

IV.- CONSULTORÍA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

Esta sección reproduce parte de la producción doctrinaria contenida en los dictámenes de la Dirección Jurídica de la CCSS y de otros órganos competentes, espresada ante consultas de funcionarios, autoridades y dependencias de la Institución.

Esta doctrina también es parte importante del Derecho Costarricense de la Seguridad Social.

1.- PLAZOS DE CALIFICACIÓN PARA SUBSIDIOS

De acuerdo con el Reglamento de Salud y el Reglamento para el Otorgamiento de Incapacidades y Licencias, a los beneficiarios del Seguro de Salud, el subsidio por incapacidad será hasta por un máximo de 52 semanas si el asegurado ha cotizado seis cuotas del último año, y de 78 semanas si ha cotizado nueve cuotas mensuales.

Así lo señala la Dirección Jurídica de la CCSS, en dictamen DJ-1744, de 26 de agosto de 1998, ante consulta del Lic. José Francisco Obando Castillo, Jefe de la Sucursal de Cartago de la CCSS.

ASUNTO: Interpretación jurídica del artículo 34 del Reglamento del Seguro de Salud

Respuesta a oficio 301-S-0561-98, del 24 de julio de 1998, donde se solicita criterio sobre la interpretación que merece lo preceptuado, en cuanto a los plazos de calificación para el pago de subsidios, en el artículo 34 del Reglamento de Salud:

Normativa aplicable

Artículo 34 del Reglamento del Seguro de Salud; arts. 10 y 15 del Reglamento para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los beneficiarios del Seguro de Salud.

Análisis del problema

El art. 34 del Reglamento del Seguro de Salud establece dos hipótesis en cuanto a la procedencia del derecho al pago de subsidios por incapacidad:

1) Cuando se hayan cotizado seis cuotas mensuales dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, siempre que los últimos tres meses sean continuos e inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad. Los subsidios por

incapacidad se pagarán, en este caso, hasta por un máximo de 52 semanas.

2) La segunda hipótesis procede cuando el asegurado ha cotizado nueve cuotas mensuales dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la incapacidad; en este caso se podrá prorrogar el pago de subsidios para cubrir hasta 26 semanas adicionales, de conformidad con el procedimiento que se señala al efecto en el Reglamento para el otorgamiento de incapacidades y licencias, a los beneficiarios del Seguro de Salud, en los artículos 10 y 15, los cuales establecen que las incapacidades de quienes hayan cotizado con nueve cuotas mensuales dentro de los últimos 12 meses anteriores a la fecha de la incapacidad, según la índole de la enfermedad y las circunstancias del caso, podrán extenderse hasta por seis meses más, a juicio de las comisiones evaluadoras de incapacidades a que se refiere el artículo 151 del Reglamento para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los beneficiarios del Seguro de Salud.

Los principales aspectos que se evaluarán para otorgar la prórroga son:

- a) Si el paciente tiene posibilidades reales de recuperación.
- b) Si existen o se han agotado las posibilidades terapéuticas.
- c) Si se dan circunstancias excepcionales, que van más allá del concepto biológico de la medicina, pero que inciden notoriamente en el estado penario de la salud.

Cuando los elementos objetivos confirmen un estado de salud muy quebrantado, y

sin perjuicio de la prórroga que se considere precedente dentro de los límites reglamentados, el caso será referido a la oficina respectiva para el trámite de la pensión que pudiere corresponder. En tal caso, la prórroga no superará el plazo promedio estimado para dicho trámite.

Conclusión

De las normas transcritas se puede concluir que en el caso del pago de incapacidades le establecen dos hipótesis a efectos de fijar el plazo de calificación para su pago; en la primera de ellas, el asegurado ha cotizado un mínimo de seis cuotas mensuales dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de inicio de la incapacidad, siendo los últimos tres meses continuos e inmediatos a la fecha de inicio de a incapacidad, en este caso el pago del sub-

sidio por incapacidad será hasta por un máximo de 52 semanas.

La segunda hipótesis, contempla el hecho que el asegurado cotizó nueve cuotas mensuales dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la incapacidad; en dicha situación se prevé la posibilidad de prorrogar el pago del subsidio para cubrir hasta 26 semanas adicionales; ello siempre que se cumpla con el procedimiento y requisitos establecidos en los artículos 10 y 15 del Reglamento para el otorgamiento de incapacidades y licencias a los beneficiarios del Seguro de Salud.

DIRECCION JURIDICA
Lic. Guillermo Alberto Mata Campos
Abogado

2.- COTIZACIÓN SOBRE INGRESOS POR DERECHO A LA IMAGEN

Existe evidente relación obrero-patronal entre el club de fútbol y el futbolista profesional, lo cual conlleva la obligación de cotizar para los regímenes que administra la CCSS, sobre salarios, bonificaciones, premios, fichajes y cualquier otra denominación que se dé al pago que el club hace al futbolista, con motivo de esa relación obrero-patronal, o que derive de la misma.

Tal es el criterio de la Dirección Jurídica de la CCSS, contenido en el Dictamen DJ-434-98, del 26 de febrero de 1998, ante consulta de la Sucursal de la CCSS en Alajuela.

ASUNTO: Criterio acerca de los contratos sobre derecho de imagen de deportistas.

El Consejo Asesor (Dirección Jurídica sesión N°657-98, del 19 de febrero de 1998) acordó lo siguiente:

"ARTÍCULO TERCERO: Se conoce Oficio 1302-029-98, del 12 de febrero de este año, suscrito por el Lic. Oscar Jiménez Mora, Jefe de la Sucursal de Alajuela, en donde solicita el análisis de los contratos de pagos por los derechos de imagen entre ojo y Negro S.A. y algunos jugadores de Liga

Deportiva Alajuelense, para definir si son salarios y, por tanto, se encuentran sujetos a las cuotas de la seguridad o, por el contrario, se trata de un concepto diferente al salario y, en consecuencia, no sujeto a dichas cuotas.

Como este asunto ya ha sido consultado... se transcribe el artículo 15 de la Minuta 616-97 correspondiente a la Sesión del 4 de setiembre de 1997, que dice:

"Artículo 15. Se presenta el oficio S.A.-1302-228-97... en donde se consulta:

"1. - ¿Cuál es el período retroactivo máximo en que un Inspector de Leyes y Reglamentos puede cobrar cuotas obrero patronales a patronos, y si es aplicable en este caso el artículo 56 párrafo 2° y final de la Ley Constitutiva de la CCSS?

Existen al respecto, entre otros, una circular interna de fecha 7 de enero de 1983, del Departamento de Inspección, y resoluciones de los Tribunales de Justicia.

2.- Los clubes de fútbol le pagan al jugador "derechos de imagen", ¿son estos derechos susceptibles del cobro de cuotas obrero patronales?

3.- Los clubes de fútbol le pagan "fichajes" a sus jugadores, ¿se les puede aplicar el cobro de cuotas obrero patronales a este concepto?"...

En relación con la primera interrogante

Reiteradamente ha sostenido la Dirección Jurídica que en esta materia el término de prescripción es de diez años, tal como en forma meridiana clara se expresa en el párrafo final del artículo 56 de la Ley Constitutiva de la Caja.

En cuanto a las interrogantes segunda y tercera

Desde 1984 la Dirección Jurídica ha sostenido que la obligación de cotización en el caso de jugadores de fútbol afecta los salarios, los premios y los fichajes.

En efecto, en el dictamen 20216 del 4 de setiembre de 1984 se dijo textualmente lo siguiente:

"Me refiero al recurso de reposición del acto administrativo que plantea el club Sport Herediano con motivo a la recalificación efectuada por Inspectores de Leyes y Reglamentos de la Caja en que se detectó el no pago de cuotas obrero-patronales durante los períodos octubre 1980 a febrero 1984, sobre sumas pagadas a los jugadores de fútbol de ese club por concepto de salarios premios y fichajes.

"Reiteradamente ha mantenido esta Dirección Jurídica la tesis de que en determinados clubes de fútbol, especialmente en los equipos de primera división de nuestro país, existe verdadera relación individual de trabajo entre el club y el jugador.

"Entre el futbolista profesional y el club a que pertenece existe evidente nexo

de subordinación jurídica que viene a representar el derecho o prerrogativa que tiene el patrono a ejecutar su autoridad mediante órdenes o instrucciones que imparte a sus trabajadores, para mejor aprovechamiento de la fuerza de trabajo.

"El patrono, en este caso, el club, es dueño de los poderes de mando, dirección, fiscalización y disciplina; y el trabajador, en este caso, el jugador, tiene los deberes de obediencia, fidelidad y diligencia hacia el club que le paga.

"Queda clara la subordinación del jugador profesional de fútbol al club que ocupa sus servicios. Esta dependencia o subordinación va más allá de lo normal puesto que interfiere hasta en la vida privada del futbolista, ya que el club impone ciertas medidas disciplinarias que regulan el comportamiento del jugador fuera de la cancha, regulaciones rígidas y estrictas que no son normales en otras relaciones laborales relativas a otros trabajadores.

"Las relaciones que hemos detallado entre el club y el futbolista profesional son puramente laborales, como contrato individual de trabajo contempladas en el artículo 18 del Código de Trabajo, dándose en este caso los tres elementos esenciales de todo contrato laboral, a saber: 1) prestación personal de los servicios manuales e intelectuales para una persona física o para una entidad jurídica; 2) salario o remuneración, que se entrega a manera de contraprestación por la ejecución de los servicios contratados, y 3) subordinación o estado de dependencia del servidor hacia su patrono.

"Se da además otro elemento que es de suma importancia: la exclusividad de la prestación de servicios; el jugador es contratado por un determinado club y no puede eludir el compromiso contraído y prestarse a actuar o trabajar para otro club. La exclusividad es condición esencial en este contrato.

"El artículo 2° del Código de Trabajo establece que: "patrono es toda persona física o jurídica, particular o de Derecho Público, que emplea los servicios de otra u otras, en virtud de un contrato de trabajo expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo".

"El artículo 4° del mismo Código establece: "trabajador es toda persona física que presta a otra u otras sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o implícito, verbal o escrito, individual o colectivo".

"Nuestra Ley Constitutiva, en su artículo 3°, antes de la reforma del 21 de diciembre de 1983 establecía la obligatoriedad de cotizar a los trabajadores manuales e intelectuales que ganaran sueldo o salarios, y que se cancelaría sobre el total de las remuneraciones respectivas. El artículo 162 del Código de Trabajo establece: "salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo".

"El tratadista Guillermo Cabanellas, en su Diccionario de Derecho Usual, pág. 7, define en lo conducente la acepción de salario: "El salario es la compensación que recibe el obrero o empleado a cambio de ceder al patrono todos sus derechos sobre el trabajo realizado. Comprende la totalidad de los beneficios que el trabajador obtiene por sus servicios u obras, no solo la parte que recibe en metálico o especie como retribución inmediata o directa de su labor, sino también las indemnizaciones por espera, por impedimento o interrupciones del trabajo, cotizaciones del patrono por los seguros y bienestar, beneficios a los herederos y conceptos semejantes. Gide señala que el salario tal como lo definen los economistas, viene a ser toda renta, provecho o beneficio cobrado por el hombre a cambio de su trabajo".

"Por las razones expuestas y citas legales se llega a la conclusión de que existe evidente relación obrero-patronal entre el club de fútbol y el futbolista profesional que conlleva la obligación de cotizar para los regímenes que administra la CCSS, sobre salarios, bonificaciones, premios, fichajes y cualquier otra denominación que se dé al pago con motivo de, o derivadas de la relación obrero-patronal, por lo que esta Dirección Jurídica recomienda rechazar el recurso que formula el Club Sport Herediano. Atento servidor, Lic. Stanley Muñoz Sánchez. Jefe Dirección Jurídica".

Ese mismo criterio fue reiterado mediante dictamen 00183 del 3 de enero de 1986, rendido por el Lic. Oscar Arias Valverde. En esta última oportunidad, se agregó la siguiente consideración:

"Sin embargo, existe un extremo en esta materia que quizás amerite un examen más riguroso, toda vez que en los pronunciamientos emitidos por esta Dependencia hasta la fecha, no se ha llegado a analizar específicamente el caso de los fichajes".

"Indudablemente que este pago, cuando se da del club interesado directamente al jugador cuyos servicios se están adquiriendo, es un pago relacionado con la relación obrero-patronal que en este momento se ha de iniciar.

"No obstante, esta remuneración constituye un acto preliminar al inicio de la prestación de servicios y de la relación formal entre el jugador asalariado como tal y el club deportivo o patrono. Analizado en rigor ese pago anticipado al dueño de la ficha (que puede ser el jugador personalmente o el club que lo transfiere), surge una duda razonable de si el mismo se da como una contraprestación propiamente dicha a una labor efectuada, o si más bien se trata del pago por un valor potencial que trae consigo el jugador, un valor intangible o equivalente a una expectativa de derecho.

Bajo este nuevo ángulo de mira, el pago del denominado "fichaje", siempre que sea un pago por anticipado, no reviste todas las características del salario y, por ende, sería cuestionable ante los tribunales de trabajo que dicha remuneración esté afecta o no al pago de las cuotas obrero-patronales.

Diferente calificación merecerían los pagos diferidos que por ese mismo "fichaje" pudieran realizarse durante la relación obrero-patronal, toda vez que los mismos se estarían realizando, según lo expresa el artículo 3° de la Ley Constitutiva, "sobre el total de las remuneraciones que bajo cualquier denominación se paguen, con motivo, o derivadas de la relación obrero-patronal".

En opinión del suscrito, la interpretación que queda expuesta en lo que se refiere "al pago del fichaje por adelantado" debe ser evaluada cuidadosamente al momento de tomar cualquier definición al respecto, porque aún cuando aparente ser una tesis conservadora o restrictiva, hace que la posición de la Caja, en materia de cobros a los clubes deportivos sea menos vulnerable ante una eventual acción en los tribunales de justicia.

Sobre los premios y otros incentivos que se dan a los jugadores, cualquiera que sea su denominación, así como a la incuestionable relación obrero-patronal que se da entre el

club y el jugador, reitero que el dictamen transcrito es sobradamente explícito, por lo que es innecesario ahondar en otros extremos.

La misma reflexión anterior, desde nuestro punto de vista, es aplicable al concepto denominado "derechos de imagen". Cada caso debe ser analizado con especial rigor en el contexto de la realidad en que se da, y en cada uno de ellos debe hacerse la valoración de si es un pago relacionado o derivado de la relación obrero-patronal, para decidir si se le afecta con las cuotas obrero-patronales. "

Adicionalmente considera el Consejo que las sumas que la firma Rojo y Negro S.A., teniendo en cuenta el principio de primacía de la realidad que inspira nuestro ordenamiento jurídico laboral, y lo dispuesto en el artículo 3° del Código de Trabajo, serían parte del salario de los jugadores y en consecuencia estarían afectas a las cuotas de la Seguridad Social, si se determina que dichas sumas se reconocen periódicamente y que son proporcionadas por cualquier medio, directa o indirectamente, por la propia Liga Deportiva Alajuelense.

DIRECCION JURIDICA

Lic. Luis Fernando Chaves Rodríguez

Departamento Legal

3.- VIGENCIA DE LAS NORMAS SOBRE EMPAQUES DE MEDICAMENTOS

El acuerdo de la Junta Directiva de junio de 1995, que regula la presentación de los empaques de los medicamentos, no fue afectado por el Reglamento de compra de medicamentos, materias primas, envases, empaques y reactivos (del 21 de octubre de 1997) pues éste no dispone nada sobre presentación de los empaques, por lo que aquél subsiste en el ordenamiento jurídico, se encuentra vigente y debe aplicarse a la compra de esos materiales.

Tal es el criterio de la Dirección Jurídica de la CCSS, contenido en el Dictamen emitido a propósito de la consulta planteada por el Director del Departamento de Farmacoterapia y el

Jefe de la Sección de Apoyo al Suministro de Medicamentos, acerca de la vigencia de los reglamentos para la compra de medicamentos, materias primas, envases, empaques y reactivos.

ASUNTO: Vigencia de los reglamentos para la compra de medicamentos, materias primas, envases, empaques y reactivos

CONSEJO ASESOR: En relación con la consulta... acerca de la vigencia de los reglamentos para la compra de medicamentos,

materias primas, envases, empaques y reactivos.

Objeto de la consulta

Indica el consultante que, con fecha 29 de junio de 1998 se realizó una solicitud de aprovisionamiento N° 21578 para la compra de 298 mil ampollas de oxitocina 5 unidades; mediante la solicitud de cotización ME-98-295, la ficha técnica especifica que se acepta etiquetas en papel o pirograbado, ambos inscritos en el Departamento de Drogas, Controles y Registros del Ministerio de Salud, y disponibles, y que no se acepta impresión con tinta. Los oferentes son tres, Novartis, C.R. Medirep y Medipharma con dos ofertas, una con papel y otra con pirograbado.

Del análisis de las ofertas se desprende que son más económicas para la Caja la oferta alternativa de Medipharma con pirograbado y la oferta principal de Medipharma con etiqueta de papel, la diferencia entre ambas es de \$1.553.593,00; sin embargo, el informe de análisis de calidad 0197-T-98 rechaza el producto con pirograbado, aduciendo que no cumple con lo acordado en la sesión 6935, art.23, del 20 de junio de 1995, para el etiquetado de ampollas.

Existe un nuevo reglamento para la compra de medicamentos, materias primas, envases, empaques y reactivos, que fue aprobado en la sesión 7169, art. 37, del 21 de octubre de 1997, considerando que el acuerdo de la Junta Directiva de la sesión 6935, art.23, del 20 de junio de 1995 corresponde a una modificación al reglamento anterior, aprobado en las sesiones 5836, 5837 Y 5853, en los arts. 14, 1 y 6, del 6 de setiembre de 1984. Solicita el criterio de esta Dirección sobre el acuerdo que debe aplicarse, y si las modificaciones del reglamento anterior se encuentran vigentes o no con el nuevo reglamento, toda vez que no existen modificaciones al material de empaque en el nuevo reglamento.

Normativa aplicable

Constitución Política, artículo 188; Ley General de Administración Pública, artículo 6 inciso e); Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, artículo 14 inciso f); Reglamento de compra de medicamentos, materias primas, envases, empaques, reactivos de la Caja: artículo 81.

Discusión del caso

La potestad reglamentaria de las entidades autónomas se encuentra en el art. 188 de la Constitución Política, así como en el art. 6 inciso e) de la Ley General de la Administración Pública. Dicha potestad está expresamente establecida en el art.14 de la Ley Constitutiva de la Caja.

El artículo 188 de la Carta Magna dispone lo siguientes:

"Las instituciones autónomas del Estado gozan de independencia administrativa y está sujetas a la ley en materia de gobierno. Sus directores responden por su gestión. "

Por su parte, al efecto la Ley General de la Administración Pública, en el art.6 inc.e) indica lo siguiente:

"1. La jerarquía de las funciones del ordenamiento jurídico administrativo se sujetará al siguiente orden:

... e) Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y los reglamentos de los entes descentralizados."

A su vez, en lo que interesa, la Ley Constitutiva de la Caja, en el art. 14 establece:

"Artículo 14.- Son atribuciones de la Junta Directiva: ...

f. Dictar los reglamentos para el funcionamiento de la Institución."

Variadas han sido las definiciones que ha dado la doctrina al reglamento. Don Eduardo Ortíz lo define como una "norma secundaria y subordinada a la Ley". Por su

parte, Sayagués Laso se refiere a éste como un "acto unilateral de la Administración que, le crea normas jurídicas generales". Finalmente, Forsthoff lo considera como un "acto de creación jurídica de la Administración que pone en vigor reglas generales de obligatoriedad general.

De lo anterior se desprende que el reglamento es una fuente formal, escrita, de derecho administrativo, que contiene normas jurídicas, subordinadas a la Ley, cuyas disposiciones son de carácter general. Por lo que constituye un poder normativo complementario del poder legislativo, resultado de la potestad reglamentaria, resabio, sin duda alguna, del antiguo régimen monárquico.

En la Gaceta N° 221 del 21 de noviembre de 1995, la Caja a través de la Dirección de Recursos Materiales, Departamento de Adquisiciones, publicó el acuerdo de la Junta Directiva del art. 23 de la sesión 6935 celebrada el 20 de junio de 1995, dirigida a todos los proveedores de la Ley N° 6914, donde se disponía lo respectivo a la presentación de los empaques de los medicamentos. Dicho acuerdo respondía a una modificación del reglamento anterior, aprobado en las sesiones 5836, 5837 y 5853 celebradas, en su orden, el 12 y el 19 de julio, y el 6 de setiembre de 1984.

Posteriormente, en la Gaceta N° 10 del 15 de enero de 1998, se publicó el art.37 de la sesión 7169 del 21 de octubre de 1997, de la Junta Directiva, Reglamento de compra de medicamentos, materias primas, envases, empaques y reactivos. Dicho reglamento tiene como objetivo flexibilizar los procedimientos de contratación para obtener los productos mencionados anteriormente. La normativa citada no contiene regulación alguna en relación con la presentación de los empaques de los medicamentos.

El art. 81 del reglamento vigente dispone la derogatoria expresa del anterior, aprobado por

la Junta Directiva en los artículos 14, 1 y 6 de las sesiones 5836 y 5853 celebradas, en su orden, el 12 y el 19 de julio, y el 6 de setiembre de 1984; no obstante no se refiere explícitamente al art.23 de la sesión 6935 celebrada el 20 de junio de 1995.

Dicho art.23 de la sesión 6935, responde a una modificación al reglamento anterior aprobado por la Junta Directiva en los arts. 14, 1 y 6 de las sesiones 5836, 5837 y 5853 celebradas, en su orden, el 12 y el 19 de julio, y el 6 de setiembre de 1984, por lo que cabe destacar la naturaleza jurídica de carácter reglamentario de la modificación, toda vez que responde a un acto de carácter general "dirigido a todos los proveedores", publicado en la Gaceta -en la parte de Instituciones Autónomas de este diario oficial-; y en relación con la Ley N°6914.

En el caso de marras existe un problema de vigencia de los reglamentos, toda vez que el reglamento vigente a la fecha, derogó expresamente el anterior, no así la modificación.

En una buena técnica legislativa y aplicando ésta analógicamente a la relacionada con los reglamentos, para evitar las ambigüedades, la doctrina insiste en la necesidad de que las derogaciones sean expresas. Cuando las derogaciones no se hacen en esa forma, el problema que se produce es de incompatibilidad de normas, por lo que la derogatoria tácita no es recomendable para evitar dudas en su interpretación o aplicación. Al efecto, debe tenerse presente, de acuerdo con la Teoría General del Derecho y con lo dicho por don Alberto Brenes Córdoba - aplicando lo anterior en forma analógica a los reglamentos- que tratándose de la derogación de las leyes, ésta puede ser expresa o tácita, o que resulte de la incompatibilidad de la nueva ley con la otra anterior, "es principio inconcuso que las nuevas leyes destruyen

las precedentes en todo aquello en que les fueren opuestas". (Tratado de las Personas, Editorial Costa Rica. pág. 47).

Frente a una derogación tácita, se hace necesario examinar si las nuevas disposiciones se oponen a las anteriores, ya que si las mismas son armónicas entre sí, se deben tener como subsistentes y aplicables. Al respecto señala don Alberto Brenes Córdoba:

"Nótese que cuando la incompatibilidad de dos leyes estribe en lo que constituye el fundamento de la primera, la derogación comprende todas y cada una de las disposiciones de la misma, de modo que ella queda excluida por completo del cuerpo de la legislación vigente." (idem, pág.47).

En ese orden de ideas, es preciso analizar si existe contradicción entre el reglamento vigente y la modificación al anterior que no fue derogada por éste.

La modificación hecha al reglamento anterior es armónica con el Reglamento de compra de medicamentos, materias primas, envases, empaques y reactivos vigente, toda vez que la regulación en cuanto a la presentación de los empaques resulta ser complementaria y no se opone al nuevo reglamento. Se debe tener presente que la normativa vigente no derogó

4.- REFORMA AL ART. 95 DEL CÓDIGO DE TRABAJO

En principio, si efectivamente una ley afecta groseramente la situación financiera del seguro de Enfermedad y Maternidad, es posible alegar la inconstitucionalidad por violación de la autonomía de la Institución.

También podría ensayarse una inconstitucionalidad por la forma, en el evento de que la reforma al art.95 del Código de Trabajo, no hubiere sido consultada formalmente a la Caja, conforme a lo que prescribe el art.190 constitucional.

Tal es el criterio de la Dirección Jurídica expresado el 26 de febrero de 1998, en el dictamen DJ-438-98, en respuesta a consulta de la Dra. Marta Escalante Peralta, Directora del Hospital "Max Peralta", de Cartago.

expresamente la modificación y tampoco contiene regulación alguna en cuanto a los empaques de los medicamentos.

Por lo anterior, considera el suscrito que la modificación hecha al reglamento anterior subsiste en el ordenamiento jurídico y se encuentra vigente. Lo anterior sin perjuicio de que la Administración pueda hacerle las reformas necesarias, con ajuste a las necesidades actuales en la contratación, para la obtención de medicamentos, materias primas, envases, empaques y reactivos.

Conclusión

Con base en lo anterior y citas de derecho, el acuerdo de la Junta Directiva del art. 23 de la sesión 6935 celebrada el 20 de junio de 1995 publicado en la Gaceta N°221 del 21 de noviembre de 1995, no se opone al art. 37 de la sesión 7169 del 21 de octubre de 1998, Reglamento de compra de medicamentos materias primas, envases, empaques y reactivos, por lo que subsiste en el ordenamiento jurídico y se encuentra vigente.

DIRECCIÓN JURÍDICA

Lic. Sergio Mena García
Abogado

ASUNTO: Criterio legal acerca de la reforma al artículo 95 del Código de Trabajo

El Consejo Asesor de la Dirección Jurídica, en sesión N°657 -98, del 19 de febrero de 1998... acordó:

ARTÍCULO OCTAVO: Se conoce el oficio DM-HMP-025498 del 13 de febrero de 1998... mediante el cual solicita criterio legal sobre lo que establece la Ley N° 7621, reforma al artículo 95 del Código de Trabajo, en vista de que hay disparidad entre la inter-

pretación de la Dirección Médica de ese centro y la de los profesionales pediatras...

Por haberse evacuado con anterioridad consulta similar, se transcribe el oficio DJ-033-97 del 3 de enero de 1997, suscrito por el Lic. Oscar Arias Valverde, anterior Director Jurídico, que establece:

"Se plantean en su oficio una serie de interrogantes que surgen con motivo de la entrada en vigencia de la reforma del artículo 95 del Código de Trabajo. Esa reforma pone al artículo 95 a decir lo siguiente:

"Artículo 95.- La trabajadora embarazada gozará obligatoriamente de una licencia remunerada por maternidad, durante el mes anterior al parto y los tres posteriores a él. Estos tres meses también se considerarán como período mínimo de lactancia, el cual, por prescripción médica, podrá ser prorrogado para los efectos del artículo anterior.

Durante la licencia, el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la CCSS para el "Riesgo de Maternidad". Esta remuneración deberá computarse para los efectos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la CCSS y el patrono.

Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a esta Caja sus contribuciones sociales sobre la totalidad del salario devengado durante la licencia. Los derechos laborales derivados del salario y establecidos en esta ley a cargo del patrono, deberán ser cancelados por él en su totalidad.

La trabajadora que adopta un menor de edad disfrutará de los mismos derechos y la misma licencia de tres meses, para que ambos tengan un período de adaptación. En casos de adopción, la licencia se iniciará el día inmediato siguiente a la fecha en que sea entregada

la persona menor de edad. Para gozar de la licencia, la adoptante deberá presentar una certificación, extendida por el Patronato Nacional de la Infancia el juzgado de familia correspondiente, en la que consten los trámites de adopción.

La trabajadora embarazada adquirirá el derecho a disfrutar de la licencia remunerada sólo si presenta a su patrono certificado médico, donde conste que el parto sobrevendrá probablemente dentro de las cinco semanas posteriores a la fecha de expedición de este documento. Para efectos del artículo 96 de este Código, el patrono acusará recibo del certificado.

Los médicos que desempeñen cargo remunerado por el Estado o sus instituciones deberán expedir ese certificado".

Antes de entrar a la atención de consultas concretas, me ha parecido de interés hacer un análisis muy general sobre la norma antes transcrita, considerando todos sus elementos:

- a) Sujeto activo de la norma: la trabajadora embarazada o la mujer que adopta a un niño.
- b) Beneficio: licencia remunerada por maternidad, un mes antes y tres meses después del parto.
- c) Sujetos pasivos: el patrono; CCSS, por partes iguales.
- d) Remuneración que rige durante la licencia: lo que disponga reglamentariamente la Caja, equivalente al salario de la trabajadora.
- e) Lo que se pague rige tanto para derechos laborales derivados del contrato, como para las contribuciones sociales. Estas últimas serán por cuenta del patrono y de la trabajadora.
- f) Requisito para hacer valer el derecho: certificado médico sobre la fecha probable del parto.

Entremos de seguido a las consultas concretas:

a) ¿Qué sucede si la trabajadora no tiene derecho a subsidio por parte de la Caja, por no cumplir los plazos de espera?

- Debe estarse a lo que dispone la ley, en el sentido de que "el sistema de remuneración se regirá según lo dispuesto por la CCSS para el "Riesgo de Maternidad".

b) ¿Le corresponde al patrono pagar el 50 por ciento, y tanto él como la trabajadora deben cotizar sobre dicho monto?

- Desde mi punto de vista, aplicando a lógica del punto anterior, la respuesta es negativa, sin perjuicio de que, si el patrono la incluye como asalariada en ese período, la Caja deba aceptar las cotizaciones.

c) ¿Qué consecuencias tendría la aplicación del art. 27 del Reglamento del Seguro de Enfermedad y Maternidad?

- Las mismas que ahí se establecen, o sea, que el patrono sería responsable de pagar todas las prestaciones, si no se han completado los plazos de espera o los montos de cotización reglamentarios. Este aspecto, sin que se haya variado el fondo, ha sido objeto de modificación en el reglamento actualmente vigente.

d) ¿Se puede considerar el subsidio como parte de salario?

- No es dable confundir subsidio con salario. Por una ficción expresa, para los efectos del subsidio por maternidad, la ley 5 homologa, con el propósito de que no afecte la secuencia de cotización por parte de la trabajadora, con motivo del parto o de la adopción.

e) ¿Cómo se afecta el art.3 de la Ley Constitutiva con dicha reforma del Código Trabajo? .

- No se afecta. El ordenamiento jurídico es uno, y debe interpretarse con criterio armónico.

f) ¿Podrán los asegurados, incapacitados por enfermedad, solicitar el mismo trato?

- No. El principio de igualdad no es de carácter absoluto, pues no concede un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino más bien a exigir que la ley no haga diferencia entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica, en condiciones idénticas. O sea que no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales, pues más bien podría ser injusto tratar a dos desiguales como iguales.

g) ¿Tendrá argumentos el patrono para oponerse al pago total de las cuotas?

- Sí. La cuestión -como muchas otras en derecho- es discutible.

h) ¿Debe la institución ocuparse de otras cargas sociales?

- Desde mi punto de vista, no. La ley se refiere expresamente a las cuotas del seguro social.

i) Sobre la constitucionalidad de la ley.

- En principio se puede sostener que si efectivamente una ley como la referida, afecta groseramente la situación financiera del seguro de Enfermedad y Maternidad, es posible ensayar una inconstitucionalidad por violación de la autonomía. También podría ensayarse una inconstitucionalidad por la forma, en el evento de que dicha reforma no hubiere sido consultada formalmente a la Caja, conforme a lo que prescribe el art.190 constitucional.

Finalmente, no omito manifestarle que en el reglamento del Seguro de Salud, aprobado recientemente por la Junta Directiva, e tema fue

Nº9 - Abril de 1999

objeto de especial desarrollo, según los artículos 40 y siguientes."

DIRECCION JURIDICA
Luis Fernando Chaves Rodríguez
Departamento Legal

5.- LEGALIDAD DE LA REQUISA

Los registros de ciertas pertenencias personales como maletines y bolsos, son válidos para prevenir la sustracción de bienes públicos, en tanto no ofendan la intimidad personal, ni comprometa el buen nombre y la dignidad de las personas sujetas al registro, y que al mismo tiempo se respeten las reglas de la proporcionalidad, pues la Administración debe velar por la conservación del patrimonio público.

Con mayor razón, pueden revisarse preventivamente los vehículos, siempre y cuando haya razonabilidad y proporcionalidad en el tipo de medidas cautelares que se adopten, y se apliquen en forma general, sin ningún tipo de discriminación.

Tal es el criterio de la Dirección Jurídica expresado en el Dictamen DJ-0564-98, del 19 de marzo de 1998, en respuesta a consulta de la Srta. Vanessa Sánchez, Directora a.i. del CENDEISS.

ASUNTO: La Legalidad de la requisa

En atención a la consulta A-Cendeiss-0377-II-98 del 25 de febrero de 1998), le transcribo el artículo décimo de la sesión N°660-98, celebrada por el Consejo Asesor de la Dirección Jurídica el 2 de marzo de este año:

"Se conoce oficio... en que solicita criterio respecto a la posibilidad de que los agentes de seguridad revisen bolsos y otras pertenencias de funcionarios y personas ajenas a la Institución, con el fin de disminuir la incidencia en hurtos y robos...

En vista de que el Consejo Asesor, en el arto N°3 de la sesión N° 610-97 del 14 de agosto de 1997 se pronunció en una consulta similar, se transcribe dicho pronunciamiento:

"... La cuestión que se plantea se reduce a determinar si "un vigilante está facultado para solicitar que le muestren ciertas partes del vehículo, como por ejemplo, la cajuela trasera,

o bien, pedir que le abran las puertas para realizar una inspección." Como antecedente se aporta la jurisprudencia de la Sala Constitucional, sentada en el amparo de R.C.L. contra el Director del Hospital San Juan de Dios.

En esa oportunidad, la Sala se pronunció en el sentido de que...

"Las medidas permanentes o esporádicas, como los registros de ciertas pertenencias personales tales como maletines, bolsos, etc., son válidamente aplicables en estos casos, para prevenir la sustracción de bienes públicos, en tanto no impliquen la adopción de tratamientos que ofendan la intimidad personal ni se comprometa el buen nombre y la dignidad de las personas sujetas al registro, y al mismo tiempo se respeten las reglas de la proporcionalidad, pues la Administración debe velar por la conservación del patrimonio público y aplicar medidas de autodefensa, siempre con el único fin de asegurar el funcionamiento normal de los servicios Públicos que, en casos como hospitales, bibliotecas, y otras instituciones en las que se trafiquen materiales valiosos y fácilmente ocultables por parte del personal o usuarios numerosos, de no realizarse esa clase de controles esos bienes serían objeto de continuadas sustracciones cuya verificación sería muy posterior, hasta que se realizaran los controles de inventarios y casi imposibles de comprobar para el efectos de imponer las sanciones necesarias".

Esa posición de la Sala se condiciona únicamente a que no se viole el principio de igualdad, o sea, que se apliquen las medidas de auto tutela o autodefensa por igual a todos

los sujetos que se encuentren en la misma posición, esto es "sin distinción de la clase de funciones que ejerzan en la institución, sean médicas o administrativas, ni de su rango o jerarquía, ya que lo contrario implicaría un tratamiento desigual entre los funcionarios que, en cuanto tales y con relación a las medidas de seguridad se encuentran en la misma situación jurídica".

Analizado el asunto, y con vista del referido criterio jurisprudencial, que es totalmente compartido por el Consejo, se atiende lo consultado en el sentido de que, si ello es

posible en relación con las personas, por mayor razón pueden hacerse objeto de revisión preventiva los vehículos, en la forma que lo disponga la administración, siempre y cuando haya razonabilidad y proporcionalidad en el tipo de medidas cautelares que se adopten, y se apliquen en forma general y sin ningún tipo de discriminación. ""

DIRECCIÓN JURÍDICA
Licda. Isabel Martínez Meneses
Abogada

6.- TRASLADO DE PACIENTES CON ASISTENCIA MÉDICA

Si está de por medio la salud de un ser humano, y esa es la razón por la que un médico debe acompañar al paciente durante su traslado, la orden que se imparta en tal sentido por quien tiene competencia para ello, es de acatamiento obligatorio y su incumplimiento podría dar motivo a las sanciones laborales correspondientes, sin dejar de mencionar las eventuales sanciones de orden penal o civil que pudieren derivarse de una desobediencia no justificada por incumplimiento de deberes u omisión de auxilio.

Así el criterio de la Dirección Jurídica expresado en el Dictamen DJ-0618-98, del 31 de marzo de 1998, en respuesta a consulta del Dr. Luis A. Acevedo Gallego, Coordinador de Emergencias del Hospital "Tony Facio", de Limón.

ASUNTO: El traslado de pacientes con asistencia médica

A fin de atender consulta del pasado 20 de marzo, le transcribo el artículo segundo de la sesión N°666-98, celebrada por el Consejo Asesor de la Dirección jurídica el 23 de marzo pasado:

"Se conoce oficio del 20 de marzo de 1998, suscrito por el Coordinador de Emergencias del Hospital "Tony Facio", de Limón, en donde solicita criterio respecto de la situación que se presenta en ese centro hospitalario, con la negativa de algunos médicos de turnos regulares y de guardia para acompañar a los pacientes durante los traslados que se efectúan a hospitales nacionales. La consulta concreta

es si es optativo a los trabajadores de la salud acompañar a los pacientes que así lo requieran y si existe alguna normativa legal que lo regule.

Deliberado el asunto y en vista de que el Consejo Asesor de la Dirección Jurídica conoció de un asunto similar en la sesión N°584-97 del 5 de mayo de 1997, acuerda el Consejo transcribir dicho pronunciamiento literalmente:

"ARTÍCULO OCTAVO: ... En lo medular solicita criterio sobre la "obligatoriedad de los médicos de viajar en ambulancias, cuando la condición crítica de un paciente así lo amerite". Explica que los médicos generales trabajan guardias médicas en los servicios de emergencias de Liberia, Nicoya y Upala, entre semana, feriados y fines de semana, y que en algunas ocasiones se presentan emergencias en que el estado del paciente es tan crítico, que se necesita su traslado en ambulancia a uno de los hospitales josefinos, y que de acuerdo con el criterio del especialista, se hace necesario que un médico general acompañe al enfermo, con la finalidad de darle soporte

durante el viaje. Se origina la duda en la negativa de algunos médicos, quienes argumentan que se les contrató para trabajar en el servicio de urgencias y no para acompañar pacientes, y que no están protegidos de riesgo en el trayecto, además de otras razones de menor importancia.

Deliberado el asunto, el Consejo se pronuncia en los siguientes términos:

El profesional en medicina, ya sea que se encuentre en su jornada ordinaria o en la jornada de guardia, tiene la obligación de atender todo aquello que se presente en su periodo de contratación con carácter de emergencia. La determinación de una emergencia es responsabilidad de la autoridad técnica correspondiente del centro hospitalario de que se trate. Lo mismo es aplicable a la determinación de si un paciente necesita ser acompañado por un profesional, así como el nivel del profesional que debe hacerlo.

Si está de por medio la salud de un ser humano, y esa es la razón de orden técnico por la que se considera que un médico debe acompañar al paciente durante su traslado, la orden que se imparta en tal sentido por quien tiene competencia para ello, es de acatamiento obligatorio y su

incumplimiento podría dar motivo a las sanciones laborales correspondientes, sin dejar de mencionar las eventuales sanciones de orden penal o civil que pudieren derivarse de una desobediencia no justificada por incumplimiento de deberes u omisión de auxilio.

Como ha dicho este Consejo en otras oportunidades, "el principio en esta materia es que, frente al interés individual prevalece el interés de la colectividad, y la salud está dentro de los derechos sociales admitidos constitucionalmente en este país."

Se aclara al consultante que no es cierta la presunción de que el profesional o el funcionario de cualquier nivel que acompañe al paciente, no está protegido durante el trayecto. La CCSS está en obligación de contratar en el INS una póliza de riesgos profesionales, a favor de todos sus servidores, de modo que, frente a la eventualidad de un accidente, el trabajador tiene la correspondiente protección."

DIRECCIÓN JURÍDICA Licda.
Isabel Martínez Meneses

Abogada

7.- PENSIONADO PARA ASEGURADOS INDEPENDIENTES

A los asegurados independientes y a los demás no asegurados en condición de trabajadores asalariados, no los cubre el inciso a) del art.25 del mencionado reglamento que establece el derecho a exoneraciones parciales, para evitar la selección desfavorable y dado que el beneficio del art.25 debe ser interpretado con criterio restrictivo.

Así el criterio de la Dirección Jurídica expresado en el Dictamen DJ-550-98, 16 de marzo de 1998, en respuesta a consulta planteada por el Sr. Adolfo Cartín Ramírez, Administrador del Hospital San Juan de Dios.

ASUNTO: Procedimiento seguido con los asegurados por cuenta propia que utilizan el servicio de pensionado.

El Consejo Asesor de la Dirección Jurídica, en sesión 661-98, del 5 de marzo de 1998 conoció el oficio VAP-003-98 de 7 de enero de 1998. Al respecto acordó:

"ARTÍCULO SEGUNDO: El Lic. Rodrigo Vargas Ulate somete a conocimiento del Consejo la consulta planteada... en el Oficio 168 S.A. 97 de 23 de mayo de 1997 procedente de la Administración del Hospital San Juan de Dios en que se solicita revisión de los criterios de esta Dirección Jurídica en

cuanto al art.25 del Reglamento de los Servicios de Pensión en los hospitales, que versa sobre la exoneración parcial en el costo de los servicios de pensiones en relación con los asegurados por cuenta propia; y la consulta planteada en el oficio VD-HMP-003-98 del 7 de enero de 1998 procedente de la jefatura de la Unidad de Validación de Derechos del Hospital "Dr. Max Peralta", de Cartago, en que se solicita el criterio legal sobre cuál es la posición que tienen los asegurados por cuenta propia al utilizar el servicios de pensiones del centro hospitalario. Al respecto rinde informe en los siguientes términos:

Problema planteado

Si un asegurado independiente o por cuenta propia lo cubre el art. 25 del Reglamento de Servicio de Pensionado de los Hospitales de la CCSS, que establece exoneraciones parciales en los costos del servicio.

Normativa aplicable

Artículos 3º, 5º, 22, 23, 33 y 36 de la Ley Constitutiva de la Caja; artículo 25 del Reglamento del Servicio de Pensionado en los Hospitales de la CCSS; artículos 1º, 2º, 6º y 10 del Reglamento del Seguro Voluntario.

Análisis jurídico

1. – Los dictámenes que sobre este tema ha emitido la Dirección Jurídica (DJ-004-88, de 7 de enero de 1988; DJ-402-90 del 31 de diciembre de 1990 y DJ-148-91, del 13 de febrero de 1991) se resumen en este último pronunciamiento que desarrolla el siguiente argumento:

Premisa mayor: el art. 25 inc.a) del Reglamento del Servicio de Pensiones de los Hospitales de la CCSS supone que el asegurado que utiliza el servicio de pensionado ha pagado las cotizaciones regulares al Seguro de Enfermedad y Maternidad, bajo la modalidad clásica del aseguramiento social (asegurado = trabajador asalariado)

Premisa menor: el asegurado independiente, al igual que el asegurado por el Estado y los asegurados del Régimen No Contributivo, y otros que no son trabajadores asalariados, no están regidos por la fórmula tradicional de aseguramiento social.

Conclusión: entonces, a los asegurados independientes -y a los demás que no sean asegurados en condición de trabajadores asalariados- no los cubre el inc. a) del art.25 del respectivo reglamento. Ello es así en aras de evitar la selección desfavorable y dado que el beneficio del art.25 debe ser interpretado con criterio restrictivo.

2.- La Caja, en su dinámica por desarrollar diversos sistemas de protección, ha venido dictando normas reglamentarias que no siempre ofrecen la armonía que idealmente debiera tener un código de seguridad social. Ello obliga a efectuar un especial esfuerzo de armonización para efectos hermenéuticos, que procure reconstruir la realidad que se tuvo en mente por parte del legislador, o sea la llamada "ratio legis" o el espíritu de la norma.

Ese esfuerzo de interpretación debe también tomar en cuenta, que la seguridad social se encuentra en una zona fronteriza entre lo jurídico y lo sociológico, como acertadamente lo han dicho los profesores Alcalá Zamora y Cabanellas de Torres, de modo que los esquemas clásicos de interpretación, en circunstancias como las antes descritas, no siempre son viables.

Alguien podría sostener que la revisión solicitada es procedente con fundamento en el art. 5º del Reglamento para la extensión de los seguros sociales a los trabajadores independientes, por el principio de que no procede distinguir donde la norma no lo hace.

Pero quien así llegare a argumentar, olvidaría que esa norma está expresamente concebida para servicios médicos, y que la exoneración parcial del costo de pensionado es un típico beneficio económico. Además, se olvidaría de que el art. 6º ibídem confiere al asegurado independiente "las mismas obligaciones y

derechos que tienen los asegurados asalariados en el Seguro de Enfermedad y Maternidad, con la salvedad del subsidio en dinero."

Entender las cosas en forma diferente podría virtualmente colocar a la seguridad social frente al inminente peligro de una selección desfavorable masiva.

Otro sustento jurídico de la tesis expuesta es que el art.73 de la Constitución Política establece los seguros social en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales regulados por el sistema de contribución forzosa tripartida, del Estado, el patrono y el trabajador (art. 22 de la Ley Constitutiva) lo que significa que el legislador creó los seguros sociales en beneficio de los trabajadores asalariados.

Posteriormente la CCSS, institución encargada de su administración y gobierno, en forma visionaria y en aplicación del principio de universalidad, por vía de excepción extendió los seguros sociales a otro tipo de modalidades de aseguramiento, en los cuales no se sigue la fórmula clásica de la contribución tripartita (art.4 inc.c, y art. 5 de la Ley Constitutiva) como es el caso del seguro voluntario dirigido a todas

aquellas personas que no son sujeto de aseguramiento obligatorio pero que voluntariamente se afilian al seguro de salud (antes denominado seguro de enfermedad y maternidad) y al seguro de invalidez, vejez y muerte.

La forma de financiamiento para el seguro voluntario es bipartito, o sea, con la contribución del asegurado y del Estado (art. II, transitorios III y IV del Reglamento del Seguro Voluntario).

Dentro de esta modalidad de aseguramiento se encuentran los trabajadores independientes, asegurados facultativos y asegurados rentistas como lo establece el art.2 del Reglamento del Seguro Voluntario.

Es así como, dentro del contexto descrito, debe tenerse en cuenta que existe una clara distinción entre los asegurados asalariados y los asegurados voluntario en cuanto al sistema de financiamiento para cada modalidad de aseguramiento.

Hecho un recuento de la normativa actual y aplicable en la materia, se concluye que no existe fundamento suficiente para que el anterior criterio sea modificado, e consecuencia se reitera éste.

DIRECCIÓN JURÍDICA

Lic. Rodrigo Vargas
Departamento Legal