversos aspectos de la relación estatutaria judicial cuando tramita una licencia para cuidado de persona en fase terminal o gravemente enferma. Esos aspectos son: socorro mutuo, póliza de riesgos de trabajo, aportes al fondo de jubilaciones y pensiones, reconocimiento de anuales de servicio, aporte patronal por cesantía, reporte mensual de planilla a la CCSS, reconocimiento de vacaciones y pago de prestaciones legales.

Entonces, entendiendo que lo consultado es el tratamiento legal que debe darse a diversos aspectos de la relación estatutaria judicial cuando se tramita licencia y subsidio para cuidado de paciente en fase terminal o persona gravemente enferma, resulta necesario revisar las regulaciones atinentes a esas prestaciones, con la intención de identificar el régimen jurídico aplicable a ellas y así, a partir de este, si resultara necesario, definir el trato que debe brindar el Poder Judicial a las circunstancias laborales mencionadas en la consulta remitida por la Dirección de Gestión Humana.

3. Cuestiones generales.

Dentro de los beneficios sociales que ofrece el ordenamiento jurídico costarricense destacan las prestaciones concedidas a las personas enfermas en condiciones críticas y quienes son designados responsables de su atención, de conformidad con lo establecido en la Ley 7756, de 25 de febrero de 1998, denominada *Ley de Beneficios para los responsables de pacientes en fase terminal y personas menores de edad gravemente enfermas* (en lo sucesivo únicamente *Ley 7756*).

Desde ahora conviene señalar que esa legislación se complementa con lo dispuesto por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) en el *Reglamento 8712*, de 24 de abril de 2014, denominado *Reglamento para el otorgamiento de Incapacidades y Licencias a los beneficiarios del Seguro de Salud* (en adelante *Reglamento 8712*), y en el *Instructivo Beneficios para los responsables de pacientes en fase terminal según la Ley 7756 y sus reformas* (en lo sucesivo simplemente el *Instructivo*).

En términos generales, la normativa citada busca garantizar el derecho a la salud y el bienestar de las personas enfermas, mientras brinda apoyo social, laboral y económico a quienes se desempeñen como sus cuidadores. Su implementación requiere coordinar las prestaciones ofrecidas por el sistema de seguridad social a las personas enfermas, con el ámbito laboral de quienes asumen la responsabilidad de cuidar, para garantizar que estas últimas puedan cumplir su función sin afectar su estabilidad económica.

4. Análisis de la normativa vinculada con la consulta.

Dentro del contexto expuesto, la Ley 7756 confiere a las personas asalariadas aseguradas directas la posibilidad de solicitar a la CCSS la asignación de beneficios que le permitan asistir a una persona gravemente enferma. A grandes

rasgos, esos beneficios son licencia laboral y subsidio económico. Según el artículo 1 de la citada ley, la persona asalariada activa que, siguiendo el trámite correspondiente, sea designada como responsable de cuidar a un paciente en fase terminal, o a una persona menor de edad gravemente enferma, gozará de licencia para el cumplimiento de ese deber y, además, durante el tiempo que se mantenga ese beneficio, percibirá un subsidio económico, siempre que no medie ninguna otra retribución.

Artículo 1- Licencia y subsidio.

Toda persona activa asalariada que, por el procedimiento señalado en esta ley, se designe responsable de cuidar a un paciente en fase terminal o a una persona menor de edad gravemente enferma gozará de licencia y subsidio en los términos que adelante se fijan, siempre que no medie retribución alguna.

En la planificación presupuestaria anual de los subsidios indicados y según la provisión de los recursos financieros disponibles para estos efectos, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), en el ejercicio de su autonomía administrativa, siempre procurará que los fondos que se destinen al otorgamiento del beneficio a los responsables de los pacientes en fase terminal sean suficientes para cubrir la demanda de ese año, para lo cual realizará los análisis y las proyecciones financieras necesarios, según lo estime conveniente.

El artículo 3 del *Instructivo* define esa licencia como el período de tiempo que otorga la CCSS a la persona responsable, para que cuide a la persona enferma. Además, añade, durante ese lapso, existe derecho a percibir asistencia económica, la cual define como la suma de dinero otorgada al asegurado directo en virtud de la asignación de licencia para cuido de persona enferma.

Artículo 3º De las definiciones.

De acuerdo con lo que señala la ley, se entiende como:

(...).

Licencia: Periodo de tiempo con derecho a subsidio otorgado por la Caja Costarricense de Seguro Social al trabajador asalariado, con la finalidad de que cuide a un paciente en fase terminal.

(...).

Subsidio: Suma de dinero que se paga al asegurado directo activo asalariado, por motivo de una licencia para cuidar a un paciente en fase terminal.

En cuanto a la persona trabajadora designada para cuidar a quien se encuentra padeciendo una enfermedad (terminal o grave), esta se denominará *Responsable*. Según el ordinal 2 de la Ley 7756, la persona *Responsable* debe mantener una relación de familiaridad, afinidad o responsabilidad con la persona enferma, de manera que ese vínculo garantice el cumplimiento de la labor encomendada.

Artículo 2º- Responsable.

El responsable designado podrá ser un familiar o cualquier otra persona que, por su vínculo afectivo y responsabilidad, se estime que cumplirá en forma debida la misión que se le encomienda, a juicio del mismo paciente, o cuando sus condiciones no se lo permitan, a criterio del médico tratante.

En igual sentido el artículo 3 del *Instructivo* apunta y adiciona que, quien ocupe el cargo de *Responsable* deberá ser una persona trabajadora asalariada que mantenga algún vínculo afectivo con el paciente.

Artículo 3º De las definiciones.

De acuerdo con lo que señala la ley, se entiende como:
(...).

Responsable: Trabajador asalariado, familiar o no del enfermo, por cuyo vínculo afectivo a juicio del paciente o criterio del médico tratante, se estima cumplirá en forma debida la misión de cuidarlo durante su enfermedad.

Además, el numeral 1 de la Ley 7756 establece que las prestaciones previstas en su contenido se conceden en dos supuestos. El primero hace referencia al cuidado de una persona enferma que se encuentre en fase terminal. El artículo 3 de la Ley 7756 define al paciente en fase terminal como la persona que padece una enfermedad incurable, progresiva y avanzada, que presenta una esperanza de vida inferior a seis (6) meses, sin perjuicio de que tal expectativa pueda extenderse como consecuencia directa de una reacción positiva al tratamiento médico.

Artículo 3.- Pacientes en fase terminal y personas menores gravemente enfermas.

Se considerarán en fase terminal los pacientes que presenten una enfermedad avanzada, progresiva e incurable, que implique la falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico y que su expectativa de vida sea menor o igual a seis meses, sin perjuicio de que el paciente reaccione positivamente al tratamiento y se extienda el plazo de vida.

(...).

Por su parte, en términos más sencillos, el *Instructivo* explica que el paciente en fase terminal es la persona con una expectativa de vida igual o menor a seis (6) meses, a criterio del médico tratante, agregando que la fase terminal se entiende como la etapa de vida caracterizada por la presencia de una enfermedad incurable y avanzada.

Artículo 3º. De las definiciones.

De acuerdo con lo que señala la ley, se entiende como:

Paciente en fase terminal: Persona cuya expectativa de vida es igual o menor a seis meses, a criterio del médico tratante.

Fase terminal: Se refiere a aquella fase de la vida que se caracteriza por la presencia de una enfermedad avanzada, progresiva e incurable. Incluye la falta de posibilidades razonables de respuesta al tratamiento específico. En ella se presenta numerosos problemas o síntomas intensos, múltiples, multifactoriales y cambiantes. Se muestra gran impacto emocional en la persona que la experimenta, familia y equipo terapéutico, muy relacionado con la presencia explícita o no, de la muerte.

(...).

El segundo supuesto alude al cuidado de una persona menor de edad gravemente enferma. El citado numeral 3 de la Ley 7756 define este tipo de paciente como la persona menor de edad afectada por una enfermedad que pone en riesgo la continuidad de su vida, de manera que debe brindársele tratamiento médico involucrando a quienes ejercen su guarda y custodia.

Artículo 3.- Pacientes en fase terminal y personas menores gravemente enfermas.

(...).

Las personas menores de edad gravemente enfermas son aquellas que sufren una enfermedad con efectos significativos en su salud, la cual

pone al paciente en riesgo de muerte, cuyo tratamiento, a criterio del médico tratante, requiere el concurso de los progenitores que ejercen la patria potestad, el tutor, el curador, el representante legal o, en ausencia de estos, el familiar más cercano del enfermo para su cuidado.

En cuanto al procedimiento que se debe seguir para obtener los beneficios estipulados en el artículo 1 de la ley analizada, se debe tener presente los ordinales 7 de ese mismo cuerpo normativo y 4 del *Instructivo*. El primero establece que la persona enferma, o su encargada legal, debe solicitar al médico tratante¹ la emisión de un dictamen en el que conste la condición de salud del paciente, para que ese documento sirva de base a la petición de otorgamiento de licencia y subsidio, la cual debe ser resuelta por la Comisión Local Evaluadora de Incapacidades de la CCSS.

Artículo 7- Procedimiento para otorgar la licencia.

El procedimiento para otorgar esta licencia será el siguiente:

- a) A solicitud del enfermo o la persona encargada, en el caso de la persona menor de edad el médico tratante extenderá un dictamen en el cual se determine la fase terminal o la enfermedad grave.
- b) Con base en ese dictamen, el trabajador interesado solicitará, por escrito, el otorgamiento de esta licencia ante la dirección del centro médico de adscripción del paciente enfermo, para su respectiva autorización, la cual estará a cargo de la Comisión Local Evaluadora de Incapacidades.
- c) De conformidad con la autorización anterior, la dirección médica correspondiente, conforme al lugar de adscripción del trabajador responsable designado, ordenará la emisión de la constancia de licencia pertinente.

¹ El artículo 8 de la Ley N° 7756 define médico tratante en los siguientes términos: “*El médico tratante deberá ser funcionario de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), de una clínica de cuidados paliativos o de una clínica de control del dolor que pertenezca a la Caja Costarricense de Seguro Social, del Hospital Nacional de Niños, o de otros sistemas o proyectos especiales aprobados por la Junta Directiva de la Caja. El director médico del afea de adscripción del enfermo deberá analizar y, en conjunto con la Comisión Local Evaluadora de Incapacidades, podrá homologar una recomendación de licencia extraordinaria o de fase terminal, extendida por un médico particular en el ejercicio liberal de la profesión*”. Por su parte, el artículo 3 del *Instructivo: Beneficio para los responsables de pacientes en fase terminal* conceptúa al médico tratante como ”Médico de la Caja Costarricense de Seguro Social o de cualquiera de los sistemas o proyectos especiales aprobados por la Junta Directiva, o un médico en el ejercicio liberal de la profesión, quien tiene bajo su cuidado a un enfermo en fase terminal”.

Por su parte, en cuanto al procedimiento indicado, los artículos 4, 5 y 6 del *Instructivo* amplían y clarifican las diligencias que deben seguir las personas (enferma y responsable) interesadas en obtener los beneficios previstos en la Ley 7756, destacándose la inclusión del supuesto de las personas enfermas que reciben atención en sede privada.

Artículo 4º. Del trámite de las licencias.

El procedimiento para otorgar la licencia se inicia con la solicitud del enfermo o de la persona encargada en caso de imposibilidad de éste por su estado físico mental o por su edad, con base en la cual el médico tratante extiende un dictamen en que se determina la fase terminal.

Tratándose de enfermos con egreso de un centro hospitalario, la Dirección Médica de dichos centros hará constar su criterio en cuanto al padecimiento y expectativa de vida.

Dicho dictamen debe ser entregado por el responsable designado junto con su solicitud escrita, ante el centro médico donde está adscrito el enfermo para su análisis y respectiva autorización el cual estará a cargo de la Comisión Médica Local Evaluadora de Incapacidades.

Artículo 5º. De la autorización de las licencias.

Una vez designado el responsable de cuidar al paciente y con base en el dictamen antes citado, donde se determina la fase terminal, la Comisión Médica Local Evaluadora de Incapacidades del lugar de adscripción o de residencia del paciente, autoriza la licencia. Sólo se otorgará una licencia por paciente.

En caso de pacientes atendidos en forma privada o por medio de cualquiera de los sistemas o proyectos autorizados por la Caja, el otorgamiento de la licencia corresponde al lugar de adscripción cuando se trate de pacientes asegurados, caso contrario, la gestión debe realizarse en el centro médico de la Caja conforme al domicilio del enfermo.

Artículo 6º. Del lugar donde se otorgan las licencias.

Con base en la autorización citada en el Art. 5º anterior, la Dirección Médica correspondiente conforme el lugar de adscripción del trabajador responsable designado, ordena la emisión de la constancia de licencia. Cuando se trate de casos en que ha variado el domicilio del trabajador, la Dirección del nuevo centro extenderá los períodos que sean requeridos para tal efecto, debe solicitarse la información necesaria al centro médico que inició la emisión de las constancias de licencia.

Por otro lado, según el numeral 4 de la Ley 7756, las licencias analizadas se otorgan por el plazo que el médico declare al paciente en fase terminal o por el

plazo definido por el profesional tratante que declare a la persona menor de edad en condición de gravemente enferma, en los términos establecidos en los preceptos 66 del *Reglamento 8712²* y 7 del *Instructivo*. Añade la norma, durante la vigencia del beneficio, la licencia se renovará cada 30 días calendario, pudiendo ser cancelada antes de su vencimiento, mediando criterio del médico tratante.

Artículo 4- Plazo.

La licencia y el subsidio se otorgarán por el plazo en que el médico declare al paciente en fase terminal, o bien, por el que determine el médico tratante que declare a las personas menores de edad en condición de gravemente enfermas.

Durante este lapso, la licencia se renovará cada treinta días calendario y podrá ser levantada antes de su vencimiento, a juicio del médico tratante.

Aparte de lo señalado, el ordinal 7 del *Instructivo* agrega que las licencias no se otorgan cuando la persona enferma se encuentre internada en el sistema hospitalario nacional, público o privado, ni cuando la persona responsable se encuentre incapacitada por enfermedad o riesgo laboral, o con licencia por maternidad.

Artículo 7º De los plazos y condiciones de las licencias.

Las constancias de licencia, se emiten por períodos de 30 días, hasta el fallecimiento del paciente. Para tal efecto, se utilizará el formulario "Constancia de Incapacidad y Licencia", en el cual debe señalarse claramente los siguientes datos:

- Leyenda "FASE TERMINAL"
- Código de diagnóstico Z76.3 "persona sana que acompaña al enfermo"
- Riesgo: PAC. TERMINAL

² Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud. *Artículo 66.- De los plazos y condiciones de las licencias por fase terminal. Las constancias de licencia se emitirán por períodos de 30 (treinta) días, hasta el fallecimiento del paciente. Para tal efecto, se utilizará el formulario "Constancia de Incapacidad y Licencia", en el cual debe señalarse claramente los siguientes datos:* • Leyenda "FASE TERMINAL". • Código de diagnóstico Z76.3 "persona sana que acompaña al enfermo". • Tipo de licencia: Fase terminal. • Sello: Toda boleta de incapacidad y boleta de aviso al patrono deberá llevar un sello con la leyenda: Fase terminal. En caso de que el paciente fallezca antes de finalizar el período de 30 (treinta) días de licencia, ésta se suspenderá tres (3) días posteriores al fallecimiento.

Con base en ese documento el centro de salud registrará en el sistema RCPI los datos que se requieren y abrirá el respectivo expediente administrativo.

No es procedente el otorgamiento de licencias cuando el enfermo se encuentre internado en un centro médico de la Caja o privado. Tampoco se extienden cuando el responsable designado goce de una incapacidad por enfermedad o licencia por maternidad o incapacidad por riesgos del INS. En tales casos la licencia puede autorizarse una vez concluida la incapacidad o licencia por maternidad.

El numeral 9 de la *Ley 7756* indica que las licencias aludidas se cancelan por el acaecimiento de circunstancias que afecten negativamente a la persona enferma y estas sean detectadas por el médico tratante, solicitud expresa de la persona enferma o fallecimiento del paciente.

Artículo 9º- Cancelación de la licencia.

La licencia será cancelada por cualquiera de las siguientes razones:

- a) Fallecimiento del paciente.
- b) Solicitud del propio paciente.
- c) Alguna condición desfavorable que afecte al enfermo y sea detectada por el médico tratante o algún miembro del equipo de salud.

En igual sentido se pronuncia el ordinal 8 del *Instructivo* que adiciona al supuesto de solicitud formulada por la persona enferma la realización de un estudio social que confirme las circunstancias alegadas por el petente. Además, agrega como causas de suspensión de la licencia las irregularidades en su otorgamiento y la desatención de las obligaciones de la persona responsable.

Artículo 8º De la suspensión de las licencias.

La Dirección del centro médico que autoriza una licencia, puede suspenderla cuando se den algunas de las siguientes situaciones:

- Cuando se determine alguna anomalía en el otorgamiento de la licencia o que el responsable no cumpla con las obligaciones encomendadas.
- Solicitud del paciente o de la persona encargada en caso de menores, o por considerar que el enfermo no recibe el cuidado que necesita. En estas circunstancias debe mediar un estudio social que confirme tal situación.

- Solicitud del médico tratante, en razón del estado del paciente cuando se compruebe que el responsable no cumple adecuadamente con su compromiso de cuidarlo.
- Incumplimiento en artículo 9º de este Instructivo.
- Fallecimiento del enfermo.

En este último caso, si el paciente fallece antes de concluir uno de los períodos de 30 días otorgados por renovación, la licencia se da por concluida automáticamente al tercer día natural posterior al fallecimiento.

Por otro lado, el numeral 13 de la *Ley 7756* indica que la entidad administradora de la seguridad social -también- puede conceder una licencia extraordinaria, por tres meses, prorrogable por otro tanto igual, a la persona asegurada activa que requiera cuidar un familiar enfermo, siempre que concurren algunas condiciones. En este caso, también se reconoce un subsidio, mientras se encuentre vigente la licencia.

Atendiendo el contenido de la norma mencionada, las condiciones requeridas para conferir la licencia extraordinaria son las siguientes:

- a. La persona enferma mantenga una relación de dependencia con la persona asegurada activa.
- b. La persona enferma presente una situación de salud especial o excepcional.
- c. La persona enferma sea menor de edad o mayor, pero con menos de 25 años.
- d. La persona enferma, o su representante legal, solicite cuido.
- e. El médico público especialista tratante extienda un certificado recomendando la licencia, indicando que la presencia de la persona asegurada activa es indispensable o esencial para el tratamiento requerido por el paciente enfermo.

De seguido se reproduce el artículo 13 de la *Ley 7756*, que es el que habla de la licencia extraordinaria para cuido de persona enferma menor de edad o mayor pero menor de veinticinco (25) años:

Artículo 13.- Licencia extraordinaria.

La Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), en su condición de ente asegurador, concederá una licencia extraordinaria mediante el pago de un subsidio, en casos debidamente calificados, por períodos hasta de tres meses, prorrogables por un período igual, para que la persona asegurada activa pueda atender a la persona enferma, en este caso, siempre que concurran los siguientes hechos necesarios:

- a) Que el familiar enfermo tenga una relación de dependencia con la persona asegurada activa que solicita su cuidado. En el caso de las personas menores de edad, puede tratarse de los progenitores que ejercen la patria potestad, el tutor, el curador, el representante legal o, en ausencia de estos, el familiar más cercano del enfermo.
- b) Que esté de por medio una situación especial o excepcional de salud de un familiar enfermo, persona menor de edad o mayores hasta veinticinco años, dependientes de la persona asegurada activa.
- c) Que exista una solicitud del enfermo o de la persona encargada, en caso de menores de edad.
- d) Que el médico tratante, del sector público, sea especialista y que extienda un certificado médico, indicando la recomendación de la licencia, en el sentido de que la presencia de la persona asegurada activa es indispensable o esencial para el tratamiento requerido por el paciente enfermo, lo cual justifica dicho otorgamiento de forma tal que, atendiendo el interés superior de la persona menor, debe ser atendido por la persona asegurada activa.

Lo anterior, sin perjuicio de que una vez cumplida esta licencia el patrono pueda conceder licencia sin goce de salario, si así lo solicita el asegurado activo. El subsidio y el pago del subsidio de esta licencia extraordinaria se regirán por lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de esta ley.

De lo expuesto se desprende que, ordinariamente, la ley analizada permite otorgar licencia laboral y subsidio económico para que la persona asegurada trabajadora asalariada asuma el cuido de un paciente en fase terminal o de una persona menor de edad gravemente enferma. Además, extraordinariamente, admite la concesión de licencia laboral, también acompañada de subsidio económico, para que la persona asegurada se haga cargo del cuido de una persona menor de edad

o mayor pero menor de veinticinco (25) años. Lo expuesto hasta acá se sintetiza en el siguiente cuadro:

Beneficio	Tipo	Supuesto	Observaciones
Licencia	Ordinaria	Cuidar paciente en fase terminal	<ul style="list-style-type: none"> Persona asalariada activa, con relación cercana a paciente en fase terminal. Plazo: por el tiempo que se prolongue la fase terminal del paciente. Licencia se expide y renueva mes a mes.
		Cuidar persona menor de edad gravemente enferma	<ul style="list-style-type: none"> Persona asalariada activa, con relación cercana a persona menor de edad gravemente enferma. Plazo: por el tiempo que el médico tratante declare gravemente enferma a la persona menor de edad. Licencia se expide y renueva mes a mes.
	Extraordinaria	Extraordinaria para cuidar persona enferma menor de edad o mayor hasta veinticinco años.	<ul style="list-style-type: none"> Persona asegurada activa. Situación especial o excepcional de salud de una persona menor de edad o mayor hasta veinticinco años. La persona enferma debe tener una relación familiar y de dependencia con la persona asegurada.
Subsidio		Para cuidar paciente en fase terminal	<ul style="list-style-type: none"> No debe mediar retribución por labor de cuido. Se calcula con base en promedio de salarios reportados a la CCSS durante los tres (3) meses anteriores a la licencia. Se paga por períodos vencidos. Puede pagarse por períodos superiores al del pago salarial o al final de la licencia. Se financia con fondos del Fondo de Desarrollo Social y
		Para cuidar persona menor de edad gravemente enferma	
		Extraordinaria para cuidar persona enferma menor de edad o mayor hasta	

	veinticinco años.	Asignaciones Familiares, administrados por la CCSS
--	----------------------	---

Seguidamente se analizan las particularidades jurídicas de los beneficios previstos en la Ley 7756, pues esas características servirán de base para definir el tratamiento que debe brindar la institución a las circunstancias laborales consultadas por la Dirección de Gestión Humana cuando se tramite una licencia para cuidado de paciente en fase terminal o persona gravemente enfermada.

5. La licencia laboral.

Para el derecho laboral, la licencia constituye una autorización legal para ausentarse del trabajo durante un período de tiempo determinado, por motivos previamente definidos, sin que ello implique la disolución del vínculo laboral. Esto quiere decir que la licencia laboral es una causal de suspensión de la relación de trabajo y, a la vez, un derecho de la persona trabajadora.

Analizando el tema de la licencia laboral dentro del sector público, la Procuraduría General de la República (PGR) apunta que esa figura constituye un estado transitorio de la relación de servicio, que lleva implícito una breve cesación en el ejercicio del puesto, sin extinguir el vínculo estatutario. Es decir, la concibe como una causal de suspensión de la relación de servicio y como un derecho laboral. Lo anterior se infiere de los dictámenes de la PGR número C-166-2006, de 26 de abril de 2006; C-466-2006, de 8 de noviembre de 2006; C-078-2008, de 14 de marzo de 2008; C-142-2008, de 5 de mayo de 2008; C-101-2010, de 14 de mayo de 2010; C-358-2015, de 18 de diciembre de 2015, y; C-069-2019, de 19 de marzo de 2019. Conviene reseñar lo dicho por la PGR en el dictamen N° C-166-2006:

Según refiere la doctrina, la relación de servicio del funcionario con la Administración puede experimentar diversas vicisitudes a lo largo de su existencia. Normalmente durante el servicio activo pueden darse otras situaciones o estados transitorios que no obstante incluso breves

cesaciones del ejercicio del puesto, sin que aquella relación se extinga, tales como las vacaciones, permisos y licencias, que por demás constituyen típicos derechos laborales dentro del régimen de la función pública, que la ley -en nuestro caso el Estatuto de Servicio Civil- establece de forma general y que se desarrollan y concretizan por múltiples normas reglamentarias -de muy diverso rango y competencia- y convencionales coexistentes en nuestro medio; esto último por la innegable heterogeneidad y dispersión aún imperante en la regulación del empleo público.

Para la presente consulta interesa especialmente el reconocimiento y la regulación que nuestro régimen estatutario hace de los permisos y licencias a favor de servidores y empleados públicos. Interesa entonces, para comenzar, hacer una clara y concisa diferenciación conceptual entre estos dos institutos jurídicos.

En términos muy generales, si bien los permisos y las licencias son interrupciones de la actividad laboral o profesional de los trabajadores en general, su elemento diferenciador es el lapso por el cual se conceden; siendo breves los permisos y de mayor duración las licencias. No puede obviarse también que por lo general ambas pueden tener sustento normativo en causales distintas dispersas en la normativa vigente e igualmente pueden ser o no remuneradas o retribuidas.

En el dictamen número C-165-2009, de 11 de junio de 2009, la PGR reitera que la licencia laboral, como incidencia ordinaria de la relación de servicio, es, a la vez, un derecho laboral y una causal de suspensión del ejercicio de las funciones, sin implicar la interrupción del vínculo estatutario. Además, añade, su otorgamiento es una facultad de la Administración Pública, no una obligación, advirtiendo que esa posibilidad, pese a ser una potestad discrecional, debe ejercerse conforme al principio de legalidad.

I. Sobre los permisos o licencias en la función pública

En primer término, conviene hacer una breve introducción acerca de los permisos o licencias dentro de la relación de servicio público, tema que ha sido abordado en distintas ocasiones por este Despacho, v. gr., mediante nuestro dictamen N° C-446-2006 del 8 de noviembre del 2006, el cual expresa las siguientes consideraciones:

“Permisos y licencias: derechos laborales de los servidores públicos.

Según referimos en el dictamen C-166-2006 de 26 de abril de 2006, la relación de servicio del funcionario o empleado público con la Administración puede experimentar diversas vicisitudes a lo largo de su existencia. Normalmente durante el servicio activo pueden darse otras situaciones o estados transitorios que no obstante incluso breves cesaciones del ejercicio del puesto, sin que aquella relación se extinga, tales como las vacaciones, permisos y licencias, que por demás constituyen típicos derechos laborales dentro del régimen de la función pública, que la ley -en nuestro caso el Estatuto de Servicio Civil 1- establece de forma general y que se desarrollan y concretizan por múltiples normas jurídicas de muy diverso rango y competencia (leyes especiales, reglamentaciones internas, convenciones colectivas), coexistentes todas en nuestro medio; esto último por la innegable heterogeneidad y dispersión aún imperante en la regulación del empleo público.

Para la presente consulta interesan especialmente los permisos y licencias a favor de servidores y empleados públicos. Para comenzar entonces, conviene hacer una clara y concisa diferenciación conceptual entre estos dos institutos jurídicos.

En términos muy generales, si bien los permisos y las licencias son interrupciones de la actividad laboral o profesional de los trabajadores en general, su elemento diferenciador es el lapso por el cual se conceden; siendo breves los permisos y de mayor duración las licencias. No puede obviarse también que por lo general ambas pueden tener sustento normativo en causales distintas dispersas en la normativa vigente e igualmente pueden ser o no remuneradas o retribuidas.

Hemos afirmado que el otorgamiento de esta clase de permisos constituye una mera facultad y no una obligación para el jerarca, el cual tiene la potestad de valorar los motivos en que se fundamenta la correspondiente solicitud y determinar discrecionalmente si cabe la concesión de tal beneficio, sopesando las consecuencias que ello pueda tener sobre la prestación de los servicios en la institución, las condiciones del funcionario de que se trate, etc., con apego a principios de justicia, conveniencia y objetividad (Dictamen C-396-2005 de 15 de noviembre de 2005). “

Asimismo, recientemente en nuestro dictamen N° C-015-2009 del 28 de enero del 2009 explicamos lo siguiente:

“Es importante señalar, en términos generales, que en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de otorgar permisos a servidores o funcionarios públicos para ausentarse de sus labores, deviene de la natural potestad que ejerce la Administración Pública para la consecución de sus fines en pro de la colectividad. Potestad discrecional que vale enfatizar, se encuentra sujeta al principio de legalidad estipulado en el artículo 11 de la Constitución Política, en virtud del cual, “Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella. Postulado que se desarrolla en el artículo 11. 1 de la Ley General de la Administración Pública que prescribe que, “ La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico y sólo podrá realizar aquellos actos o prestar aquellos servicios que autorice dicho ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.” De ahí que, bajo ese norte, se ha establecido, expresamente, en el artículo 15 Ibid, que “La discrecionalidad podrá darse incluso por ausencia de ley en el caso concreto, pero estará sometida en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable”. Así, por ejemplo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha explicado en lo conducente, que:

“...En el caso de actos producto del ejercicio de una potestad discrecional, éstos se componen de elementos legalmente determinados y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora. La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, por no estar la solución concreta dentro de la norma. Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene su fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta.” (Sentencia Número 19 de las 14:40horas del 2 de abril de 1997)

De manera que, es criterio de este Órgano Asesor, que pese la potestad discrecional que puede poseer la Administración Pública en ciertas actuaciones como la de consulta, su ejercicio debe ser conforme con el ordenamiento jurídico que le rige, como se verá de seguido.

Dentro de ese orden de ideas, se establecen en la norma de interés en este análisis (artículo 33 del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil) diversas hipótesis que pueden suscitarse en una relación de servicio habida entre el servidor

y la institución para la cual se sirve, las cuales posibilitan a la institución pública otorgar o no, los permisos correspondientes; tomándose en consideración para ello y en lo fundamental, los principios de continuidad y eficiencia del servicio público prestado, tal y como se propugnan en el artículo 4 de mencionada Ley General de la Administración Pública.”

De las anteriores consideraciones, para efectos de la consulta que aquí nos ocupa, reviste suma importancia rescatar el aspecto de que si bien la concesión de este tipo de permisos o licencias es discrecional para la Administración, se trata de una potestad que debe ser ejercida de conformidad con los parámetros que el ordenamiento jurídico establece sobre la materia, ello en respeto del principio de legalidad que, como es bien sabido, tiene raigambre constitucional (artículo 11 de la Carta Fundamental, y 11 de la Ley General de la Administración Pública).

Así las cosas, el margen de discrecionalidad está referido a la valoración de las circunstancias de cada caso concreto, a fin de cerciorarse de que el eventual otorgamiento del permiso no afecta negativamente la prestación del servicio o los intereses de la Administración, y a su vez que la solicitud del servidor se encuentre debidamente justificada en relación con sus intereses personales, siempre que se configure alguna de las causales establecidas en las normas que regulan la materia, normas que se encuentran sanamente concebidas justamente con la finalidad de evitar que se produzcan abusos o arbitrariedades por parte de los jerarcas a quienes les corresponde ejercer tal potestad.

A lo anterior debe adicionarse que, por regla general, la suspensión de la relación de servicio aplaza el cumplimiento de las obligaciones fundamentales del vínculo estatutario, a saber, la prestación efectiva de servicios, por parte de la persona servidora, y la remuneración, a cargo de la parte patronal. Este último aspecto resulta relevante para el contexto relacionado con este criterio pues, cuando se concede una licencia laboral, como la(s) prevista(s) en la Ley 7756, se suspende la relación de servicio y, por ende, el pago de salario; salvo que la suspensión sea con goce de salario, por mandato legal o disposición patronal debidamente aprobada (presupuesto que se encuentra ausente en el caso de las licencias estipuladas en la Ley 7756 otorgadas en el marco de una relación de servicio judicial, como veremos más adelante).

En todo caso, debe quedar claro, como se advirtió, la suspensión supone la continuidad de la relación de empleo público. Así lo reconoce el párrafo tercero del artículo 153 del *Código de Trabajo (CT)*, el cual apunta que la continuidad del trabajo no se interrumpe por las licencias sin goce de salario, las enfermedades justificadas, las prórrogas o renovaciones del contrato de trabajo, los descansos otorgados por el ordenamiento jurídico u otras causas análogas. Lo anterior, pese a la ausencia de prestación de servicios, remuneración salarial o ambas.

Ahora bien, partiendo de lo expuesto y tomando en cuenta las consultas formuladas por la Dirección de Gestión Humana, interesa apuntar que la licencia laboral prevista en la *Ley 7756* presenta un carácter *sui generis*. Su trámite y aprobación corresponde exclusivamente a la CCSS³, sin participación de la parte patronal; lo cual implica que, una vez acordado su otorgamiento, la instancia empleadora no tiene más función que aceptar la situación y facilitar el cumplimiento de la licencia, conforme a sus disposiciones internas.

5.1. La naturaleza jurídica de las licencias previstas en la Ley 7756.

5.1.1. Desde la perspectiva de la Ley 7756.

El proyecto de ley denominado “*Beneficios a los familiares de pacientes en fase terminal*”, que derivó en el *Decreto Legislativo N° 7756*, proponía conceder

³ En ese sentido, el artículo 6 del *Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud* indica lo siguiente: “*El otorgamiento de una incapacidad por enfermedad o una licencia por maternidad o fase terminal constituye un acto formal, que debe ser el resultado de un acto médico u odontológico, durante el horario en que el profesional en medicina y odontología de la Caja, de proveedores externos de servicios de salud o el médico de empresa se encuentra contratado, facultado legalmente para extenderla y con la presencia del asegurado (a) activo (a), con excepción de lo estipulado en el capítulo XIII de este Reglamento; acto formal que debe quedar debidamente registrado en el expediente de salud o en la hoja de atención de urgencias de la unidad que otorga la incapacidad o licencia. En caso de recomendaciones de incapacidades dicho acto debe ser también producto de un acto médico, el cual debe quedar debidamente registrado en un expediente clínico. (...).*”.

incapacidad y subsidio a quien se designara responsable de cuidar un familiar enfermo en fase terminal.

Artículo 1. Créase el pago obligatorio de la incapacidad de aquella persona a quien señale el médico tratante como responsable del cuidado de su familiar en fase terminal hasta un período no mayor a seis meses. Se entiende por fase terminal aquellos pacientes cuya expectativa de vida es igual o menor a seis meses.

Posteriormente, luego de analizar la propuesta original, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa señaló la inconveniencia de denominar incapacidad lo que parecía licencia.

Omisiones e imprecisiones del texto.

1- El proyecto no especifica debidamente si el derecho a licencia especial (que llama indebidamente incapacidad, mencionado en el artículo 1º), a favor de aquellas personas que asuman la obligación de cuidar a un pariente en estado terminal, se otorgará a los trabajadores asalariados o a cualquier persona, asalariada o no.

En la misma dirección, en el informe citado, más adelante, al analizar el contenido del artículo 1 del proyecto de ley, el Departamento de Servicios Técnicos, partiendo de la definición de incapacidad formulada en el artículo 10 del RSS, advierte, no debe llamarse incapacidad al beneficio propuesto para quien se designe responsable de cuidar una persona en fase terminal, pues esta última persona no se encuentra imposibilitada para trabajar por enfermedad. Por ello, aconseja cambiar el término incapacidad por licencia. En esa ocasión, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa apuntó lo siguiente:

IV. Comentarios sobre el articulado.

Artículo 1º.- Se establece en este artículo la creación de un pago obligatorio por incapacidad para aquella persona que el médico señale y que se encuentra al cuidado de un familiar en fase terminal de una enfermedad.

En el Reglamento del Seguro de Salud, de la Caja Costarricense de Seguro Social, vigente a partir del 1º de julio de 1997, según acuerdo tomado en la sesión de Junta Directiva número 7097, artículo 12, del 28

de enero de 1997, en el Capítulo II, Art. 10, se establece que **incapacidad** es el "periodo de reposo ordenado por médicos de la Caja o autorizados por ésta, al asegurado directo activo asalariado que *no esté en posibilidades de trabajar por pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño de las labores habituales u otras compatibles con ésta*. El documento respectivo justifica la inasistencia de ese asegurado a su trabajo, a la vez lo habilita para el cobro de subsidios; su contenido se presume verdadero "*iuris tantum*". De acuerdo a esta definición una persona solamente podría incapacitarse si está imposibilitada para trabajar porque se encuentra enferma.

Con apego a la anterior definición, **no podría llamarse, apropiadamente, incapacidad** lo que cubra a la persona que cuida a un familiar que se encuentra en fase terminal de una enfermedad tal y como lo plantea el proyecto de ley en cuestión.

Establece además el Reglamento de Salud que un asegurado que ha sido incapacitado por más de tres días, tiene derecho al pago de un subsidio. El subsidio según lo señala el mismo reglamento en su Art. 10, es "la suma de dinero que se paga al asegurado directo activo asalariado. por motivo de incapacidad o de licencia".

En el artículo 40 del reglamento ya citado, se indica que el subsidio se puede brindar no solamente por incapacidad sino también por **licencia**, como es el caso de la licencia por maternidad. El artículo reza así: "Con motivo de la maternidad, a toda asegurada directa asalariada, se le extenderá una licencia hasta por cuatro meses, periodo que incluye el pre y el post parto, conforme se establece en las leyes generales y especiales que se apliquen a los diferentes grupos". Por su parte, el artículo 28 dice: "el subsidio por incapacidad o por licencia de maternidad, tiene el propósito de sustituir parcialmente la pérdida de ingreso que sufra el asegurado directo activo por causa de incapacidad por enfermedad o de licencia por maternidad".

Se puede concluir, entonces, que para que la Caja asigne a una persona un subsidio después del cuarto día de incapacidad, el asegurado debe de estar imposibilitado para trabajar por causa de alguna enfermedad y esta no es precisamente la situación en que se encontrara la persona que acompañe a un enfermo en la fase terminal. Se sugiere entonces que **se cambie el término de "incapacidad" por el de "licencia"**, como en el caso de la licencia por maternidad, si contemplada en el Reglamento de Salud. Se trataría de otro caso en que se puede otorgar una licencia con un subsidio.

Plantea el proyecto, además, que sea el médico tratante el que indique cual va a ser la persona que se haga cargo del paciente. Al respecto se sugiere que se tome en cuenta la posibilidad de que sea el mismo paciente el que indique en manos de cual familiar desea estar durante ese periodo de su vida ya que él mejor que nadie puede saber quien es la persona que mejor puede cumplir ese papel.

En este mismo artículo 1º, se dispone que el beneficio se brindará por un máximo de seis meses. Se sugiere señalar también cómo se debe resolver en el caso de que el paciente viva más de ese tiempo.

Las observaciones realizadas por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa fueron acogidas por la comisión dictaminadora del proyecto de ley y, también, por el plenario legislativo, de manera que la redacción final del artículo 1 de la Ley 7756 quedó de la siguiente forma:

Artículo 1. Toda persona activa asalariada que, por el procedimiento señalado en esta ley, se designe responsable de cuidar a un enfermo en fase terminal, gozará de **licencia** y subsidio en los términos que adelante se fijan, siempre que se trate de una colaboración y no medie retribución alguna.

(Énfasis agregado).

Lo anterior evidencia que, desde la génesis de la ley, se consideró apropiado utilizar el término *licencia*, en lugar de *incapacidad*, pues el contenido del primer vocablo se ajusta mejor a la circunstancia de hecho prevista en la ley. Se dejó de lado la palabra *incapacidad* porque su significado no coincide con la situación descrita en la norma. Ello, a su vez, refleja la existencia de una diferencia sustancial entre la licencia prevista en la legislación de marras y la incapacidad regulada en la normativa atinente a la seguridad social.

Desde ahora conviene apuntar que, esta Dirección Jurídica considera pertinente tener presente la diferencia conceptual existente entre los vocablos licencia e incapacidad, en los términos expuestos en estas consideraciones y en los siguientes subapartados. Lo anterior para el desarrollo de este dictamen y la contestación que debe brindarse a las consultas planteadas por la Dirección de Gestión Humana.

5.1.2. Desde la perspectiva de la normativa atinente a la seguridad social.

La diferencia antes apuntada se aprecia con mayor claridad en las reglamentaciones atinentes a la seguridad social y las licencias estudiadas. El

artículo 10 del *RSS* define la incapacidad como un período de reposo concedido al asegurado directo que se encuentre imposibilitado temporalmente para realizar su trabajo habitual.

Artículo 10. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:
(...).

INCAPACIDAD: Período de reposo ordenado por los médicos u odontólogos de la Caja o médicos autorizados por ésta, al asegurado directo activo que no esté en posibilidad de trabajar por pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño de las labores habituales u otras compatibles con ésta.

El documento respectivo justifica la inasistencia del asegurado a su trabajo, a la vez lo habilita para el cobro de subsidios; su contenido se presume verdadero "iuris tantum".

En la misma línea, el numeral 2 del *Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias* conceptúa la incapacidad como un período de reposo ordenado por el personal médico de la CCSS, al asegurado directo que no se encuentra en condiciones de trabajar.

Artículo 2.- Definiciones.
(...).

Incapacidad: Período de reposo ordenado por los médicos u odontólogos de la Caja o médicos autorizados por ésta, al asegurado directo activo que no esté en posibilidad de trabajar, por pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño de las labores habituales u otras compatibles con ésta, con el fin de propiciar la recuperación de la salud, mediante el reposo del asegurado (a) activo (a) y su reincorporación al trabajo, el cual genera el derecho a obtener el pago de un subsidio o de una ayuda económica, derechos que están sujetos a los plazos de calificación establecidos en el Reglamento del Seguro de Salud. La naturaleza y el sentido de la incapacidad parte de la acreditación, por valoración del médico competente, de que la persona está afectada por una disminución o alteración de sus capacidades normales físicas o psíquicas que le impiden la realización normal de su trabajo, de ahí que temporalmente se suspende para el asegurado (a) activo (a) su obligación de presentarse a laborar, con el fin de que reciba el tratamiento adecuado y guarde el reposo necesario para su recuperación. En ningún caso se otorgará una incapacidad a una persona sana, aunque fuere para cuidar a un paciente enfermo, excepto en los casos en que se mantenga la vigencia del artículo 10 bis del Reglamento de Seguro de Salud.

Entretanto, el RSS define cada uno de los supuestos de licencia previstas en la Ley 7756, en términos distintos al de la incapacidad.

ARTÍCULO 10°. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:
(...).

Licencia de Fase Terminal: Aquella que se otorga al asegurado activo asalariado para el cuidado de una persona en fase terminal.

Licencia de Menor Gravemente Enfermo: Aquella que se otorga al asegurado activo asalariado para el cuidado de un menor de edad, en condición de gravedad.

Licencia Extraordinaria: Aquella que se otorga al asegurado activo asalariado para el cuidado de una persona hasta los 25 años de edad y dependiente del solicitante, ante una condición de salud especial o excepcional

Igualmente, el canon 2 del *Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias* describe la licencia por fase terminal como el período de tiempo concedido al trabajador asalariado para cuidar un paciente en fase terminal.

Artículo 2.- Definiciones.

(...).

Licencia por fase terminal: Período de tiempo con derecho a subsidio otorgado por la Caja Costarricense de Seguro Social al trabajador asalariado, con la finalidad de que cuide a un paciente, durante el tiempo que tarde la fase terminal". El Instructivo define la licencia en iguales términos.

De lo anterior se desprende que, según las regulaciones de la seguridad social, existe una diferencia entre las licencias previstas en la Ley 7756 y las incapacidades por enfermedad, entendiéndose las primeras como el otorgamiento de una autorización para suspender labores con el objetivo de cuidar una persona en fase terminal o gravemente enferma, mientras que las segundas consisten en un período de descanso concedido a la persona inhabilitada para cumplir sus labores, con la finalidad de que se recupere y retome su trabajo.

5.1.3. El tratamiento del tema en la jurisprudencia nacional.

Revisando la constitucionalidad de los artículos 1 de la Ley 7756 y -por conexidad- 1 del *Instructivo Beneficio para los responsables de pacientes en fase terminal*, la Sala Constitucional, en resolución número 016069-2015, de las once horas y treinta a minutos del 14 de octubre de 2015, señaló las diferencias existentes entre las licencias previstas en la Ley 7756 y la incapacidad regulada en el régimen de seguridad social.

Según la Sala, los beneficios mencionados difieren en origen, financiamiento, destinatarios y circunstancias cubiertas. Afirma el órgano jurisdiccional que la licencia y el subsidio económico previstos en la Ley 7756 derivan de, y se financian con, las contribuciones realizadas por los patronos al Fondo de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares (*FODESAF*). Además, añade, se encuentran disponibles -únicamente- para las personas trabajadoras asalariadas activas que tengan un familiar o persona cercana gravemente enferma o en fase terminal, con la intención de permitir a la persona trabajadora asumir el cuidado de la persona enferma o en fase terminal.

Al referirse a la incapacidad por enfermedad, el órgano jurisdiccional señala que esa inhabilitación, y el subsidio económico que la acompaña, dimanan del seguro de salud administrado por la CCSS, el cual forma parte del régimen universal de seguridad social previsto en la *Constitución Política (CP)*. Agrega, dichos beneficios se financian con los aportes a la seguridad social realizados por el Estado, los patronos (cuando proceda) y las personas trabajadoras (asalariadas o independientes). Asimismo, apunta, están dirigidos a trabajadores asegurados (asalariados o independientes) que presenten una enfermedad común que les produzca incapacidad temporal para realizar su trabajo, enfermedad que debe estar declarada por un médico de la CCSS o de otro sistema, siempre que cuente con la autorización de la Junta Directiva de la entidad aseguradora. Finalmente, apunta, la

incapacidad surge como un período de reposo obligatorio, para recuperar las facultades requeridas en el desempeño de las labores habituales.

III.- Objeto de la impugnación.- El accionante formula la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 1, de la Ley Nº 7756 de 25 de mayo de 1998, "Ley de Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal" y, por conexidad, contra el artículo 1, del "Instructivo Beneficio para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal". Considera que, dicha normativa constituye un quebranto del principio de igualdad, pues se limitan los beneficios de dicha Ley, a los asegurados que sean trabajadores asalariados, excluyendo, por consiguiente, a los asegurados como trabajadores independientes. Además, los artículos cuestionados contradicen el principio de universalización de los seguros sociales, contemplado en el artículo 73, de la Constitución Política.

IV.- Normas Impugnadas.-

a) El artículo 1, de la "Ley de Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal", Nº 7756, de 25 de mayo de 1998, y sus reformas, dispone:

"Artículo 1.- Licencia y subsidio.

Toda persona activa asalariada que, por el procedimiento señalado en esta ley, se designe responsable de cuidar a un enfermo en fase terminal, gozará de licencia y subsidio en los términos que adelante se fijan, siempre que se trate de una colaboración y no medie retribución alguna".

b) El artículo 1, del Instructivo: "Beneficio para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal", aprobado por las Gerencias de División Financiera, Administrativa y Médica de la Caja Costarricense de Seguro Social, mediante notas 18436,17359 y 20170 del 10,11 y 30 de noviembre de 1998, respectivamente, reza:

"Artículo 1.- Del fundamento legal.

El otorgamiento de licencias y pago de subsidios a asegurados activos asalariados designados como responsables para cuidar a un enfermo en fase terminal, siempre que se trate de una colaboración y no medie retribución alguna, se fundamenta en la ley 7756 publicada en la Gaceta Nº 56 del día viernes 20 de marzo de 1998.

De acuerdo con lo establecido en el artículo Nº 10 de esta ley, la cobertura de este beneficio es asumida por el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, quien debe destinar un medio por ciento (0.5 %) del mismo, el cual traspasa a

la Caja Costarricense de Seguro Social para cubrir el costo de los subsidios otorgados y su costo por administración".

V.- Sobre el principio de la seguridad social.- El accionante indica que la normativa cuestionada es contraria al principio de universalización de la seguridad social, cuyo régimen es para todas las personas, sin exclusión alguna. A su vez, aduce que el asegurado como trabajador independiente, igual que el asalariado cotiza para los regímenes de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte y por ende, tiene derecho a disfrutar de tal beneficio. Efectivamente, de conformidad con el artículo 22, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a la seguridad social, incluido el derecho a los seguros de la enfermedad, invalidez, vejez, muerte. En el mismo sentido, en los artículos 9 y 12, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, ratificado por Ley Nº 4229, del 11 de diciembre de 1968, admite tal derecho y señala el compromiso adquirido por los Estados partes, de asegurar el derecho a toda persona al "disfrute más alto nivel posible de salud física, mental", para lo cual deben de desarrollarse acciones tendentes a la prevención, tratamiento, y la lucha de las enfermedades, así como la relación de condiciones que aseguren una adecuada asistencia médica y servicios médicos, en caso de enfermedad. Ahora bien, el artículo 73, de la Constitución Política, dispone que:

(...).

De ahí que, el propósito del Constituyente, al diseñar el sistema de seguridad social en nuestro país, fue garantizar a todos los ciudadanos, que el Estado, a través de la Caja Costarricense de Seguro Social, les otorgaría al menos los servicios indispensables en caso de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte. Ciertamente, el Seguro de Salud es universal y cubre a todos los habitantes del país, con sujeción a las disposiciones y requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. La finalidad de los seguros sociales es precisamente proteger a los ciudadanos de los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, así como los riesgos profesionales. (...).

A mayor abundamiento, el respeto a este derecho impide a la Caja Costarricense de Seguro Social hacer exclusiones arbitrarias, en relación con la cobertura del seguro de salud, pues cualquier tipo de discriminación en ese sentido, significaría desconocer los principios que integran el Derecho a la Seguridad Social, y vaciarlo de su contenido mínimo. Sin embargo, nótese que los fondos y las reservas de los seguros sociales, no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a su cometido, por lo que el dinero obtenido por las cotizaciones del seguro de salud resguardado por la Caja Costarricense de Seguro Social, únicamente puede ser utilizadas con tal fin y no para brindar otro tipo de incentivo, como el que pretende el accionante, como se verá en

el considerando siguiente. Es con sustento a lo dicho, que los asegurados como trabajadores independientes se encuentran en la misma situación de hecho que los asegurados como asalariados, pues ambas categorías de asegurados se hallan en la obligación de estar inscritos en el régimen de seguridad social y cotizar para los seguros sociales, ya mencionados. De esta forma, los asegurados como trabajadores independientes al igual que los voluntarios, pensionados y jubilados, por cuenta del Estado, y demás, reciban los mismos beneficios del seguro de salud que los asalariados, siempre que cumplan con el plazo de calificación. Las prestaciones del Seguro de Salud únicamente cubren las siguientes prestaciones: atención Integral a la Salud; prestaciones en dinero y prestaciones Sociales. Entiéndase que, la atención integral a la salud, comprende: prevención, curación y rehabilitación; asistencia médica especializada y quirúrgica; asistencia ambulatoria y hospitalaria; servicio de farmacia para la concesión de medicamentos, Servicio de laboratorio clínico y exámenes de gabinete; asistencia en salud oral, asistencia social, individual y familiar. Ahora bien, las prestaciones en dinero comprenden subsidios y ayudas económicas por incapacidad o por licencia por enfermedad; ayuda económica para: compra de prótesis, anteojos y aparatos ortopédicos; traslados y hospedajes, para gastos de funeral, en caso de fallecimiento del asegurado directo o de su cónyuge o compañero y ayuda económica, por concepto de libre elección médica. La Organización Internacional del Trabajo ha definido la incapacidad como el imprevisto por razón de enfermedad que no permite al trabajador presentarse a realizar sus labores al centro de trabajo, misma que según sus convenios y recomendaciones, deberá venir acompañada del correspondiente suministro económico que permita cubrir la contingencia que pudiese ocasionar el no presentarse a trabajar. En otras palabras, está concebido como un subsidio, en tanto el obrero se recupera para reincorporarse a sus labores. Al encontrarse la enfermedad y maternidad cubiertos por el Seguro de Salud, le corresponde a la Caja Costarricense de Seguro Social, la regulación acerca de la incapacidad por enfermedad, misma que se incluye dentro del Reglamento de la Salud y Reglamento para el Otorgamiento de Licencias e Incapacidades a los beneficiarios del Seguro de Salud. **Las incapacidades por concepto de enfermedad, son protecciones sociales de las que pueden beneficiarse todos los asegurados activos, se derivan de la prestación de servicios de salud y tienen como objetivo procurar del restablecimiento de las facultades de los trabajadores para su posterior reintegro laboral.** Así las cosas, la licencia y el subsidio establecido únicamente para aquellos asegurados como trabajadores asalariados para cuidar a un enfermo en fase terminal, no se deriva del derecho al seguro a la salud, entendido como al derecho a una atención integral a la salud y a sus prestaciones económicas, como lo pretende ver el accionante, sino de otros factores que se analizarán más adelante, por lo que bajo esa perspectiva, no se viola el artículo 73, de la Constitución Política.

VI.- Sobre el financiamiento de la seguridad social.- De conformidad con el artículo 73, Constitucional, ya citado, a la Caja Costarricense del Seguro Social, le corresponde el gobierno y la administración de los seguros sociales, con las siguientes particularidades: a) El sistema que le da soporte es el de la solidaridad, creándose un sistema de contribución forzosa tripartita del Estado, los patronos y los trabajadores; b) Goza de independencia administrativa; c) Los fondos y las reservas de los seguros sociales no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a su cometido. El financiamiento de los seguros es mediante contribuciones del sector asalariado, pensionados, asegurados voluntarios, asegurados por el Estado en condición de pobreza y trabajadores independientes. Dichas contribuciones varían según se deriven de cada una de las categorías recién mencionadas. Precisamente, en lo que nos interesa para análisis de la normativa cuestionada, el monto de las cuotas de los trabajadores dependientes se calcula sobre el total de las remuneraciones que se pague al trabajador, derivadas de la relación obrero-patronal. A partir de esta base, es que los ingresos de la Institución se fundamentan en una triple contribución a cargo de las cuotas forzosas de los trabajadores, de los patronos particulares y el Estado y las otras entidades de derecho público, cuando éstos actúen como patronos (artículo 22, de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social). Dichas contribuciones al Seguro de Salud, se encuentran conformadas de la siguiente manera: a) Para el Sector asalariado: los trabajadores cotizan el 5.50% de sus salarios; los Patronos: 9.25% de los salarios de sus trabajadores y el Estado como tal: 0,25% de los salarios de todos los trabajadores del país. En el caso del monto de la contribución que corresponde al trabajador independiente, se encuentra determinada por el monto de la escala contributiva aprobada por la Junta Directiva y la diferencia entre el porcentaje de contribución que paga el asegurado y el porcentaje de contribución global, será asumido por el Estado; es decir que, bajo esta categoría, no existe un aporte patronal, pues no hay una relación laboral empleado-patrón. La situación de los asegurados voluntarios, es similar a la de los trabajadores independientes, dado que tampoco hay aporte patronal a la financiación del seguro, y la cuota es determinada por los ingresos de referencia del solicitante y el porcentaje de contribución establecido en la escala contributiva que apruebe la Junta Directiva. Ahora bien, con base a dichas contribuciones es que se fortalece el programa para que todos los asegurados activos así como sus beneficiarios tengan acceso a una atención integral a la salud, en virtud del principio de solidaridad social. Se aclara que, únicamente tiene el derecho a subsidios económicos, el asegurado activo, asalariado o independiente, portador de una enfermedad común, que produzca incapacidad para el trabajo, debidamente declarada por los médicos de la Caja Costarricense del Seguro Social o por médicos de otros sistemas o proyectos especiales aprobados por la Junta Directiva. Asimismo, con motivo de la maternidad, se le extenderá una licencia a toda trabajadora asegurada activa embarazada, con motivo del parto. En este sentido, el Reglamento del Seguro de Salud de la Caja Costarricense de Seguro

Social, en concordancia con el artículo 79, del Código de Trabajo, define que la "incapacidad constituye un período de reposo ordenado por médicos de la Caja o autorizado por ésta, al asegurado directo activo asalariado que no esté en posibilidad de trabajar por pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño de las labores habituales u otras compatibles con ésta. El documento respectivo justifica la inasistencia de ese asegurado a su trabajo, a la vez lo habilita para el cobro de subsidios; su contenido se presume verdadero "iuris tantum". Bajo tal circunstancia, surge la figura del subsidio por incapacidad, como una forma de protección social del trabajador, a efectos de que este cuente con un medio de subsistencia en sustitución del salario dejado de percibir, por no realizar la actividad para la cual fue contratado. **De ahí que, el beneficio para el cuidado de un paciente terminal, no se encuadra en una incapacidad, ni se deriva del seguro a la salud, del cual, los trabajadores independientes han cotizado, al igual que los demás asegurados, pues las únicas prestaciones económicas que se derivan del mismo, son las licencias por enfermedad y maternidad, directamente relacionadas con el asegurado activo.**

VII.- Sobre el principio de igualdad.- Manifiesta el accionante, que las disposiciones impugnadas violan el artículo 33, de la Constitución Política, pues se establece que el beneficio bajo estudio, lo es únicamente para los trabajadores asalariados, no así para los independientes, lo que estima discriminatorio. Sin embargo, no lleva razón el accionante en sus confrontaciones de las normas cuestionadas con los principios de igualdad y razonabilidad constitucional. Primeramente, hay que mencionar que los trabajadores independientes y los asalariados, no se encuentran en una situación de igualdad plena, como se verá más adelante. Como tesis de principio, la noción de igualdad, en el sentido que es utilizada por el artículo 33, de la Constitución Política y que ha sido examinado por abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, implica que todas las personas tienen derecho a ser sometidos a las mismas normas y obtener el mismo trato (igualdad en la ley y ante la ley); mejor aún, que no se pueden establecer diferencias de trato que no estén fundamentadas en condiciones objetivas y relevantes de desigualdad, o que no sean necesarias, razonables o proporcionales a la finalidad que se persigue al establecer la diferencia de trato. Este principio general, lo que significa, es que la desigualdad debe surgir de un acto legislativo (reserva de ley), por tratarse del desarrollo de un derecho fundamental y sus fines, ser conformes con los principios y valores de la Constitución Política, lo que supone, también, que la diferencia de trato deba fundarse en supuestos de hecho que sean válidos y diferentes. Es así como la igualdad, no es sólo un principio que informa todo el ordenamiento, sino además, como un auténtico derecho subjetivo en favor de los habitantes de la República. En razón de ello, se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas, especialmente las que se tratan entre los ciudadanos y el poder público. De ahí que el derecho a la igualdad, se resume en el derecho a

ser tratado igual que los demás en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se constituyan. Por otra parte, la igualdad es también una obligación constitucionalmente impuesta a los poderes públicos, la cual consiste en tratar de igual forma a los que se encuentren en iguales condiciones de hecho, constituyéndose, al mismo tiempo, en un límite a la actuación del poder público. No obstante ello y que, en tesis de principio, todos son iguales ante la ley, en la realidad se pueden dar situaciones de desigualdad. Existen dos conceptos básicos que suelen confundirse al referirse al tema de la igualdad ante la Ley, como lo son: la discriminación y la diferenciación. Nuestra Constitución Política prohíbe la discriminación (artículo 33), pero no excluye la posibilidad de que el poder público pueda otorgar tratamientos diferenciados a situaciones distintas, siempre y cuando se funde en una base objetiva, razonable y proporcionada. Resulta legítima una diferenciación de trato cuando exista una desigualdad en los supuestos de hecho, lo que haría que el principio de igualdad sólo se viole cuando se trata desigualmente a los iguales y, por ende, es inconstitucional el trato desigual para situaciones idénticas. En el caso de examen, es menester hablar sobre la igualdad en la ley, y no en la aplicación de la ley, que es otra de las facetas del principio de igualdad constitucional. La igualdad en la ley impide establecer una norma de forma tal, que se otorgue un trato diferente a personas o situaciones que, desde puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación de hecho (al respecto, ver sentencia 4806-2010 de las 2:50 horas del 10 de marzo de 2010). Por ello, la Administración -en su función reglamentaria- y el legislador, tienen la obligación de no establecer distinciones arbitrarias, entre situaciones de hecho cuyas diferencias reales, en caso de existir, carecen de relevancia, así como de no atribuir consecuencias jurídicas arbitrarias o irrazonables, a los supuestos de hecho legítimamente diferenciados. De esta forma, no se puede hablar de discriminación o de trato desigual, cuando quienes lo alegan se encuentran en una situación de desigualdad de circunstancias, y tampoco puede hablarse de derecho de equiparación, cuando existen situaciones legítimamente diferenciadas por la ley, que merecen un trato especial en razón de sus características.

Cabe advertir, que el artículo 1, de la Ley Nº 7756, "Beneficio para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal", y el artículo 1, del respectivo Instructivo, establecen que el beneficio lo es para toda persona activa asalariada, por lo que prima facie, es necesario definir tal concepto. Los grupos en discusión, catalogados como "asegurado activo", ya sea asalariado o independiente, coinciden en que el asegurado es toda persona, que en virtud del cumplimiento de ciertos requisitos sobre cotizaciones, parentesco o dependencia económica del afiliado, o condición socioeconómica familiar, posee el derecho a recibir, total o parcialmente, las prestaciones del Seguro de Salud. Luego, el "asegurado activo", es aquella persona, que se encuentra trabajando y cubriendo la cotización respectiva, cualquiera que sea el tipo de trabajo que origine su actividad, incluyendo el trabajo asalariado subordinado y el trabajo independiente. Ahora bien, la diferencia radica en que el "asegurado directo activo asalariado", es aquel asegurado que se

encuentra actualmente cotizando, pero en su condición de asalariado, es decir que en su relación laboral existe subordinación y un salario. Por su parte, el trabajador independiente, según lo define el artículo 1, del Reglamento para la Afiliación de los Trabajadores Independientes, es aquel que desarrolla por cuenta propia algún tipo de trabajo o actividad generadora de ingresos, es decir que no se encuentra bajo una relación de subordinación. Así las cosas, en el caso de los trabajadores asalariados o dependientes el hecho generador de la obligación de pagar, las cuotas de la seguridad social, acaece cuando el trabajador percibe una remuneración, con motivo o derivados de la relación obrero-patronal, siendo que el sistema de financiamiento es de carácter tripartito, a base las cuotas forzosas que deben cancelar los trabajadores, los patronos y el Estado. En relación con los trabajadores independientes, el hecho generador ocurre cuando desarrollan por cuenta propia, algún tipo de trabajo o actividad generadora de ingresos, siendo que el sistema de financiamiento en este caso, es de carácter bipartito, con base en las contribuciones forzosas del trabajador independiente y del Estado. En este sentido, las normas cuestionadas no son discriminatorias, puesto que el cálculo del pago del subsidio a las personas responsables en el cuidado de los pacientes en fase terminal, se basa en los salarios reportados en planilla a la Caja por parte del patrono, situación que viene a excluir al trabajador independiente y al asegurado voluntario, al no contar con un salario. El otorgamiento de la licencia para ser un cuidador de un enfermo terminal, y por ende, el pago de los subsidios correspondientes, es únicamente para los asalariados, toda vez que los fondos mediante los cuales se paga este subsidio o beneficio, no se extraen del monto que pagan todos los asegurados del Seguro de Salud, sino que deriva de la contribución que realizan los patronos al Fondo de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares, siendo que los trabajadores independientes, no cotizan a este Fondo, de ahí que se deriva un elemento diferenciador. De modo que, los recursos del Fondo para el cuidado enfermos terminales, no provienen de las cotizaciones que realizan los trabajadores a la Caja Costarricense de Seguro Social, como lo parece entender el accionante, sino de las cuotas de los patronos, dirigidas al Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, como de seguido se expondrá. El Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, FODESAF, lo administra la Dirección de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, que es una dependencia técnica permanente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Se financia de la siguiente manera: a) El Ministerio de Hacienda incluirá cada año, en el presupuesto ordinario anual de la República, una asignación equivalente a 593.000 salarios base utilizados por el Poder Judicial, para fijar multas y penas por la comisión de diferentes infracciones, proveniente de la recaudación del impuesto sobre las ventas, y girará el monto resultante a la DESAF, para atender los programas y subsidios que se financian con recursos del FODESAF; y, b) Los patronos públicos y privados deberán pagar al Fondo un cinco por ciento (5%), sobre el total de sueldos y salarios que paguen mensualmente a sus trabajadores. Se

exceptúan de este recargo al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo, al Poder Judicial, al Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), a las instituciones de asistencia médico-social, las juntas de educación, las juntas administrativas y las instituciones de enseñanza superior del Estado, las municipalidades, así como a los patronos cuyo monto mensual de planillas no exceda el equivalente de un salario base establecido por la Ley N° 7337 y los de actividades agropecuarias con planillas mensuales hasta el equivalente de dos salarios base establecidos en la Ley supracitada. De esta forma, se trata de ingresos de carácter parafiscal y destinados a la atención de un Fondo, a cargo de un órgano público, por lo que los citados recursos constituyen fondos públicos. De allí que, de los recursos provenientes del FODESAF, (patrón y Estado), es que se destina un cero coma veintiséis por ciento (0.26%), a cubrir el costo de los subsidios otorgados con base en la Ley N° 7756, tal y como se dispuso en el segundo párrafo, del artículo 1, del Instructivo del Beneficio en cuestión. Por su parte, la actuación de la Caja Costarricense de Seguro Social, se limita únicamente a llevar a cabo el pago, registro contable y control de los subsidios, y es en los diferentes centros de salud de dicha Institución, donde se tramitan, se autorizan y se les da seguimiento a las licencias otorgadas bajo la Ley N° 7756. Por tales razones, es que se procede indicar que el objetivo primordial de los dos artículos cuestionados a nivel constitucional, es brindar la posibilidad a las personas asalariadas que tengan algún familiar o persona cercana en fase terminal, para que puedan disfrutar de una licencia especial, previo el cumplimiento de requisitos establecidos en la ley. Durante ese tiempo, el trabajador, servidor o funcionario, percibirá un subsidio calculado con base en el promedio de los salarios consignados en las planillas procesadas por la Caja Costarricense de Seguro Social, durante los tres meses inmediatamente anteriores a la licencia. De lo expuesto, se excluye la alegada discriminación, al encontrarse los asegurados como trabajadores dependientes, en una situación completamente distinta a los otros tipos de asegurados que registra Institución.

(Énfasis agregado).

Además, en resolución número 003894-2018, la Sala Constitucional indicó en forma expresa que la licencia otorgada al amparo de la Ley 7756 no coincide con la incapacidad concedida por enfermedad. Según el tribunal constitucional, la licencia para el cuidado de una persona gravemente enferma o en fase terminal no es una incapacidad, es un permiso sin goce de salario, de manera que el patrono no está obligado a depositar la remuneración de la parte trabajadora. Adicionalmente,

en términos claros y sencillos, expuso la distinción existente entre subsidio y salario. Señaló que el primero corresponde a la remuneración cancelada por la parte patronal a la persona servidora en virtud de los servicios prestados por esta última; mientras que el subsidio corresponde a un auxilio económico entregado a la persona servidora por motivo de licencia o incapacidad. Finalmente, a partir de esas premisas, concluyó, en caso de suspenderse la relación de servicio por licencia sustentada en la Ley 7756, la persona servidora no recibirá salario, porque no existe prestación efectiva de servicios.

IV.- Sobre el fondo. En el caso bajo estudio, la Sala tiene por demostrado, que el recurrente es funcionario de Ministerio de Salud y desde el 28 de enero de 2016, solicitó una licencia para cuidar de su esposa, quien es una paciente en fase terminal, siendo que desde entonces, la autoridad recurrida lo ha reportado en el Sistema Centralizado de Recaudación (SICERE) de la Caja Costarricense de Seguro Social bajo la indicación de "permiso" y "sin salario". Así las cosas, no le corresponde al Ministerio de Salud el pago del salario del amparado por cuanto es beneficiario de un subsidio especial, siendo que el derecho otorgado al amparado no es una incapacidad, sino una licencia sin goce de salario, por lo que no puede aparecer inscrito en planillas salariales, ni contar con reporte de cuotas obrero-patronales ante la CCSS. Nótese, que según lo dispuesto en la Ley N° 7756 de 25 de febrero de 1998, la persona que se designe responsable de cuidar a un enfermo en fase terminal, gozará de licencia y subsidio. Dicho subsidio corresponde pagarlo a la Caja Costarricense de Seguro Social y se calculará con base en el promedio de los salarios consignados en las planillas procesadas por la Caja Costarricense de Seguro Social, durante los tres meses inmediatamente anteriores a la licencia y según los lineamientos dispuestos en el artículo 5, de dicha ley. Se aclara, que en este caso la única obligación del Ministerio de Salud es la de dar la licencia al amparado, pues existe una distinción entre los conceptos de salario y subsidio. El primero, se entiende como la remuneración que recibe el trabajador por el servicio prestado y en cambio, el subsidio es el aporte económico que recibe el trabajador por motivo de incapacidad o de licencia. Así las cosas, cuando la suspensión de los efectos del contrato de trabajo ocurre por la causa apuntada, la consecuencia es que el trabajador no recibe su salario, ya que no se da una prestación efectiva del servicio. Es así como nace entonces el subsidio, cuya finalidad es

sustituir parcialmente la pérdida de ingresos que sufre el asalariado a causa de la incapacidad por enfermedad o de la licencia otorgada.

En virtud de lo expuesto, lo procedente es declarar sin lugar este extremo del recurso, pues el Ministerio recurrido ha actuado de conformidad al ordenamiento jurídico y no resulta violatorio a sus derechos que haya sido excluido de la planilla por las supraindicadas consideraciones.

(Énfasis agregado).

Lo expuesto hasta ahora evidencia la existencia de diferencias sustanciales entre las figuras de las licencias contempladas en la *Ley 7756* y las incapacidades por enfermedad previstas en las regulaciones de seguridad social, así como en los artículos 79 del *CT* y 34 del *Reglamento al Estatuto de Servicio Civil (RESC)* y 42 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)*, radicando las mismas en el motivo que origina cada figura, como se indicó *ut supra 5.1.3.*, permitiendo afirmar que las licencias consisten en un lapso de tiempo concedido al trabajador asalariado para cuidar una persona enferma; mientras que la incapacidad es un período de reposo obligatorio otorgado para la recuperación del trabajador asegurado que se encuentra afectado por una enfermedad que le impide temporalmente realizar su trabajo habitual.

No obstante, ambas figuras comparten características comunes. Para empezar, tienen los mismos efectos. Una y otra suspenden las principales obligaciones de la relación laboral. Tanto la licencia para cuidar una persona en fase terminal o gravemente enferma, como la incapacidad por enfermedad, aplazan la prestación de servicios y confieren autorización legal para ausentarse del centro de trabajo. Como contrapartida, el patrono no tiene que pagar la remuneración salarial y su única obligación es dar licencia a la persona trabajadora, tal y como lo indica en forma expresa el ordinal 79 del *CT*. Las dos inician como licencia sin goce de salario. Esta última característica puede variar cuando la ley autoriza reconocer a la persona beneficiaria una parte de su salario, para completar su remuneración habitual, como sucede en el caso de las incapacidades por enfermedad otorgadas

a las personas servidoras judiciales, al amparo del artículo 42 de la *LOPJ*, que no hace referencia a las licencias basadas en la *Ley 7756*.

Además, en ambos casos, el trámite administrativo de otorgamiento, ejecución, pago y terminación discurre a partir de la actividad desplegada por la(s) persona(s) interesada(s) y la CCSS, de manera que la participación de la parte patronal se limita a acatar lo dispuesto por la CCSS y facilitar la implementación de los beneficios concedidos a la persona trabajadora, aplicando la normativa correspondiente.

Sin embargo, sin perjuicio de las semejanzas señaladas, debe quedar claro que las licencias concedidas al amparo de la *Ley 7756* se diferencian de las incapacidades por enfermedad previstas en las regulaciones atinentes a la seguridad social, en cuanto a su origen, su fuente de financiamiento, sus destinatarios y las circunstancias cubiertas.

5.1.4. El tratamiento del tema en el Poder Judicial.

En la práctica administrativa, cuando una persona servidora judicial resulta beneficiaria de las prestaciones estipuladas en la *Ley 7756*, la institución ha venido equiparando su situación a la de una persona incapacitada por enfermedad, aplicando lo establecido en el artículo 42 de la *LOPJ*, de manera que la licencia para cuidado de persona en fase terminal o gravemente enferma, que reviste las características de una licencia sin goce de salario, se transforma en una licencia con goce de salario y, a partir de ello, la institución le paga a la persona servidora, por concepto de salario, el monto de dinero que haga falta para completar su remuneración habitual una vez deducida la suma correspondiente al subsidio entregado por la CCSS.

Acá es importante señalar que el numeral 42 de la *LOPJ* otorga autorización legal expresa para tratar como licencia con goce de salario -únicamente- a la incapacidad por enfermedad, es decir, al periodo de reposo concedido por la pérdida temporal de las facultades o aptitudes para el desempeño del trabajo. No menciona a las licencias sustentadas en la *Ley 7756*. Ello parece lógico si se toma en cuenta que esta legislación es posterior (25 de febrero de 1998) a la reforma integral de la *LOPJ* (5 de mayo de 1993).

El artículo 42 de la *LOPJ* estipula que, en el caso de las personas servidoras judiciales, la incapacidad por enfermedad se tramitará como una licencia con goce de sueldo y la persona incapacitada recibirá lo necesario para completar su salario una vez descontado lo percibido como subsidio por parte de la CCSS.

Artículo 42.- Cuando un servidor judicial sea incapacitado por enfermedad, la Dirección Ejecutiva tramitará la licencia con goce de sueldo. Cuando se trate de un Magistrado, esa función le compete al Presidente de la Corte. El servidor recibirá lo necesario hasta completar su salario a partir del monto que reciba de la Caja Costarricense del Seguro Social y, en materia de riesgos profesionales, lo que indique la ley respectiva.

Tanto el servidor sustituto como los subalternos que hubiere necesidad de ascender o nombrar interinamente, por causa de la licencia, devengarán las dotaciones ordinarias asignadas a los puestos que vengan a desempeñar.

Cuando el servidor recupere su salud y no se reintegre a sus labores, se suspenderá el goce de salario. Si se sospecha que hay malicia, por parte del empleado al simular una enfermedad, el jefe inmediato solicitará una nueva valoración del caso al médico tratante.

Si se comprobare simulación, se pondrán los hechos en conocimiento del órgano competente para ejecutar las sanciones del caso. Si se tratare de un Magistrado, se comunicará lo pertinente a la Asamblea Legislativa.

(Énfasis agregado).

Tal suposición queda reforzada con el contenido del numeral 43 ídem, que reafirma la idea de entender la incapacidad por enfermedad como una licencia con goce de salario.

Artículo 43.- Toda enfermedad que motive licencia con goce de sueldo

deberá ser comprobada con documento en el que conste la incapacidad extendida por la Caja Costarricense del Seguro Social, el Instituto Nacional de Seguros, el servicio médico de los empleados del Poder Judicial, el médico de la respectiva localidad y, si no hubiere alguno de estos en el lugar, por el de cualquier otro médico.

En todo caso, el documento médico se podrá mandar a ratificar o ampliar a costa del interesado, bien sea por el mismo médico que lo extendió, por su superior o por otro.

En igual sentido, el ordinal 44 ídem indica que las incapacidades otorgadas por enfermedad debidamente comprobada se consideran licencias concedidas a la persona servidora.

Artículo 44.- Las licencias con goce de sueldo o sin él no pueden exceder de seis meses. Tampoco pueden exceder de ese término, las que sumadas en un mismo año se conceden a un empleado o funcionario.

Esta disposición no rige en cuanto a las licencias concedidas al empleado o funcionario, para desempeñar otro puesto dentro del ramo judicial o mediante permutes condicionales o de las que se conceden con goce de sueldo o sin él, por motivos de enfermedad debidamente comprobada con certificado médico.

(...).

Llegados a este punto, ahora corresponde abordar el tema de la prestación económica prevista en la Ley 7756.

6. El subsidio económico regulado en la Ley 7756.

Tal y como se indicó anteriormente, conforme a los artículos 1 y 13 de la Ley 7756, la persona designada responsable de cuidar un paciente en fase terminal o una persona gravemente enferma gozará, no solo de licencia para dedicarse a la labor de cuido, sino también de un subsidio económico, siempre que no medie alguna otra retribución. Este subsidio comparte algunas características con los subsidios previstos en la normativa de seguridad social, pero también cuenta con algunas particularidades propias.

El artículo 15 del *RSS* estipula que las prestaciones derivadas de la seguridad social son la atención sanitaria, la asistencia social y la ayuda económica. Desarrollando el ultimo tipo de beneficios, el canon 27 *idem* alista como prestaciones de orden económico los subsidios y las colaboraciones económicas para atender las necesidades generadas por incapacidad, licencia, compra de prótesis, anteojos, aparatos ortopédicos, traslados, hospedajes, funeral y atención médica.

Artículo 15. De las prestaciones.

El Seguro de Salud cubre, de acuerdo con las regulaciones que adelante se indican, las siguientes prestaciones:

- a) Atención Integral a la Salud.
- b) Prestaciones en Dinero
- c) Prestaciones Sociales.

El contenido de dichas prestaciones, será determinado según las posibilidades financieras de este Seguro.

Artículo 27. De las prestaciones en dinero

Las prestaciones en dinero comprenden:

- a) Subsidios y ayudas económicas por incapacidad o por licencia.
- b) Ayuda económica para compra de prótesis, anteojos y aparatos ortopédicos.
- c) Ayuda económica para traslados y hospedajes
- d) Ayuda económica para gastos de funeral, en caso de fallecimiento del asegurado directo o de su cónyuge o compañero.
- e) Ayuda económica por concepto de libre elección médica.

Partiendo del hecho de que el subsidio forma parte de las prestaciones derivadas de la seguridad social, el artículo 10 del *RSS* define esa figura como la suma de dinero pagada por la CCSS a la persona asegurada, por incapacidad o licencia.

Artículo 10. Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

(...).

Subsidio: Suma de dinero que se paga al asegurado directo activo por motivo de incapacidad o de licencia.

(...).

En igual sentido, el artículo 2 del *Reglamento para el otorgamiento de licencias e incapacidades a los beneficiarios del seguro de salud* conceptúa al subsidio como la suma de dinero pagada a la persona asegurada, durante un período de incapacidad o licencia, con la intención de proveerle un ingreso económico que le permita atender sus necesidades básicas.

Artículo 2.-Definiciones.

(...).

Subsidio: el subsidio es la suma de dinero que se paga al asegurado(a), activo(a), durante los períodos de incapacidad por enfermedad, riesgo de trabajo, accidente de tránsito, fase terminal o de licencia por maternidad, producto de un acto médico y tiene el propósito de suministrar un ingreso económico que permita cubrir las necesidades básicas del trabajador, siempre y cuando cumpla con los requisitos de cotización que establece la normativa vigente.

(...).

A partir de lo anterior, en términos generales, puede afirmarse que el subsidio referido constituye la suma de dinero que la entidad aseguradora (CCSS) otorga -o traslada- a la persona responsable de cuidar a la persona enferma, con la intención de atenuar la pérdida del ingreso económico experimentada por asumir la labor de cuido pues, se debe recordar que, conforme a la normativa en uso, durante la vigencia de la licencia, se suspende la relación laboral de la persona responsable, para que pueda cumplir su encargo y, como consecuencia de ello, desaparece la obligación patronal de pagar el salario.

En virtud de lo consultado y tomando en cuenta lo apuntado, entendiendo que el subsidio es una ayuda económica entregada por la entidad aseguradora a la persona asegurada, con la intención de atenuar la pérdida adquisitiva de ésta última, durante una incapacidad o licencia, desde ahora se debe apuntar que el origen del subsidio le confiere una naturaleza distinta a la del salario percibido por quien forma parte de una relación de empleo, de manera que resulta improcedente equiparar el subsidio con el salario.

Hablando precisamente de las prestaciones asociadas a la *Ley 7756*, en resolución número 003894-2018, de las nueve horas y treinta minutos del 9 de marzo de 2018, la Sala Constitucional señaló la diferencia existente entre subsidio y salario, observando que el primero es un aporte económico recibido por el trabajador en virtud de licencia o incapacidad, mientras que el segundo es la remuneración percibida a cambio de los servicios prestados por la persona trabajadora. Además, añadió, la suspensión de los efectos de la relación de trabajo derivada del otorgamiento de la licencia para cuidar persona en fase terminal o gravemente enferma genera que el trabajador no reciba salario, salvo que exista norma que autorice lo contrario.

A lo expuesto, debe adicionarse que, según el ordinal 5 de la *Ley 7756*, el subsidio se calcula con base en el promedio de los salarios consignados en las planillas procesadas por la CCSS, durante los tres meses anteriores a la licencia. Además, advierte, el monto del subsidio se pagará de la siguiente forma: a.) hasta dos salarios base según la *Ley 7337*, el cien por ciento del promedio del ingreso; b) sobre el exceso de esos dos salarios base y hasta tres salarios base según la misma ley, el ochenta por ciento del ingreso medio, por ese rango de salario y; c) sobre el exceso de los tres salarios antes mencionados, el sesenta por ciento del ingreso promedio, por ese rango de salario.

Artículo 5.- Subsidio.

El monto del subsidio se calculará con base en el promedio de los salarios consignados en las planillas procesadas por la Caja Costarricense de Seguro Social, durante los tres meses inmediatamente anteriores a la licencia. El promedio de referencia para el cálculo excluye cualquier pago correspondiente a períodos anteriores al indicado. El monto del subsidio, en colones, será el siguiente:

- a)** Hasta dos salarios base establecidos según la Ley N ° 7337, de 5 mayo de 1993, percibirán el cien por ciento (100%) del promedio del ingreso.

b) Sobre el exceso de dos salarios y hasta tres salarios base establecidos según la Ley N ° 7337, de 5 mayo de 1993, percibirán el ochenta por ciento (80%) del promedio del ingreso, por ese rango de salario.

c) Sobre el exceso de tres salarios base establecidos según la Ley N ° 7337, de 5 mayo de 1993, percibirán el sesenta por ciento (60%) del promedio del ingreso, por ese rango de salario.

En igual sentido se pronuncia canon 12 del *Instructivo*.

Artículo 12º De los subsidios.

El subsidio que corresponda, se calculará con base en el promedio de los salarios consignados en las planillas procesadas por la Caja, durante los tres meses inmediatamente anteriores a la licencia. El monto del subsidio, será el siguiente:

Hasta dos salarios base establecidos en la Ley N. ° 7337, de 5 mayo de 1993 (oficinista 1), según ley del presupuesto nacional, percibirán el cien por ciento (100%) del promedio del ingreso.

Sobre el exceso de dos salarios y hasta tres salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 mayo de 1993, percibirán el ochenta por ciento (80%) del promedio del ingreso.

Sobre el exceso de tres salarios base establecidos en la Ley N° 7337, de 5 de mayo de 1993, percibirán el 60% promedio del ingreso. Los subsidios pagados por este concepto, no son computables con los de enfermedad y se pagan por periodos vencidos.

Lo anterior significa que, en virtud de la normativa indicada, algunas personas servidoras estarían recibiendo por subsidio la misma suma que recibirían como salario, sorteando la afectación económica que esa situación podría generales. Sin embargo, las personas servidoras que perciben salario superior al equivalente a tres salarios base mensual del puesto “Oficinista 1” (según la relación de puestos de la Ley de Presupuesto Ordinario de la República), recibirían como subsidio una suma menor a la de su salario habitual.

Además, respecto a la forma de pago del subsidio, el precepto 6 de la legislación analizada dice que ese beneficio se paga por períodos vencidos, atendiendo la periodicidad del salario recibido por la persona trabajadora, admitiendo la posibilidad de realizar el pago total al finalizar la licencia o al finalizar períodos mayores que los comprendidos en el pago salarial, a solicitud de la persona trabajadora.

Artículo 6- Pago del subsidio.

El subsidio se pagará por períodos vencidos según la periodicidad del salario recibido por el trabajador, sin perjuicio de que el pago completo pueda hacerse efectivo al concluir el período total de la licencia o al finalizar períodos mayores que los comprendidos en el pago salarial, a criterio del trabajador.

Cabe destacar que los fondos utilizados para pagar los costos generados por los incentivos antes mencionados provienen del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (*FODESAF*), y su administración corresponde a la CCSS, tal y como lo indican los ordinales 10 de la ley bajo examen y 1 del *Instructivo*.

Ley Beneficios para los Responsables de Pacientes en Fase Terminal y Personas Menores de Edad Gravemente Enfermas.

Artículo 10°- Cobertura de costos.

Del Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares se destinará un medio por ciento (0.5%), que se traspasará a la Caja Costarricense de Seguro Social, para cubrir el costo de los subsidios otorgados con base en esta ley y el costo por su administración, de acuerdo con el reglamento que dictará para el efecto.

De existir algún superávit después de cubrir los gastos a que se refiere el párrafo anterior, la Caja Costarricense de Seguro Social podrá destinar los sobrantes para aplicarlos, exclusivamente, a ayudar al financiamiento de la construcción del edificio para el Centro Nacional del Control del Dolor y Cuidados Paliativos, y luego, de las clínicas de control del dolor y cuidados paliativos que integran la red de apoyo del Centro citado. Asimismo, podrá destinarlos al equipamiento de esos mismos centros de salud; todo con el propósito de mejorar la atención integral de

los pacientes que sufren por dolor o se encuentran en estado terminal, por cáncer u otras enfermedades incurables.

Para los efectos del párrafo precedente de este artículo, se autoriza a la Caja Costarricense de Seguro Social para que destine los excedentes generados por la presente Ley desde el 20 de marzo de 1998.

Instructivo Beneficio para los responsables de pacientes en fase terminal.

Artículo 1º. Del fundamento legal. El otorgamiento de licencias y pago de subsidios a asegurados activos asalariados designados como responsables para cuidar a un enfermo en fase terminal, siempre que se trate de una colaboración y no medie retribución alguna, se fundamenta en la ley 7756 publicada en la Gaceta Nº 56 del día viernes 20 de marzo de 1998. De acuerdo con lo establecido en el artículo Nº 10 de esta ley, la cobertura de este beneficio es asumida por el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares, quien debe destinar un medio por ciento (0.5 %) del mismo, el cual traspasa a la Caja Costarricense de Seguro Social para cubrir el costo de los subsidios otorgados y su costo por administración.

Esta génesis es una de las características propias de este subsidio y lo diferencia de aquellos previstos en las regulaciones de la seguridad social. De hecho, en la resolución número 16069-2015, de las once horas y treinta minutos del 14 de octubre de 2015, la Sala Constitucional apuntó que este subsidio no deriva del derecho al seguro a la salud, sino de la contribución realizada por los patronos al Fondo de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares, de ahí que, en estos casos, la actuación de la CCSS se limita a llevar a cabo el pago, registro contable y control de los subsidios.

Como complemento de lo indicado, debe señalarse lo estipulado en el párrafo final del artículo 14 del *Reglamento 8712*, el cual dispone que, en presencia de una licencia para el cuidado de paciente en fase terminal, el asegurado activo “solo podrá realizar aquellas actividades relacionadas con el cuidado del paciente en fase

terminal, excluidas actividades remuneradas, públicas o privadas, actividades académicas y viajes dentro y fuera del país”.

Corresponde cerrar este subepígrafe apuntando que, en cuanto a su naturaleza jurídica, el subsidio previsto en la Ley 7756 es un aporte económico originado en el Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares (FODESAF) y entregado por la seguridad social a la persona trabajadora que ve suspendida su relación laboral en virtud de la licencia concedida para dedicarse al cuidado de persona gravemente enferma. Su finalidad es restituir la pérdida de ingresos generada por aquella suspensión pues, mientras ella persista, la parte patronal se encuentra autorizada para omitir el pago del salario de la persona trabajadora, y está última también se encuentra autorizada para omitir el cumplimiento de su contraprestación, que no es otra que la ejecución efectiva de sus labores. Entonces, el subsidio no constituye ni sustituye salario, salvo norma en contrario.

6.1. La interpretación de la parte final del párrafo primero del artículo 1 de la Ley 7756. La ausencia de retribución para obtener las prestaciones previstas en la citada ley.

En la consulta original, la Dirección de Gestión Humana asevera que el pago del subsidio establecido en la Ley 7756 se encuentra condicionado a la inexistencia de retribución por parte del patrono. Lo anterior con base en la parte final del primer párrafo del artículo 1 de la Ley 7756, la cual indica que el goce de las prestaciones previstas en esa norma resulta procedente siempre que no medie retribución alguna.

Tal afirmación es inexacta. La retribución aludida hace referencia a pago por la labor de cuidado, es decir, a remuneración o recompensa económica para la persona responsable, por el servicio de cuidado brindado a la persona paciente. No se refiere a salario o subsidio patronal, cuando la legislación lo prevea. Así se

desprende del análisis histórico del contenido del artículo 1 de la *Ley 7756*, cuya redacción original disponía:

Artículo 1. Licencia y subsidio. Toda persona activa asalariada que, por el procedimiento señalado en esta ley, se designe responsable de cuidar a un enfermo en fase terminal, gozará de licencia y subsidio en los términos que adelante se fijan, siempre que se trate de una colaboración y no medie retribución alguna (el subrayado es agregado).

Esa escritura fue modificada por el artículo 2 de la *Ley para garantizar el interés superior del Niño, la Niña y el Adolescente en el cuidado de la persona menor de edad gravemente enferma, Ley 9353*, que sustituyó la frase “(...) *siempre que se trate de una colaboración y no medie retribución alguna (...)*” por “(...) *siempre que no medie retribución alguna (...)*”, para que la norma se leyera:

Artículo 1. Licencia y subsidio. Toda persona activa asalariada que, por el procedimiento señalado en esta ley, se designe responsable de cuidar a un paciente en fase terminal o a una persona menor de edad gravemente enferma, gozará de licencia y subsidio en los términos que adelante se fijan, siempre que no medie retribución alguna (el subrayado es agregado).

Dicha variación se originó en la opinión técnica emitida por la Defensoría de los Habitantes de la República, en oficio número DH-DNA-CV-0606-2015, de 9 de setiembre de 2015, en respuesta a la consulta realizada por la Asamblea Legislativa durante el trámite del proyecto de ley denominado *Ley para garantizar el interés del Niño en el cuidado de la persona menor gravemente enferma*, expediente legislativo número 19433.

En ese informe, al referirse a la reforma del artículo 1 de la *Ley 7756*, la Defensoría propuso eliminar la frase “... que se trate de una colaboración ...”, y sustituirla por “... siempre que no medie retribución alguna ...”, para remarcar que

el cuido brindado a la persona menor de edad gravemente enferma es un derecho de ella y un deber de sus progenitores o responsables legales, no una mera colaboración. Apuntó la Defensoría:

Asimismo, se propone eliminar la frase “... que se trate de una colaboración”, para que se lea “siempre que no medie retribución alguna...”. Lo anterior por cuanto el derecho que tiene una persona menor de edad a que su padre, madre o representante legal la cuide en cualquier circunstancia de su vida debe entenderse, desde las responsabilidades del Estado, como un deber y no como una simple “colaboración”.

Tal observación fue acogida por la comisión examinadora del proyecto de ley y pasó a formar parte del texto sustitutivo propuesto que, finalmente, fue aprobado por el plenario legislativo y término formando parte de la *Ley 7756, Ley de Beneficios para los responsables de pacientes en fase terminal y personas menores de edad gravemente enfermas*.

Consecuentemente, en ese sentido debe interpretarse el contenido de los numerales 8 y 9 del *Instructivo*, cuyo texto advierte que las remuneraciones generadas en forma directa por la labor de cuidado son incompatibles con los beneficios concedidos al amparo de la *Ley 7756*. El ordinal 9 citado indica en forma expresa que “*El trabajador activo asalariado que resulte designado para cuidar un paciente en fase terminal, adquiere un compromiso solidario y humanitario, por el cual, excepto el subsidio otorgado por la Caja, no es procedente ninguna otra remuneración por este motivo*” (el subrayado es agregado).

6.2. Trámite administrativo del pago previsto en el artículo 42 de la LOPJ, cuando se tramita una licencia basada en la Ley 7756.

En lo atiente al tratamiento administrativo que actualmente se le brinda al pago del subsidio y sus incidencias sobre la situación de las personas servidoras, la Dirección de Gestión Humana indica que, cuando tramita la licencia y el subsidio

regulados en la Ley 7756, aplica el “procedimiento definido para el trámite de la incapacidad o licencia otorgado por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), plasmado en el instructivo aprobado para tal efecto por el Consejo Superior, en sesión 111-16, del 13 de diciembre de 2016, artículo XXXI”, añadiendo que “(...) en el caso de las licencias por fase terminal, el trato es el mismo que se le da al resto de incapacidades o licencias emitidas por la CCSS, es decir, el Poder Judicial cancela el 100% del salario a la persona servidora judicial por el periodo de la licencia, siendo que una vez que la CCSS comunica que le acredító el subsidio a la persona, se le aplica una deducción de la planilla quincenal por el total del monto depositado por esa entidad, hasta la cancelación total de la suma”. Sobre este tema, es importante señalar dos cuestiones.

En primer lugar, la actividad desplegada por el órgano administrativo judicial parte del supuesto de que la licencia normada en la Ley 7756 puede tratarse igual que una incapacidad, no obstante, dicho proceder parece no tomar en cuenta las diferencias existentes entre las licencias reguladas en la Ley 7756 y las incapacidades por enfermedad previstas en la normativa atiente a la seguridad social. Lo cual podría generar un cambio en el tratamiento administrativo que la institución brinda a las prerrogativas sometidas a revisión.

En segundo lugar, el trámite descrito no coincide con el acuerdo adoptado por Corte Plena en sesión 19-2023, del 8 de mayo de 2023, artículo XXXVI, el cual resultaría aplicable al caso, desde su adopción, sobre todo cuando se toma en cuenta que la situación sometida a revisión está recibiendo el mismo trato que una incapacidad por enfermedad. Además, debe advertirse que, la actividad desplegada por la institución parece no contar con autorización legal para brindar el tratamiento antes referido a las licencias para cuidado de personas en fase terminal o gravemente enfermas. En este punto, conviene recordar que el principio de legalidad exige que la actividad administrativa encuentre sustento en el ordenamiento jurídico, ya que la administración solo puede actuar en la medida en que el ordenamiento mismo la

faculte para hacerlo, teniendo permitido lo que esté autorizado en forma expresa y prohibido aquello que no se encuentre autorizado.

En atención a lo anterior, partiendo de las consideraciones expuestas en este dictamen, conviene revisar el procedimiento seguido por la administración para gestionar las incidencias relacionadas con las licencias previstas en la *Ley 7756* y procurar que el mismo se ajuste a las exigencias legales vigentes y la normativa interna aplicable a la materia. El siguiente apartado se dedica a esa labor.

7. Adenda. Los permisos previstos en la Ley Marco de Empleo Público.

En su consulta, la Dirección de Gestión Humana menciona los permisos estipulados en los artículos 39 y 40 de la *Ley Marco de Empleo Público (LMEP)*. Sobre ese tema, conviene apuntar que los beneficios laborales reguladas en esos numerales refieren situaciones jurídicas ajenas y distintas a las estipuladas en la *Ley 7756*.

Las normas mencionadas aluden a la posibilidad de gestionar ante la parte patronal la concesión de un permiso, remunerado o no, para reducir la jornada laboral hasta un tercio, durante un período máximo de un año, a fin de dedicarse al cuidado de un familiar por consanguinidad o afinidad, hasta segundo grado, enfermo o discapacitado. En términos sencillos, ello implica que la persona servidora mantiene su vínculo estatutario sin afectar la continuidad laboral, pero pide parte de su tiempo para cuidar una persona familiar enferma o discapacitada.

Tales permisos no conllevan la concesión de licencias o subsidios, ni la utilización de servicios o fondos relacionados con la seguridad social o FODESAF. Por el contrario, las cuestiones afectadas se limitan a ciertas circunstancias de la relación de servicio de la persona interesada, tales como tiempo efectivo de labores y salario. En suma, ellos no guardan relación con las prerrogativas previstas en la

Ley 7756 o en las regulaciones atinentes a la seguridad social. Son beneficios diferentes, cada uno con un régimen jurídico propio.

8. Conclusiones.

8.1. Respecto a las figuras jurídicas y las prestaciones derivadas de la Ley 7756 y de las regulaciones atinentes a la seguridad social (incapacidades por enfermedad).

Con base en lo expuesto en los apartados anteriores, se evidencia con claridad que las licencias y ayudas económicas estipuladas en la Ley 7756 difieren de las asociadas a las incapacidades por enfermedad previstas en las regulaciones atinentes a la seguridad social, tal y como se expone en el siguiente cuadro:

Diferencias entre licencias derivadas de Ley 7756 e incapacidades por enfermedad		
Aspectos diferenciadores relevantes	Licencias y subsidios Ley 7756	Incapacidades y subsidios por enfermedad
Origen y fundamento legal	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beneficio establecido por ley. Favorece a las personas gravemente enfermas y quienes asumen su cuidado. ▪ Regulado en: <ul style="list-style-type: none"> • Ley 7756. • Instructivo Beneficios para los responsables de Pacientes en Fase Terminal. • Reglamento para el Otorgamiento de Licencias e Incapacidades a los beneficiarios del Seguro de Salud, especialmente los artículos: 63 a 67. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Beneficio derivado del Régimen de Seguridad Social previsto en la Constitución Política. Cubre a todas las personas trabajadoras del país, de los riesgos de enfermedad y otros, a través del Seguro de Salud. ▪ Regulado en: <ul style="list-style-type: none"> • Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, especialmente los artículos: 1, 2, 3, 22, 23, 24, 32, 33, 36 y 37. • Reglamento del Seguro de Salud, especialmente los artículos: 1, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 11bis, 13, 15, 17, 18, 27, 28, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 46, 62 y 63. • Reglamento para el otorgamiento de Licencias

		e Incapacidades a los beneficiarios del Seguro de Salud, especialmente los artículos: 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 68, 69, 80, 81, 82 y 83.
Destinatarios	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>Persona trabajadora asalariada y asegurada activa.</u> 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>Persona trabajadora y asegurada activa.</u> ▪
Circunstancias cubiertas	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>Persona trabajadora asalariada y asegurada activa, designada responsable de cuidar a:</u> i.) <u>persona en fase terminal;</u> ii.) <u>persona menor de edad gravemente enferma,</u> o; iii.) <u>persona menor de edad o mayor de edad pero menor de 25 años, que presente una situación especial o excepcional de salud</u> y requiera cuidado y acompañamiento. ▪ <u>Disminución salarial</u> de la persona trabajadora. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>Persona trabajadora y asegurada activa que padece de enfermedad común y temporal que le impide atender sus deberes funcionales</u> habituales. ▪ <u>Disminución salarial</u> de la persona trabajadora.
Fuente de financiamiento	<ul style="list-style-type: none"> ▪ <u>Fondo de Desarrollo Social y Asignaciones Familiares</u> (FODESAF). <ul style="list-style-type: none"> • Los recursos para el financiamiento de los beneficios previstos en la Ley 7756 no provienen de las cotizaciones realizadas al Seguro de Salud, sino de los aportes -estatal y patronal- a FODESAF. • La CCSS se limita a gestionar el control de las personas beneficiarias, así como la entrega y el pago de los beneficios. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Régimen de Seguridad Social. Seguro de Salud. Sistema de contribución forzosa tripartita del Estado, los patronos y los trabajadores. <ul style="list-style-type: none"> • Los fondos y las reservas de los seguros sociales no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las establecidas en sus regulaciones. • El dinero recaudado por las cotizaciones del Seguro de Salud solo puede ser utilizado para ese fin. No se puede destinar a la atención de un beneficio distinto.

Siguiendo lo expuesto, resulta evidente que los beneficios regulados en la Ley 7756 tiene un origen legal propio y especial, así como un financiamiento diferente al previsto para las prestaciones sociales procedentes del seguro de salud, pues se sustentan en recursos provenientes de FODESAF, que -únicamente- son administrados por la CCSS, a diferencia de las prestaciones derivadas del Seguro

de Salud, que se rigen por las disposiciones emitidas por la CCSS y se financian con los recursos de la seguridad social.

Las diferencias apuntadas, sin lugar a duda, imponen la obligación de brindar a los beneficios derivados de la *Ley 7756* un tratamiento jurídico diferenciado al otorgado a las prestaciones relacionadas con las incapacidades por enfermedad previstas en las regulaciones de seguridad social, salvo que exista norma legal que indique lo contrario. Se advierte que lo indicado no impide que ambas figuras reciban un trámite administrativo similar, entendido este como el procedimiento que siguen esas circunstancias en la sede administrativa.

8.2. Los escenarios jurídicos derivados de las consideraciones expuestas.

Conforme a las consideraciones esbozadas en los epígrafes anteriores, esta Dirección Jurídica estima que el ámbito administrativo del Poder Judicial ha entendido y gestionado los beneficios establecidos en la *Ley 7756* de forma distinta a lo que se deriva de las regulaciones aplicables a la materia. Seguidamente se exponen las implicaciones jurídicas del trámite brindando por la institución a las prestaciones reguladas en la *Ley 7756* y, posteriormente, el escenario jurídico derivado de las normas que rigen esos beneficios.

8.2.1. El trámite administrativo actual.

Actualmente, según se desprende de lo señalado por los personeros de la Dirección de Gestión Humana, la(s) licencia(s) estipulada(s) en la *Ley 7756* se equipara(n) a una incapacidad por enfermedad, brindándosele(s) el mismo tratamiento establecido para las segundas en el artículo 42 de la *LOPJ*.

La adopción de esa posición impacta en forma directa la gestión administrativa del salario de la persona servidora judicial beneficiaria de alguna de

las licencias previstas en la *Ley 7756*, en relación con las transferencias de dinero que debe realizar la institución hacia otras instancias internas (tal el caso de los aportes al fondo de socorro mutuo o al fondo de jubilaciones y pensiones del Poder Judicial) o a entidades externas (como sucede con reportes de planillas y pago de cuotas a la CCSS).

De conformidad con esta situación, dado que la Dirección de Gestión Humana indica que aplica el procedimiento definido en el instructivo aprobado por el Consejo Superior, en sesión 111-16, del 13 de diciembre de 2016, artículo XXXI, entonces; la institución gira el salario completo a la persona beneficiaria y esta cumple sus obligaciones legales sin sufrir menoscabo económico o jurídico, excepto aquellos derivados del deber de reintegrar lo recibido como subsidio.

Sin embargo, más allá de las similitudes compartidas por el trámite administrativo -no jurídico- de las licencias establecidas en la *Ley 7756* y las incapacidades por enfermedad, debe apuntarse que la legislación vigente no prevé la conversión de las licencias reguladas en la *Ley 7756*, de una licencia sin goce de salario a una licencia con goce de salario, ni la institución cuenta con norma que expresamente le permita tratar a las licencias derivadas de la *Ley 7756* como a las incapacidades por enfermedad, con sustento en lo dispuesto en el ordinal 42 de la *LOPJ*. En este punto conviene recordar que las administraciones públicas -y las personas funcionarias- son simples depositarias de la autoridad, encontrándose obligadas a cumplir los deberes legalmente impuestos, sin poder arrogarse potestades o facultades no concedidas en la ley.

Como corolario de lo expuesto en este apartado, debe indicarse que, este escenario presenta la ventaja de igualar el trámite administrativo de las licencias e incapacidades referidas, debiendo atenderse lo acordado por Corte Plena en sesión 19-2023, del 8 de mayo de 2023, artículo XXXVI; de manera que los cambios en sistemas serían los mismos que para el caso de las incapacidades. Sin embargo,

su principal desventaja es la ausencia de norma que habilite proceder según lo expuesto, es decir, que carece de sustento normativo.

Conforme lo anterior, esta unidad asesora no recomienda el anterior escenario, por carecer de fundamento normativo.

8.2.2. Escenario normativo vigente.

Conforme a la *Ley 7756* (artículo 1 y 13) y el *Instructivo Beneficio para los responsables de pacientes en fase terminal* (artículos 1, 3, 9 y 13), así como el *Reglamento para el otorgamiento de Licencias e incapacidades a los beneficiarios del Seguro de Salud* (artículos 1, 2, 5, 6, 7, 10, 14, 63 a 67) y el *Reglamento del Seguro de Salud* (artículos 10, 27, 28 y 30): la(s) licencia(s) laboral(es) dispuesta(s) en la *Ley N° 7756* se entiende(n) como una licencia sin goce de salario distinta a la(s) incapacidad(es) por enfermedad, en los términos expuestos *ut supra* (5.1.1, 5.1.2 y 5.1.3.), tal y como lo explica la Sala Constitucional en las resoluciones número 016069-2015, de las once horas y treinta a minutos del 14 de octubre de 2015, y 003894-2018, de las nueve horas y treinta minutos del 9 de marzo de 2018.

En este supuesto, a partir de la naturaleza asignada a la(s) licencia(s) aludida(s), y sus características esenciales, esta(s) se diferencia(n) de la(s) incapacidad(es) por enfermedad concedidas al amparo de la normativa de seguridad social, en cuanto a su fundamento, origen, destinatarios, circunstancias cubiertas y financiamiento.

Los beneficios estipulados en la *Ley 7756* se fundamentan en: **i.)** el derecho de la persona enferma a recibir el cuidado y la atención apropiada; **ii.)** el derecho de la persona trabajadora asalariada de cuidar a sus seres queridos mientras afrontan una situación delicada de salud, sin desproteger su propia situación socio económica, y; **iii.)** la protección de la parte patronal a la parte obrera. Se originan

en la Ley 7756. Sus destinatarios son únicamente las personas trabajadoras asalarias y aseguradas por la CCSS. Cubre a las personas asalariadas y aseguradas que deben asumir el cuido de una persona en fase terminal o gravemente enferma, de las contingencias derivadas de la situación descrita, brindándoles protección y apoyo para cumplir ese encargo. Se financia con recursos provenientes del Fondo de Desarrollo Social y de Asignaciones Familiares (*FODESAF*).

Entretanto, las prerrogativas relacionadas con la(s) incapacidad(es) por enfermedad se sustentan en el derecho a la salud y la protección de las personas trabajadoras. Emanan del sistema de seguridad social establecido en la CP, propiamente del seguro de salud administrado por la CCSS. Sus destinatarios son las personas trabajadoras, así como aquellas que se encuentren en condiciones vulnerables y no puedan cubrir los aportes fijados por las regulaciones correspondientes. Cubren a las personas aseguradas contra los riesgos derivados de enfermedad. Se financian con los aportes a la seguridad social, realizados por el Estado, los patronos y las personas trabajadoras.

A partir de esas diferencias, se sostiene, resulta improcedente para el sector administrativo judicial dar el mismo tratamiento a las vicisitudes relacionadas con la(s) licencia(s) derivada(s) de la Ley 7756 que aquel brindado a las vinculadas con la(s) incapacidad(es) por enfermedad.

A ello debe adicionarse que, el tratamiento brindado por las oficinas administrativas del Poder Judicial a las incapacidades por enfermedad se encuentra autorizado en forma expresa en el artículo 42 de la LOPJ, que permite conceder una licencia con goce de salario a la persona servidora judicial incapacitada por enfermedad, y pagarle como salario lo que falte para completar su remuneración una vez descontado el subsidio cancelado por la CCSS. Dicha autorización no existe en el caso de las prestaciones reguladas en la Ley 7756.

Se debe tener presente que, la adopción de esta posición impacta en forma directa: **i.)** la gestión institucional de las licencias dispuestas en la *Ley 7756*; **ii.)** el ingreso de las personas servidoras judiciales cuya remuneración supere tres salarios base de “Oficinista 1” establecida en la relación de puestos de la Ley de Presupuesto Ordinario de la República, y; **iii.)** a la vez, la gestión administrativa del salario de la persona servidora judicial beneficiaria de alguna de las licencias previstas en la *Ley 7756*, así como los aportes legales y voluntarios que esa persona debe realizar a distintas instancias y entidades, en relación con las transferencias de dinero que debería remitir la institución a instancias internas (tal el caso de los aportes al fondo socorro mutuo o al fondo de jubilaciones y pensiones del Poder Judicial) o a entidades externas (como sucede con reportes de planillas y pago de cuotas a la CCSS).

En este contexto, frente al otorgamiento de las prestaciones previstas en la *Ley N° 7756*, la única obligación del Poder Judicial es aceptar e implementar la licencia laboral. Según la ley analizada, quien resulte designado *Responsable* de cuidar una persona gravemente enferma recibirá únicamente la licencia laboral y el subsidio económico estipulados en esa normativa, para que pueda concentrarse exclusivamente en el cumplimiento del encargo asignado. En cuanto al subsidio aludido, según esa misma ley, su pago le corresponde a la CCSS, con sustento en los recursos trasladados desde FODESAF. En este escenario el Poder Judicial no tendría que realizar pago alguno a la persona servidora judicial, por tratarse de una licencia sin goce de salario (que no puede ser tornada en licencia con goce de salario, por ausencia de norma que habilite expresamente ese proceder).

9. Recomendación.

Desde una perspectiva jurídica, esta Dirección Jurídica estima, pertinente recomendar que la conducta administrativa del Poder Judicial se limite a dar la

licencia que contempla la *Ley 7756*, sin dar prestación económica alguna en dicho período de suspensión de la relación de empleo público.

Lo anterior por ser la opción que se ajusta al ordenamiento jurídico y atender en forma más adecuada el interés público. Además, porque durante la vigencia de la(s) licencia(s) establecida(s) en la *Ley 7756* se suspende la relación laboral existente entre la persona beneficiaria y el Poder Judicial (doctrina de los artículos 27.3 de la *LOPJ* y 73 y 153 -pf. 3- del *CT*) y, consecuentemente, cesa de manera temporal, por un lado, para la parte trabajadora, la obligación de prestar servicios a la institución y el derecho a percibir el salario correspondiente, y, por otro, para la parte patronal, la obligación de pagar salario a la persona servidora y el derecho de exigir la efectiva prestación de servicios.

Es menester advertir, no se recomienda continuar aplicando el trámite administrativo expuesto en el subapartado 8.2.1., porque su implementación carece de norma legal que autorice al Poder Judicial a tratar la licencia sin goce de salario concedida en la *Ley 7756* como una incapacidad por enfermedad y, consecuentemente, como una licencia con goce de salario.

10. Respuesta a las interrogantes formuladas por la Dirección de Gestión Humana.

Partiendo de lo indicado en los apartados anteriores y de la recomendación realizada por esta Dirección, dado que no corresponde pagar salario a las personas servidoras judiciales que optan por los beneficios establecidos en la *Ley 7756*, carece de interés actual abordar los temas referidos en las consultas concretas formuladas por la Dirección de Gestión Humana, por lo cual se omite responder las mismas. Lo anterior, salvo que esa Dirección estime oportuno replantear sus consultas con base en la conclusión anteriormente indicada.

Dada la trascendencia en la modificación en el tratamiento de la aplicación de la Ley 7756, se recomienda valorar someter este criterio a conocimiento del Consejo Superior, de previo a su implementación.

Atentamente,

Lic. Luis Abner Salas Muñoz

Asesor Jurídico

MSc. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo

Director Jurídico

Ref. 641-2023.-