

San José, 13 de enero de 2021
Criterio DJ-C-19-2021

Señora
Licda. Silvia Navarro Romanini
Secretaria General de la Corte
S.D

Estimada señora:

En el oficio **PJ-DGH-0472-2020** del **01 de octubre del año en curso**, la Dirección de Gestión Humana da respuesta a una solicitud realizada por el Consejo Superior del Poder Judicial sobre la “*propuesta para el cobro de incapacidades*”. En dicho documento se indica que esta Dirección Jurídica realizará en relación con la propuesta admitida “*el análisis de las implicaciones en pagos de los extremos laborales, considerando que el Poder Judicial va a completar los salarios.*”.

Al respecto, se expresa lo siguiente:

I.- CRITERIO. –

a. Alcances del criterio. -

Según se indica en el oficio señalado al inicio, la propuesta para el pago de las incapacidades admitida es la denominada “*Escenario 2*”, la cual literalmente se resume en ese oficio como sigue:

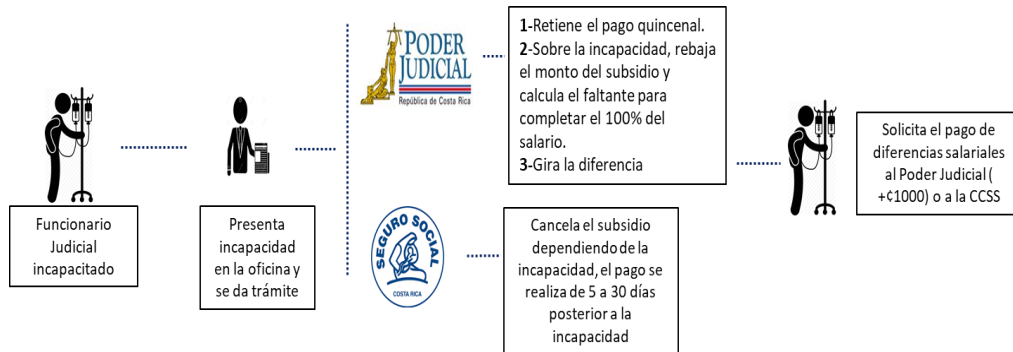
“Este escenario consiste en que el Poder Judicial calcula, según parámetros de la Caja Costarricense de Seguro Social, en adelante CCSS, el monto a retener y cancela lo proporcional al salario que le corresponde a la persona servidora judicial, según el tipo de incapacidad. Este monto se cancelaría por adelantado, es decir no es necesario que se haya realizado el pago del subsidio de la CCSS; entendiéndose por adelantado, lo establecido en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que cita:

*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. (lo señalado en negrita no es parte del original)*

Cuando la CCSS cancela el subsidio a la persona servidora judicial, el Poder Judicial verifica si sobre este monto cancelado, hay diferencias mayores a ₡1,000.00 y cancela hasta completar el 100% del salario correspondiente al periodo de incapacidad, según el procedimiento que se defina.

Es importante mencionar que este escenario, había sido aprobado en el año 2018 por el Consejo Superior; sin embargo, su aplicación fue suspendida.

Se presenta gráficamente para una mejor visualización:



”.

Con respecto a los escenarios planteados en el análisis realizado por esta unidad asesora y retomados por la Dirección de Gestión Humana, esta Dirección Jurídica, en el criterio DJ-2414-2019, se estimó que el más adecuado es el que se describe de la siguiente manera:

“En este escenario se valora la aplicación literal de la norma, en tanto que el procedimiento a seguir consistirá en la Caja Costarricense realiza su aporte y una vez que el mismo opere, el Poder Judicial completa hasta llegar al cien por ciento del salario que debió ser percibido.

En este orden de ideas es menester indicar que se pueden advertir las siguientes características:

a.- Un deslinde de competencias y responsabilidades acorde con el texto de la norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial

b.- Una reducción al mínimo en cuanto corresponde al riesgo al Poder Judicial con motivo del giro de recursos al servidor y la asunción del mismo por parte del funcionario, en cuanto a su deber de gestionar su incapacidad.

c.- La obligación de realizar deducciones de ley por parte del Poder Judicial, debe entenderse como limitado sobre la porción del pago realizado por éste y no sobre el componente girado por la Caja Costarricense de Seguro Social, habida cuenta que no resultaría procedente que el Poder Judicial asuma las competencias y responsabilidades propias de un agente retenedor de tributos y cargas sociales.

d.- Se entenderá que la parte girada por el Poder Judicial a su servidor ex post el giro por la Caja Costarricense de Seguro Social, se entiende como salario, en la parte que corresponde.

En este sentido, la norma del artículo 42 refiere que la incapacidad por enfermedad se tramitará como licencia con goce de salario, lo cual incide en dos sentidos:

- *La definición del trámite a seguir a partir de la incapacidad, es decir como si fuera una licencia.*
- *La precisión del carácter del aporte institucional como de tratamiento salarial.*

Por otra parte, nótese como la norma indica que el Poder Judicial “completa” lo correspondiente al monto del salario, mas a partir de lo percibido de la Caja Costarricense de Seguro Social.

Es decir no puede determinarse el aporte del Poder Judicial separado y descontextualizado del propósito de conformación conjunta PJ- CCSS, de lo percibido por el servidor.

Estimamos que la frase “completar” implica que lo recibido por el servidor es para mantener incólumne el monto percibido, sin que ello implique la CCSS pueda considerarse que paga un salario, toda vez que no cumple los presupuestos subjetivos (no es patrono, ni el servidor le prestó servicios) ni objetivos (no hay contraprestación) para calificar como salario lo percibido con motivo de los aportes propios de la seguridad social.”.

Ahora bien, en el oficio de la Dirección de Gestión Humana citado al principio, se señala que esta Dirección Jurídica tiene pendiente la emisión de un criterio que valore las implicaciones jurídicas respecto de los extremos laborales que surgen de la aplicación de la metodología de cobro de incapacidades delimitada en el “*Escenario 2*” transcrito en el oficio de esa Dirección. Tales implicaciones variarán según la caracterización que se haga del pago que se genera cuando una persona servidora judicial se encuentra incapacitada en los términos del numeral 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por lo que, se analizarán en este informe tres escenarios en los que esa caracterización será distinta en cada uno, a pesar de que la metodología de cobro de las incapacidades descrita por la DGH en el oficio PJ-DGH-0472-2020, **ya sugirió una caracterización en concreto por la cual incluso se decanta esta Dirección Jurídica y que consiste en que lo que paga proporcionalmente la Caja Costarricense del Seguro Social es subsidio y lo que reconoce el Poder Judicial es salario tal como se puede desprender del oficio DJ-2414-2019.**

b. Caracterización 1 -subsidio parcial-

Mediante el criterio DJ-2414-2019 del 26 de agosto del 2019 esta Dirección Jurídica planteó que, la suma que paga el Poder Judicial cuando una persona se encuentra incapacitada es de naturaleza salarial. Lo anterior armoniza **parcialmente** con la posición de la Procuraduría General de la República (PGR), en cuanto señala que el monto complementario pagado por el Poder Judicial a las personas en aquellas condiciones es salario y no subsidio. Literalmente expresa la PGR:

“(…) lo dispuesto por el ordinal 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lejos de constituirse en un “subsidio” complementario patronal, tiene clara naturaleza salarial (dictamen C-090-2015 de 14 de abril de 2015), pues según lo ha interpretado la propia Sala Segunda: “(…) el pago que se recibe durante la incapacidad corresponde a una licencia con goce de salario y no a un subsidio” (resolución N° 2006-01104 de las 09:45 hrs. del 30 de noviembre de 2006) (...)

Bajo dicha premisa, lo así pagado con base en el citado ordinal 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe aparecer entonces reportado en las planillas mensuales, a efecto de ser considerado en la fijación de la prima retrospectiva del ordinal 331 del Código de Trabajo y no podrían entonces deducirse de aquel reporte las devoluciones hechas, por aquel concepto, por los entes aseguradores.

*Distinto sería si aquello pagado por el Poder Judicial fuera sólo un subsidio patronal complementario, pero por previsión legal no lo es*¹.” (El resaltado no es prístino).

Por otra parte, el criterio de esta Dirección Jurídica indicado en el párrafo anterior, denota también que lo reconocido por la Caja Costarricense del Seguro Social no puede considerarse salario, puesto que “*no cumple los presupuestos subjetivos (no es patrono, ni el servidor le prestó servicios) ni objetivos (no hay contraprestación) para calificar como salario lo percibido con motivo de los aportes propios de la seguridad social*”. Aunado a ello, se considera que el numeral 42 de la LOPJ cuando señala “*licencia con goce de sueldo*”, refiere únicamente a lo relativo a la cantidad necesaria para “*completar*” el salario “*a partir del monto que reciba*” la persona servidora judicial incapacitada de parte de la Caja Costarricense del Seguro Social.

Así las cosas, de lo estimado por la Procuraduría General de la República y por esta Dirección Jurídica, se puede concluir que **sólo** lo pagado por el Poder Judicial cuando una persona se encuentre incapacitada constituye salario y, por ende, cualquier cálculo en el que ese pago deba ser tomado en cuenta para efectos de los extremos laborales correspondientes, debe ser proporcional al monto pagado por el Poder Judicial. Es decir, para los pagos anuales como aguinaldo y salario escolar que se calculen con base en el salario devengado por las personas servidoras judiciales, deben tomarse en cuenta (como si fuesen salario) lo pagado por el Poder Judicial por concepto de incapacidad por enfermedad. Lo mismo ocurre en lo relativo al cálculo de las prestaciones legales. Aplica la misma regla para los reportes a SICERE y al seguro de riesgos del trabajo, así como para las deducciones por pensiones alimentarias, embargos, aportes a asociaciones, cuotas de préstamos, cuotas sindicales, y todas aquellas deducciones que tengan como destino el salario.

En este sentido, esta unidad asesora estima oportuno fundar su criterio en las siguientes consideraciones:

I.- La regulación propia del derecho de la Constitución determina propiamente que las prestaciones otorgadas en virtud del sistema de seguridad social no son salario, sino subsidio. En este orden de ideas, el Convenio 130 de la Organización Internacional del Trabajo, establece respecto de los pagos que se realizan con motivo de enfermedad, que las mismas son “prestaciones monetarias” y no las califica como salario, siendo así que más bien hace una distinción respecto del mismo.

En este sentido, dicho instrumento normativo dispone lo siguiente:

¹ Criterio C-154-2015 así como la opinión jurídica OJ-029-2017 ambos de la Procuraduría General de la República.

“Artículo 18

Todo Miembro, bajo condiciones prescritas, deberá garantizar a las personas protegidas el suministro de prestaciones monetarias de enfermedad respecto de la contingencia mencionada en el artículo 7, apartado b).

Artículo 21

La prestación monetaria de enfermedad mencionada en el artículo 18 deberá consistir en un pago periódico calculado:

(a) de conformidad con las disposiciones del artículo 22 o con las del artículo 23, cuando estén protegidos los asalariados o categorías de la población económicamente activa;

(b) de conformidad con las disposiciones del artículo 24, cuando estén protegidos todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de límites prescritos.

Artículo 22

1. Con respecto a cualquier pago periódico al que se aplique el presente artículo, la cuantía de la prestación, aumentada con el importe de las asignaciones familiares pagadas durante la contingencia, deberá ser tal que, para el beneficiario tipo, y respecto de la contingencia mencionada en el artículo 7, apartado b), sea por lo menos igual al 60 por ciento del total de las ganancias anteriores del beneficiario y del importe de las asignaciones familiares pagadas a una persona protegida que tenga las mismas cargas de familia que el beneficiario tipo.

2. Las ganancias anteriores del beneficiario se calcularán de acuerdo con reglas prescritas, y cuando las personas protegidas estén repartidas en categorías según sus ganancias, las ganancias anteriores podrán calcularse fundándose en las ganancias de base de las categorías a que hayan pertenecido.

3. Podrá prescribirse un máximo de la cuantía de la prestación o de las ganancias que se tengan en cuenta en el cálculo de la prestación, a reserva de que este máximo se fije de suerte que las disposiciones del párrafo 1 del presente artículo queden satisfechas cuando las ganancias anteriores del beneficiario sean iguales o inferiores al salario de un trabajador calificado de sexo masculino.

4. Las ganancias anteriores del beneficiario, el salario del trabajador calificado de sexo masculino, la prestación y las asignaciones familiares se calcularán sobre el mismo tiempo básico”.

Lo anterior debe complementarse con la norma constitucional que regula las prestaciones que otorga el sistema de seguridad social y cuyo objeto de desprende desde el mismo discurso del Presidente de la República del momento, Dr. Rafael Ángel Calderón

Guardia, al enviar el proyecto de ley de creación de nuestro sistema de seguridad social a la Asamblea Legislativa, la indicar, en lo que interesa lo siguiente:

“El seguro de enfermedad tiene tres objetivos: asiste y trata de curar; por medio de una ayuda en metálico, repara las consecuencias económicas de la enfermedad y finalmente, por medio de la acción de la Caja, establece un régimen de medicina preventiva, como se explicó en párrafos anteriores. En el proyecto se comprende la asistencia médica general y especializada, la asistencia hospitalaria, la farmacéutica y por último los subsidios en dinero.” (el destacado es nuestro)

Conteste con dicha naturaleza, el voto de la Sala Constitucional número N° 20473 – 2014, indica para el caso concreto del Poder Judicial lo siguiente:

“La siguiente precisión necesaria es que el subsidio y el salario tienen una naturaleza distinta y no son “equiparables” como lo pretende la accionante. Al respecto, este Tribunal ha indicado que el subsidio, no se trata de una remuneración salarial, cuya naturaleza es diferente; sino de un subsidio que es lo que corresponde como respuesta a la aplicación del seguro por enfermedad (Sentencias número 2008-014146, de las nueve horas dieciséis minutos del veinticuatro de setiembre de dos mil ocho; y Sentencia número 2011-011178, de las trece horas y cero minutos del diecinueve de agosto del dos mil once).”

Como se advierte el derecho de la Constitución mismo califica la prestación que otorga nuestro sistema de seguridad social como subsidio y no como salario.

II.- No existe el elemento contraprestacional en el aporte que da la Caja Costarricense de Seguro Social para calificar el subsidio que otorga como salario y por el contrario, la Ley Orgánica de Seguro Social, refiere que el Poder Judicial brinda una licencia con goce de salario a la personas servidora, lo cual refiere precisamente a la porción que le corresponde a este como patrono, mas sin que a nuestro criterio comprenda el aporte de rango constitucional que brinda el ente asegurador.

III.- No se estima oportuno que se considere que el Poder Judicial pueda calificar el aporte que brinda la Caja Costarricense de Seguro Social de una manera distinta a como esta determina que debe ser la naturaleza jurídica del mismo, sea como subsidio.

Lo contrario implicaría considerar el aporte de dicho ente como salario, lo cual devendría en la contradicción de que alguien que no es patrono paga dicho tipo de reconocimiento contraprestacional, con la incongruencia de que se obligaría a la CCSS a asumir obligaciones de tipo tributario, como agente retenedor del impuesto sobre la renta por ejemplo.

Si bien esta unidad asesora tiene claro las consecuencias jurídicas y fácticas de este escenario, estimamos que el mismo se ajusta en mayor medida a los supuestos de la naturaleza efectiva de ambos componentes del ingreso que recibe la persona incapacitada.

Conforme a lo anterior, la persona recibirá por parte del ente asegurador un subsidio y por parte del Poder Judicial un salario hasta completar el 100% de sus ingresos.

c. Caracterización 2 -subsidio absoluto-

No obstante, a pesar de la caracterización salarial que se hace de la parte complementaria patronal judicial señalada en el punto anterior, ese monto complementario técnicamente no responde al cumplimiento de la prestación del servicio por parte de la persona que se encuentra incapacitada (obligación de la persona trabajadora que constituye un elemento objetivo de la contratación laboral); de manera que, ese monto complementario carente de intención remunerativa² no configura un salario *per se* desde su comprensión prístina ni tampoco responde al cumplimiento de una de las obligaciones plasmadas en el contrato, cual es la prestación personal del servicio por el que se contrató, ya que en tal condición, la ejecución del contrato se encuentra suspendida y con ello la obligación patronal de pagar un salario en su concepto originario y de prestarse el servicio por parte de la persona servidora pública³; **aunque**, la ley le dé el matiz salarial para ofrecer un beneficio social más amplio a las personas servidoras judiciales, lo cual por cierto no está vedado constitucionalmente según lo ha inferido la misma Sala Constitucional en el voto 20473-2014 del 18 de diciembre de 2014 al analizar la constitucionalidad de los numerales 42, 43, y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 2, 6, y 8 del Reglamento para el Pago de Incapacidades por Enfermedad y Maternidad a Empleados del Poder Judicial.

Ahora bien, sobre lo pagado en los periodos de incapacidad **de manera general**, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social ha inferido:

“El período durante el cual el trabajador se encuentra incapacitado, dada la suspensión del contrato de trabajo, no se puede tomar en cuenta para efectos del cálculo del aguinaldo⁴, y por ende se deben tomar solo los salarios que corresponden al tiempo efectivamente trabajado. Esto en virtud de que lo que se reconoce al trabajador incapacitado es un subsidio y no salarios, y solo estos últimos se toman en cuenta para el cálculo del pago de aguinaldo” (DAJ-AE-164-2006).

“El artículo 30 del Código de Trabajo establece que la indemnización que corresponda por concepto de preaviso y cesantía, se calculará tomando como base el promedio de los salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato de trabajo, o tiempo menor si no hubiera ajustado dicho término, y como, durante la incapacidad el contrato de trabajo se encuentra suspendido y por

² El salario engloba la totalidad de los montos dinerarios que entrega el patrono con intenciones remunerativas. Esa finalidad remunerativa manifiesta una relación de causalidad entre la Prestación y la Percepción.

³ Valórese que el artículo 162 del Código de Trabajo establece como salario o sueldo, la retribución que todo patrono debe pagar al trabajador en virtud de un contrato laboral. Asimismo, en el numeral 79 ídem se impone que una de las causas de suspensión de dicho contrato es la enfermedad comprobada que lo incapacite para el normal desempeño de sus labores y ante ese panorama se releva al patrono de la obligación de pagar un salario.

⁴ Según se verá más adelante en este criterio, en el caso de los empleados y empleadas del Ministerio de Educación Pública, los aguinaldos deben pagarse integralmente; es decir, su cálculo no se ve afectado por los periodos de incapacidad, según manda el artículo 49 inciso e) del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil.

ende, el dinero que percibe el trabajador no son salarios sino subsidios en razón de la incapacidad, estos deben obviarse y retrotraerse el cómputo hasta obtener los últimos seis meses de salarios efectivos” (DAJ-AE-610-2006)⁵.

Y la Sala II en el voto 00622-2010 del 30 de abril de 2010 resolvió:

*“Mediante informe número 1232-02067-2004-I, de 17 de diciembre de 2004, la Caja Costarricense de Seguro Social resolvió confeccionar planillas adicionales en contra de la accionante, por el período comprendido entre junio de 1997 y diciembre de 2002, por un monto de ₡119.142.149,000 en los regímenes de los seguros de invalidez, vejez, muerte, enfermedad y maternidad. También cobró las cantidades de ₡4.084.036,00 correspondiente al Fondo de Capitalización Laboral; ₡2.834.024,00 por cuotas obreras al Banco Popular; ₡1.416.992,00 para el Fondo Complementario de Pensiones Obligatorias; ₡708.530,00 como aporte patronal al Banco Popular y ₡2.437.957,00 para el INS (folios 93-112). Tal resolución tuvo sustento en lo dispuesto en el artículo 25, inciso a), de la convención colectiva que rige en la entidad actora, que en forma expresa establece: “En los casos de licencias por incapacidad médica, los trabajadores tendrán derecho: /a) Sobre incapacidades extendidas por la Caja Costarricense de Seguro Social, mientras esta Institución gire el porcentaje que la ley y sus reglamentos le fije, la Municipalidad completará el porcentaje, a fin de que el trabajador reciba el 100% de sus salario, como subsidio de incapacidad.” (Véase documento en legajo aparte). **El punto jurídico se restringe en este caso a determinar si la Caja puede o no cobrar las cargas sociales sobre ese porcentaje cancelado por la entidad empleadora a favor de sus funcionarios.** A tales efectos resulta necesario transcribir lo dispuesto en el numeral 3 de la Ley Constitutiva de la demandada, el cual, en lo que interesa, estipula: “El monto de las cuotas que por esta ley se deban pagar, se calculará sobre el total de las remuneraciones que bajo cualquier denominación se paguen, con motivo o derivados de la relación obrero-patronal”. En el recurso, la parte demandada alega que lo pagado por la Municipalidad no tiene naturaleza de subsidio, no obstante en la resolución 35-03-35, la Gerencia de División Financiera adujo que técnicamente no es un salario (folios 49-58). También ha argumentado que toda suma que el empleador cancele a la persona que trabaja, con ocasión del contrato o relación de trabajo o de servicio, con independencia de su naturaleza, está sujeta al pago de las cargas sociales. **A juicio de la Sala, la obligación de contribuir a los regímenes de seguridad social viene impuesta en relación con las sumas otorgadas con naturaleza salarial.** No otra cosa se desprende de la norma transcrita y de los reiterados fallos de esta Sala, relacionados también con el cobro de cuotas obrero patronales, en los que se ha sostenido que este procede respecto de las prestaciones que tengan esa naturaleza. En ese sentido, en la sentencia 476, de las 9:50 horas del 11 de junio de 2004, en forma expresa se indicó: “Conviene, ahora, realizar un análisis... de cada uno de los puntos fundamentales de agravio. **A saber, si el bono vacacional, las gratificaciones a los ejecutivos, los pagos por las incapacidades y las sustituciones por incapacidades, constituyen o no parte del salario de los trabajadores de... De tal suerte que, de ser salario, estarían sujetos al pago de cuotas obrero patronales a la Caja Costarricense del Seguro Social**”. (La negrita no está en el original. Sobre el mismo tema también*

⁵ Tales posiciones jurídicas están basadas en el derecho laboral común y no desde el que rige en las relaciones estatutarias, en las que impera el principio de legalidad.

pueden consultarse, por todas, las sentencias números 961, de las 10:00 horas del 20 de octubre de 2006 y 539, de las 10:25 horas del 25 de junio de 2008). Luego, la norma transcrita no hace referencia a cualquier suma otorgada con motivo o derivada del contrato de trabajo, sino que precisamente incluye el concepto de “remuneraciones”. **La vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española contempla tres acepciones para el término indicado, así: “1. Acción y efecto de remunerar. 2. Aquello que se da o sirve para remunerar. 3. Retribución”. En lo que interesa, señala que remunerar es “1. Recompensar, premiar, galardonar. 2. Retribuir”. Luego, indica que retribuir es “Recompensar o pagar un servicio, favor, etc.” De igual forma, por retribución entiende la “recompensa o pago de algo”. Tal y como lo indicaron los integrantes del órgano de alzada, la remuneración hace referencia a la existencia de un pago por algo, que en el caso concreto se refiere a la contraprestación por el trabajo realizado, a la luz de la naturaleza sinalagmática del contrato de trabajo. Por consiguiente, no puede considerarse que cualquier cantidad otorgada por el empleador a quien trabaja con motivo u ocasión del contrato de trabajo está sujeta al pago de cargas sociales, sino solo aquellas que tienen naturaleza remunerativa o salarial. Ahora bien, el artículo 162 del Código de Trabajo define al salario como “...la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo” y agrega, en el numeral 164 siguiente, que “...puede pagarse por unidad de tiempo (mes, quincena, semana, día u hora); por pieza, por tarea o por destajo; en dinero; en dinero y especie; y por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono”. Así, en términos generales, el salario ha sido concebido como la retribución que el empleador paga por el trabajo prestado por quien labora. En el caso concreto, la entidad accionada procedió a confeccionar planillas adicionales por los montos cancelados por la Municipalidad de San José a sus empleados, a fin de completar el cien por ciento de la remuneración normalmente percibida durante los períodos de incapacidad, todo a la luz de lo regulado en el numeral 25, inciso a), de la convención colectiva antes transcrito. Sin embargo, a la luz de lo expuesto, la Sala concluye que no puede otorgarse naturaleza salarial a esa prestación, por cuanto no tiene finalidad remunerativa, dado que no resulta ser una contraprestación por el trabajo brindado, sino más bien un complemento o beneficio adicional a favor de los servidores de la entidad actora y que amplía los alcances del régimen de seguridad social y del seguro de enfermedad propiamente, sin que pueda considerarse que el artículo 73 de la Constitución Política establezca una restricción al respecto. El punto jurídico concreto ya ha sido de conocimiento de esta Sala, la que mediante la misma sentencia 476-2004 antes citada, en relación con asunto similar, explicó:**

“El recurrente sostiene que los pagos que la empresa hace a sus trabajadores, durante incapacidades superiores a cuatro días no corresponden a salario, porque durante esos lapsos no se da contraprestación de servicios, por lo que califican de subsidio. El artículo 25 del Arreglo Directo (folio 89), establece que:

De conformidad con las leyes vigentes, la COMPAÑÍA reconocerá durante los primeros 3 (tres) días de incapacidad, el 50 (cincuenta) por ciento del salario base del (TRABAJADOR).

En adición a los porcentajes de salario establecido por ley, en casos de incapacidad otorgadas por la CAJA COSTARRICENSE DEL SEGURO SOCIAL o del INSTITUTO NACIONAL DE SEGUROS, la COMPAÑÍA pagará un 20 (veinte) por ciento del salario base del empleado.

El pago se realizará en los casos de incapacidades por enfermedad mayores de 4 (cuatro) días hábiles y en todos los casos si se trate de accidentes de trabajo.

En los casos en que la ASOCIACIÓN SOLIDARISTA de los TRABAJADORES de la COMPAÑÍA efectúa el pago del salario que tiene establecido, la COMPAÑÍA pagará el 10 (diez) por ciento del salario base del empleado.

Este beneficio no cubre los gastos de maternidad, en los que por ley, la empleada recibe el 100 (cien) por ciento de su salario y aquellos regulados por el Artículo 236 del Código de Trabajo que establece el pago del 100 (cien) por ciento. En ningún caso, estos auxilios deberán ser mayores al 100 (cien) por ciento de su salario base'.

*En consecuencia, para resolver este tema del recurso debemos determinar, previo análisis exhaustivo de los efectos jurídicos en el contrato de trabajo ocasionados por una incapacidad, si las sumas que la compañía cubre al trabajador después de cuatro días de incapacidad, período en el que la Caja Costarricense del Seguro Social o por el Instituto Nacional de Seguros, según el tipo de riesgo, no cubre el equivalente al cien por ciento del salario, constituyen retribución salarial (folios 9, 89, 105, 115 a 117). **El concepto de subsidio viene dado porque las incapacidades, por cualquier causa, tiene como efecto jurídico suspender el contrato de trabajo inter partes y el efecto económico es que no se pague salario, por lo que el salario es típicamente la retribución por el servicio prestado (artículo 162 y 167 del Código de Trabajo).** Sobre la suspensión del contrato de trabajo, resulta clarificante lo establecido en la doctrina y legislación española, en donde esta suspensión se ha conceptualizado como un mecanismo jurídico protector del empleo, pues restringe '...la actuación de supuestos extintivos que se pondrían en marcha por el mecanismo normal de las obligaciones recíprocas' (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ALVAREZ DE LA ROSA, M. Op.cit., p. 918). Se refiere, la suspensión, entonces, a supuestos de imposibilidad sobrevenida en la prestación del trabajo; pues se trata de hechos, como las incapacidades, que interrumpen o suspenden los efectos del contrato, sea la obligación básicas del trabajador de prestar el servicio y del empleado de pagar el salario. Su finalidad jurídica es '...dotar de la máxima estabilidad al vínculo contractual; se trata de garantizar el empleo, impidiendo recurrir a la resolución contractual cuando a una de las partes le resulta imposible en forma temporal o transitoria el cumplimiento de la prestación, cuando se da algunas de las causas de suspensión de los contratos (...) En la suspensión no hay trabajo y no hay salario mientras dura la causa (...) aunque en algunas causas de suspensión aparezca mecanismos de cobertura de la Seguridad Social sustitutivos del salario...' (PALOMEQUE LÓPEZ, M.C y ALVAREZ DE LA ROSA, M. Op.cit., p. 919). Como puede notarse la suspensión se configura cuando a una de las partes le es imposible de forma temporal o transitoria cumplir con la prestación convenida en el contrato de trabajo. O sea, que el instituto de la suspensión del contrato de trabajo tiene como requisito esencial, la reserva del puesto de trabajo. **En nuestro país, la enfermedad del trabajador es causa legal de suspensión del contrato de trabajo, sin responsabilidad para el empleador, lo que implica que no está***

obligado a pagar salario mientras dure ese suceso (ver artículo 73, 79, 80 y 236 del Código de Trabajo)... En Costa Rica, como dispone el artículo 79 del Código de Trabajo, durante la suspensión del contrato por enfermedad, salvo disposición especial como es el caso del artículo 25 del Arreglo Directo que rige en la empresa actora o que exista convenio especial con la Caja Costarricense del Seguro Social –lo que no consta en autos– el empresario no tiene la obligación de pagar subsidio y menos salario. De manera que, le asiste razón a la recurrente en cuanto a que se opone a lo resuelto respecto del cobro de cuotas obrero patronales sobre los pagos hechos a título de subsidio por enfermedad, con base en el artículo 25 del Arreglo Directo, porque de conformidad con la legislación vigente y la doctrina supra citada, no califican como salario, resultando improcedente el cobro de un veinte por ciento sobre la suma total de ₡202.953 (folio 231 de los documentos adjuntos)... Como corolario de lo anterior, se debe rechazar el recurso interpuesto salvo en cuanto reprocha lo resuelto sobre el cobro de cuotas sobre pagos hechos durante las incapacidades mayores a cuatro días. En consecuencia, se impone la confirmatoria parcial de la sentencia recurrida. Debe la Caja Costarricense del Seguro Social devolver las sumas cobradas en concepto de cuotas obrero patronales, sobre los pagos hechos por la sociedad actora durante las incapacidades de sus trabajadores”⁶.

Como puede verse, la jurisprudencia de la Sala II sugiere **en la mayoría de los casos** que los aportes patronales complementarios en la incapacidad no tienen naturaleza salarial. Ante la enfermedad del trabajador y la necesidad de incapacidad, la relación con el patrono se mantiene, sin embargo, se suspende la ejecución del contrato de trabajo que con este convino. Así, **generalmente** el sistema de seguridad social costarricense y el derecho laboral prevén, en caso de que un trabajador no esté prestando sus funciones por un problema de incapacidad se le reconozca un subsidio que reemplaza al salario. Ante una incapacidad del trabajador, lo que se da es una suspensión de la ejecución del contrato de trabajo, ante la cual lo procedente es el pago de un subsidio para el empleado. Desde tal perspectiva, de ninguna manera se podría entender ese subsidio como de naturaleza salarial; además, se ha comprendido doctrinalmente que los aportes patronales durante las incapacidades por enfermedad común o riesgo laboral son considerados como percepciones extrasalariales.

Ergo, desde el punto de vista en el que todo lo percibido por una persona servidora judicial cuando está incapacitada es subsidio y no salario, no correspondería hacer uso de lo pagado para calcular los extremos laborales. Ante ello, el monto complementario que pague el Poder Judicial no sería susceptible del pago de la renta ni cargas sociales, tampoco sería estimado para los efectos de cálculo del aguinaldo, salario escolar o prestaciones legales.

Debe advertirse que las citas hechas en esta norma, no toman en consideración la redacción del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que hace referencia a la existencia de una licencia con goce de salario, por lo que se estima que sus consideraciones no serían de aplicación al supuesto de los servidores judiciales, toda vez que a nuestro criterio hay norma que habilita el pago de una parte del salario por parte del patrono, aunque no haya elemento contraprestacional.

⁶ En tal sentido puede observarse también los votos de esa Sala números 896-2000, 476-2004 y 477-2012.

d. Caracterización 3 -salarial absoluta-

La Procuraduría General de la República en su criterio C-154-2015 así como en la opinión jurídica OJ-029-2017, basó sus argumentaciones en el voto de la Sala Segunda 01104-2006 del 30 de noviembre de 2006 en la que expresamente se determinó que *“de la lectura de los numerales 42 y 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se desprende que lo devengado por las y los servidores del Poder Judicial durante los períodos de incapacidad por enfermedad tiene sin duda naturaleza salarial”*. En lo que interesa razonó ese alto tribunal laboral:

*“En efecto, dichas normas, en lo que resulta de interés, señalan: “Artículo 42.- Cuando un servidor judicial sea incapacitado por enfermedad, la Dirección Ejecutiva tramitará la licencia con goce de sueldo... / Cuando el servidor recupere su salud y no se reintegre a sus labores, se suspenderá el 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 de Seguro Social,...” (Los destacados no constan en el original). **De lo indicado en esas normas se desprende que la remuneración percibida por el o la servidora judicial durante la incapacidad por enfermedad debidamente comprobada tiene naturaleza salarial, lo que impide que se vean afectados otros derechos durante el transcurso de la relación de servicio, como lo son el aguinaldo y el salario escolar, que se reciben completos, como efectivamente sucede en la práctica.** De los autos no se extrae ningún elemento probatorio que permita concluir que al caso del actor no le resultan aplicables esas normas. Luego, lo anterior se reafirma con lo dispuesto en el “Reglamento para el pago de incapacidades por enfermedad y maternidad a empleados del Poder Judicial”, publicado mediante circular en el Boletín Judicial N° 137, del 17 de julio del 2002, que confirma la interpretación hecha del numeral 42 transcrito, en el sentido de que **en el Poder Judicial la retribución durante la incapacidad por enfermedad tiene naturaleza salarial y no de subsidio.** En efecto, distintos artículos de esa reglamentación reiteran esa naturaleza de salario que **la ley le confiere expresamente.** Así se desprende de las siguientes normas: “ARTÍCULO 2.- CONCEPTOS APLICADOS EN LA CONCESIÓN. / **El pago de las incapacidades por enfermedad y maternidad, se considera como salario que el Poder Judicial paga a sus trabajadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley Orgánica,** cuando exista incapacidad demostrada mediante documento formalmente extendido por las respectivas autoridades médicas... /...” “ARTÍCULO 3. REQUISITOS. / ... / **Es indispensable para la obtención de los beneficios respectivos: ... / El pago del salario será el que corresponda al puesto que esté desempeñando en el momento de la incapacidad.**” “ARTÍCULO 6.- PERÍODOS A PAGAR. Si una incapacidad empieza en la misma fecha o posteriormente al inicio del nombramiento del asegurado, el Poder Judicial asumirá el pago total de la incapacidad, por medio de licencia con goce de sueldo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley Orgánica...” “ARTÍCULO 8.- PAGO DE INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD Y MATERNIDAD. Cuando se trate de una incapacidad por enfermedad o por maternidad, corresponderá al Poder Judicial **el pago del salario conforme lo establecen los artículos 42, 43 y 44 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como licencias con goce de sueldo...**” (Los subrayados no son del original). **De lo anterior se desprende, con toda claridad, que la normativa especial***

*interna que rige en el Poder Judicial establece que el pago de la incapacidad por enfermedad se retribuye con el salario y no con subsidios, como sucede en la mayoría de los casos. Lo mismo se extrae de los comentarios que se hicieron al aprobar esa reglamentación, donde se indicó: “Como lo dice el reglamento el objetivo de estas reglas es dar algunas directrices de la forma de pagar las incapacidades en el Poder Judicial, como lo habíamos dicho en su oportunidad, **aquí en el Poder Judicial hay una particularidad en esta materia y es que de acuerdo con el artículo 42 a los incapacitados lo que se les da es un permiso con goce de salario y lo que se paga es un salario, es decir, se le sigue pagando el salario, esto sin perjuicio de un convenio que tiene la Corte con la Caja Costarricense de Seguro Social para que esta le retribuya a su vez lo que corresponde a los subsidios que se pagan en virtud con base en el Reglamento de Salud... Lo primero es que nosotros tenemos una disposición que establece que esto se tramita como un permiso con goce de salario. De acuerdo con el Reglamento de Salud, me parece que es el que establece eso, ahí se pagan unos subsidios y eso es diferente. El trabajador judicial no recibe esos subsidios sino que lo que recibe es el salario total de aquí de la institución y esos subsidios legalmente hablando, pienso yo, que le corresponden al Poder Judicial porque es para restituirle la parte que la Caja dejó de pagarle al servidor y entonces eso se incorpora a las arcas del Poder Judicial.” (Sesión de Corte Plena, número 11, celebrada el 11 de marzo del 2002, artículo XXVIII. Sobre el tema, también pueden consultarse las discusiones suscitadas en las sesiones número 1, del 17 de enero del 2002, artículo XXIV; 20, del 13 de mayo del 2002, artículo XII y 28, del 24 de junio del 2002, artículo XVII). (El subrayado no consta en el original). De lo expuesto cabe concluir que lleva razón el recurrente en cuanto muestra disconformidad con lo resuelto en las instancias precedentes. De esa manera, se estima que el cálculo del auxilio de cesantía se hizo correctamente, con base en la remuneración promedio que el actor percibió durante los últimos seis meses de la relación de servicio con el Poder Judicial, aun cuando durante dicho período estuviera incapacitado; pues, como quedó expuesto, lo devengado durante ese lapso tenía naturaleza salarial, para todos los efectos. De igual forma, el reclamo del demandante, en el sentido de que el salario promedio que habría de usarse para fijar su derecho a pensión no debería tomar en cuenta lo percibido durante la incapacidad padecida tampoco encuentra asidero jurídico, pues durante todo ese plazo percibió salario y no subsidios, como erróneamente lo concluyeron los juzgadores de las instancias precedentes.”.***

Es diáfano para la Sala Segunda **en aquel momento** que, la totalidad de lo pagado por el Poder Judicial a las personas servidoras judiciales cuando se encuentran incapacitadas **tiene naturaleza salarial para todos los efectos legales correspondientes**.

No obstante es de advertir que dichas consideraciones parten de un supuesto fáctico diferente al actual, toda vez que en ese momento existía un convenio vigente con la Caja Costarricense de Seguro Social, mediante el cual el Poder Judicial pagaba el 100% del salario al servidor y luego “cobraba” a dicho ente asegurador la parte que le correspondía. Empero, dicho convenio ya no está operando y la CCSS reiteradamente ha indicado que no está dentro de sus políticas continuar rubricando tal tipo de instrumentos jurídicos.

Por lo anterior, en la actualidad ya no opera la relación jurídica servidor-Poder Judicial-ente asegurador, sino que operan dos relaciones jurídicas diferentes, a saber:

- Servidor- Poder Judicial
- Servidor- ente asegurador.

Lo anterior implica que el supuesto con el que se fundó el voto de la Sala Segunda citado ut supra no existe en la actualidad, operando de manera consecuente, las observaciones hechas en el primer escenario por las cuales estimamos que en el caso de análisis, no podría ser considerado el aporte del ente asegurador como salario.

Al respecto no sobra denotar que en el Estatuto de Servicio Civil existe una norma que le da la misma caracterización salarial a lo pagado por el Ministerio de Educación Pública a sus docentes cuando están incapacitados, el numeral de referencia es el 174 inciso c) el cual establece que *“Para todos los efectos legales, tanto el subsidio, como los auxilios a que se refiere el artículo 167, tendrán el carácter de salario, y serán, en consecuencia, la base para el cálculo de pensiones y prestaciones legales, entre otros extremos, que pudieran corresponder”*. Consecuente con dicha norma, se establece respecto del aguinaldo en el artículo 49 inciso e) del Reglamento al Estatuto citado que *“Cuando el trabajador hubiere disfrutado de licencia para no asistir a su trabajo, sin goce de salario, o hubiere sido suspendido, el sueldo adicional se calculará con base en el promedio que resulte durante el respectivo año. En los demás casos de suspensión de la relación de trabajo con responsabilidad para el Estado, tales como la enfermedad del servidor, permisos con goce de salario y otros, el sueldo adicional de diciembre se reconocerá completo”* (se suple el resaltado).

Ahora bien sobre los artículos 174 inciso c) del Estatuto de Servicio Civil y el 49 inciso e) del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, la PGR en el criterio C-279-2017 del 27 de noviembre de 2017, argumentó que es posible que el legislador otorgue *“naturaleza salarial al subsidio por enfermedad que percibe el personal docente cubierto por el Título II del Estatuto de Servicio Civil”* y que *“El artículo 174, inciso c), del Estatuto de Servicio Civil, indica que el carácter salarial que debe atribuírsele a los subsidios por enfermedad que perciban los servidores docentes aplica “para todos los efectos legales” y menciona, a manera de ejemplo, dos situaciones en las que procede esa equiparación: “para el cálculo de pensiones y prestaciones legales, entre otros extremos que pudieran corresponder.”*. Señaló que es certero que el salario y el subsidio por enfermedad *“tienen una naturaleza jurídica distinta”*; empero, sugiere que para el caso del numeral 174 citado, el legislador *“decidió otorgar naturaleza salarial al subsidio por enfermedad que percibe el personal docente”*. Agrega que ese ordinal *“es claro: indica que el carácter salarial que debe atribuírsele a los subsidios por enfermedad aplica “para todos los efectos legales”*.

En este sentido, se realizó una consulta por la vía del correo electrónico a la Licenciada Marcela Vindas Vargas, en su condición de Jefe de la Unidad de Planillas del Departamento de Remuneraciones de la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Educación Pública como sigue:

“...cuál es el trato que le dan en el MEP a las incapacidades mayores de 3 días los siguientes aspectos: 1. Lo conciben como salario o subsidio. 2. Toman en cuenta el monto que se paga por la CCSS y el MEP juntos para el cálculo de extremos laborales (aguinaldo, salario escolar, etc) 3. ¿Qué reportan a la CCSS?”

Dicha funcionaria contestó:

“Desde el día uno lo que se paga es un subsidio, solo en el caso de maternidad se computa como salario... En el caso del aguinaldo, de acuerdo a lo que establece el reglamento al estatuto de servicios civil en su artículo 49, se paga completo, como si hubiese recibido salario. En el caso del salario escolar se paga únicamente sobre los salarios percibidos, no se incluye los períodos de incapacidad o subsidio... Si el funcionario estuvo registrado el mes completo y solo recibió subsidio se reporta como incapacitado con salario cero (0)”.

A pesar de que el Estatuto de Servicio Civil en su numeral 174 define que los subsidios tendrán carácter salarial para todos los efectos legales en el caso de los servidores del MEP cubiertos por el artículo 174 del Estatuto de Servicio Civil, la aplicación que de las manifestaciones de la funcionaria del MEP se transcribieron antes **pareciera** no ser tan consecuente con dicha norma.

Así las cosas, desde la concepción anterior en la que la totalidad de lo percibido cuando una persona está incapacitada debe ser considerado para los extremos laborales correspondientes, tal como lo concibió la Sala Segunda en el voto del 2006 referido, ya que las personas servidoras judiciales en ese supuesto, disfrutaban de un permiso con goce de salario, entonces; se considera que el trato que se daría de escogerse esta opción, a lo interno del Poder Judicial, será el mismo que siempre se le ha dado. Es decir, para los pagos anuales como aguinaldo y salario escolar que se calculen con base en el salario devengado por las personas servidoras judiciales, deben tomarse en cuenta (como si fuesen salario) todo el monto pagado tanto por la CCSS y el Poder Judicial, por concepto de incapacidad por enfermedad. Lo mismo ocurre en lo relativo al cálculo de las prestaciones legales, situación que está prevista, incluso, de manera expresa en la ley. Aplica la misma regla para los reportes a SICERE y al seguro de riesgos del trabajo, así como para las deducciones por pensiones alimentarias, embargos, aportes a asociaciones, cuotas de préstamos, cuotas sindicales, y todas aquellas deducciones que tengan como destino el salario.

No obstante, a pesar de que la interpretación que se le da a la norma 42 LOPJ en este apartado es conforme a su aparente literalidad y que es una interpretación más favorable para las personas servidoras judiciales, es importante denotar que **implica el costo más alto en términos económicos para el Poder Judicial sin duda alguna**, se estaría calificando como salario algo que ordinariamente es subsidio para el caso de lo que reconoce la CCSS, que lo pagado por la CCSS no podría ser sujeto de retención alguna como si lo es el salario y no es la posibilidad por la que se inclina esta Dirección Jurídica.

III.- CONCLUSIONES. –

a. De determinarse por parte del órgano decisor correspondiente que en los periodos de incapacidad lo pagado **únicamente por el Poder Judicial** según el “*Escenario 2*” descrito en el oficio PJ-DGH-0472-2020 del 01 de octubre del año en curso, es salario, entonces cualquier cálculo en el que ese pago deba ser tomado en cuenta para efectos de los extremos laborales correspondientes debe ser proporcional al monto pagado por el Poder Judicial. Es decir, para los pagos anuales como aguinaldo y salario escolar que se calculen con base en el salario devengado por las personas servidoras judiciales, deben tomarse en cuenta (como si fuesen salario) lo pagado por el Poder Judicial por concepto de incapacidad por enfermedad. Lo mismo ocurre en lo relativo al cálculo de las prestaciones legales, situación que está prevista, incluso, de manera expresa en la ley. Aplica la misma regla para los reportes a SICERE y al seguro de riesgos del trabajo, así como para las deducciones por pensiones alimentarias, embargos, aportes a asociaciones, cuotas de préstamos, cuotas sindicales, y todas aquellas deducciones que tengan como destino el salario. **Esta es la posibilidad por la que esta Dirección Jurídica se decanta.**

b. Por otra parte, de que en los periodos de incapacidad lo pagado por la CCSS y el Poder Judicial es subsidio, entonces; no correspondería hacer uso de lo pagado para calcular los extremos laborales correspondientes. Por lo que, el monto complementario que pague el Poder Judicial no sería susceptible del pago de la renta ni cargas sociales, tampoco sería estimado para los efectos de cálculo del aguinaldo, salario escolar o prestaciones legales.

c. Finalmente, si se opta por la posibilidad de que en los periodos de incapacidad lo pagado por la CCSS y el Poder Judicial surtirá los efectos legales que devienen del salario, entonces; se considera que para los pagos anuales como aguinaldo y salario escolar que se calculen con base en el salario devengado por las personas servidoras judiciales, deben tomarse en cuenta (como si fuesen salario) todo el monto pagado tanto por la CCSS y el Poder Judicial, por concepto de incapacidad por enfermedad. Lo mismo ocurre en lo relativo al cálculo de las prestaciones legales, situación que está prevista, incluso, de manera expresa en la ley. Aplica la misma regla para los reportes a SICERE y al seguro de riesgos del trabajo, así como para las deducciones por pensiones alimentarias, embargos, aportes a asociaciones, cuotas de préstamos, cuotas sindicales, y todas aquellas deducciones que tengan como destino el salario. Esta orientación es obviamente la más onerosa para el Poder Judicial, califica como salario algo que ordinariamente es subsidio -v.g. lo que reconoce la CCSS- en cuyo caso el Poder Judicial no podría realizar las retenciones legales que correspondan relativas al monto que no paga; y, no es la posibilidad por la que opta esta Dirección Jurídica.

Dejamos así evacuada su solicitud de criterio al respecto.

Atentamente;

***Lic. Roberth Fallas Gamboa
Profesional en Derecho 3B***

***MSc. Rodrigo Alberto Campos Hidalgo
Director Jurídico***