

## **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

**PROMOVIDA POR XXX.**

**CONTRA: CONVENCIÓN COLECTIVA DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA**

**EXPEDIENTE: 18-8512-0007-CO**

**INFORMANTE: GRETTEL RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ**

#### **SEÑORES MAGISTRADOS:**

Quien suscribe, **MAGDA INES ROJAS CHAVES**, mayor, casada, abogada, vecina de Heredia, cédula de identidad número 401100097, Carné N° 2083, Procuradora General Adjunta, según acuerdo N° 176-MJP de 13 de diciembre de dos mil diez, publicado en la Gaceta N° 9 de 13 de enero de dos mil once, atiendo la audiencia otorgada a la Procuraduría General de la República en resolución de las once horas y diecisiete minutos del veintiuno de junio del dos mil dieciocho, en relación con la acción de inconstitucionalidad presentada contra varios artículos de la Convención Colectiva del Ministerio de Educación Pública y el Sindicato de Trabajadoras y Trabajadores de la Educación Costarricense (SEC), el Sindicato de Trabajadores de los Comedores Escolares y Afines (SITRACOME) y la Asociación Nacional de Educadores y Educadoras ANDE, en los siguientes términos:

#### **I. ARGUMENTOS DEL ACCIONANTE:**

El accionante señala que acude a la Sala Constitucional a impugnar los artículos 36, 37, 38, 39, 62, 63 párrafo 1, 2 y 3, 64 y 65 de la Segunda Convención Colectiva del Ministerio de Educación, por considerar que son contrarias a los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y uso eficiente de los fondos públicos, pues se trata en la mayoría de los casos de beneficios otorgados a los trabajadores sin ninguna justificación y que generan una desigualdad en relación con los trabajadores del resto del sector público y del sector privado.

El accionante acude directamente a la jurisdicción constitucional, fundamentando su legitimación en la existencia de un interés difuso derivado de la función de control político que le asiste como ciudadano y por estar en presencia de temas relacionados con el uso, manejo y disposición de fondos públicos.

#### **II. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA:**

## **A. Admisibilidad de la acción.**

En criterio de esta Representación, la parte accionante se encuentra legitimada para accionar ante esta sede, por encontrarse ante un interés difuso.

En efecto, tal y como lo ha señalado ya en otras ese Tribunal Constitucional, el interés difuso es un interés distribuido en cada uno de los administrados que les posibilita para resguardar ciertos derechos constitucionales de relevancia, como en este caso el adecuado manejo de la hacienda pública:

III.-

*EN LO QUE RESPECTA A LA ACCIÓN DIRECTA DE INCONSTITUCIONALIDAD EN DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS. La Sala Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha desarrollado qué se debe entender por intereses difusos. De esta manera, en la sentencia No. 0360-99, de las 15:51 hrs. de 20 de enero de 1999, la Sala Constitucional expresó:*

*"La última posibilidad para reconocer legitimación a los accionantes radica en el concepto de intereses difusos que el legislador introdujo en el artículo 75 de la ley que rige esta jurisdicción, con el fin de ampliar y completar la gama de posibilidades de fiscalización que tienen los ciudadanos por intermedio de una acción de inconstitucionalidad. Se ha señalado que se trata un tipo especial de interés, cuya manifestación es menos concreta e individualizable que la del colectivo recién definido en el considerando anterior, pero que no puede llegar a ser tan amplio y genérico que se confunda con el reconocido a todos los miembros de la sociedad de velar por la legalidad constitucional, ya que éste último -como se ha dicho reiteradamente- está excluido del actual sistema de revisión constitucional. Se trata pues de un interés distribuido en cada uno de los administrados, mediato si se quiere, y diluido, pero no por ello menos constatable, para la defensa, en esta Sala, de ciertos derechos constitucionales de una singular relevancia para el adecuado y armónico desarrollo de la sociedad. Son las especiales características de éstos derechos por sí mismas y no la particular situación frente a ellos de los sujetos que puedan ostentarlos, la clave para la distinción y determinación de la presencia de los llamados intereses difusos tal y como se manifestado en distintas resoluciones como la 03705-93 de las quince horas del treinta de julio para el derecho al ambiente, la número 05753-93 de las catorce horas cuarenta y cinco del nueve de noviembre de ese mismo año para la defensa del patrimonio histórico y la número 00980-91 de las trece y treinta del veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y uno para la materia electoral". (Sala Constitucional, resolución número 2017-17793 de las nueve horas quince minutos del siete de noviembre del 2017)*

En razón de lo expuesto, considera este Órgano Asesor, que asiste legitimación al accionante.

## **B. Sobre las violaciones alegadas:**

||

## **1. Artículo 36: Licencia de lactancia**

El accionante impugna la ampliación de la licencia de lactancia de 12 a 24 meses como mínimo, considerando que dicha ampliación es una liberalidad desproporcionada pues no considera que el beneficio debe estar sujeto a la realidad de la lactancia. Se aduce que se produce una discriminación en contra de las demás trabajadoras del mismo sector que no tienen ese beneficio.

La lactancia materna se encuentra recogida en los artículos 94 y 95 del Código de Trabajo, que establecen lo siguiente:

### *ARTICULO 94.-*

*Queda prohibido a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o en período de lactancia, salvo por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, conforme con las causales establecidas en el artículo 81. En este caso, el patrono deberá gestionar el despido ante la Dirección Nacional y la Inspección General de Trabajo, para lo cual deberá comprobar la falta. Excepcionalmente, la Dirección podrá ordenar la suspensión de la trabajadora, mientras se resuelve la gestión de despido.*

*Para gozar de la protección que aquí se establece, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, y aportar certificación médica o constancia de la Caja Costarricense de Seguro Social.*

*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 Caja Costarricense de Seguro Social para el "Riesgo de Maternidad". Esta remuneración deberá computarse para los derechos laborales que se deriven del contrato de trabajo. El monto que corresponda al pago de esta licencia deberá ser equivalente al salario de la trabajadora y lo cubrirán, por partes iguales, la Caja Costarricense de Seguro Social y el patrono. Asimismo, para no interrumpir la cotización durante ese período, el patrono y la trabajadora deberán aportar a 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 adopte 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 o el juzgado de familia correspondiente, en la que consten los trámites de adopción.*

*La trabajadora embarazada adquirirá el derecho de disfrutar de la licencia remunerada sólo si presenta a su patrono un 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.

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 7621 del 5 de setiembre de 1996)

Las normas anteriores deben complementarse con la Ley de Fomento a la Lactancia Materna, que dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

*ARTICULO 1.- Objetivo.*

*El objetivo de la presente Ley es fomentar la nutrición segura y suficiente para los lactantes, mediante la educación de la familia y la protección de la lactancia materna. Para ello se dará el apoyo específico a los programas y las actividades que la promuevan y se regulará la publicidad y la distribución de los sucedáneos de la leche materna, de los alimentos complementarios, cuando se comercialicen como tales, y de los utensilios conexos.*

En relación con los alcances de este derecho de los menores a la lactancia materna, ese Tribunal Constitucional ha señalado:

*"Estima esta Sala que la posición de la Administración es violatoria de los derechos fundamentales de la amparada. Para tales efectos debe tomarse en consideración, en primer lugar, que el hecho que el artículo 2 de la Ley de Fomento de la Lactancia Materna defina al lactante, para "los efectos de esta Ley", como "el niño hasta la edad de doce meses cumplidos", **no implica -ni implícita ni explícitamente- que se imponga un tope máximo al período de lactancia en lo que se refiere propiamente al ámbito de las relaciones de trabajo, cuando lo cierto es que el propio Código de Trabajo, al regular expresamente el tema (en sus artículos 95 y 97), no establece tope alguno al período de lactancia.** Por el contrario, dicha normativa lo que prevé es un período mínimo de lactancia que puede ser prorrogado de existir un criterio médico que así lo sustente. A lo que se añade que el propio recurrido cita el artículo 44, inciso 1), del Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Hacienda, en el que se reconoce expresamente un período de lactancia de una hora y hasta por tres meses, que podrá ser prorrogado cuando se compruebe necesidad. En cuyo caso, el interpretar tal normativa, en el sentido que la referida "necesidad" se reduce única y exclusivamente a los supuestos de menores que tengan "alguna condición especial de salud", implica una interpretación excesivamente restrictiva y discriminatoria, en claro detrimento de los derechos fundamentales del resto de los niños -incluida la menor amparada-. ...*

***A lo que se añade que, en este caso en particular, también debe considerarse el interés superior del niño, de conformidad a lo dispuesto el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 4 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Todo ello debe condicionar, necesariamente, la forma en que se interpretan y aplican los artículos 95 y 97 del Código de Trabajo, en relación con el artículo 44, inciso 1), del Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Hacienda, en procura de promover y asegurar la lactancia materna, en resguardo del derecho fundamental de **todo niño** a que se le garantice en la***

máxima medida posible su supervivencia, así como el más alto nivel posible de salud y un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Por ende, cuando en la referida normativa legal y reglamentaria se prevé la posible prórroga de la licencia por lactancia, no puede interpretarse que ello se reduzca a los casos excepcionales en que el menor presente "alguna condición especial de salud" o alguna enfermedad que así lo exija, sino que, además, debe abarcar aquellos otros supuestos en que se acredite debidamente que la madre aún produce leche materna y el niño aún está en disposición de recibirla, y que exista un criterio médico que recomiende en ese caso en particular que se continúe con la lactancia materna en beneficio de la salud y del desarrollo del menor -independientemente de que presente o no "alguna condición especial de salud"-.

**Por lo que resulta oportuno reiterar que tanto la Organización Mundial de la Salud como la UNICEF recomiendan para el conjunto de la población la lactancia materna exclusiva durante los primeros 6 meses de vida y a partir de entonces su refuerzo con alimentos complementarios al menos hasta los 2 años o más, para garantizar a todo niño un crecimiento y desarrollo saludables.** " (Sala Constitucional resolución número 2011-635 de las ocho horas treinta y nueve minutos del veintiuno de enero del dos mil once., el resaltado no es del original)

Establecido el marco normativo anterior, resulta procedente transcribir la norma que se considera inconstitucional:

**"Artículo 36. Licencia por Lactancia.** *La licencia por lactancia se podrá otorgar hasta por un mínimo de veinticuatro meses, y se podrá extender siempre y cuando la misma sea recomendada por certificado médico, de conformidad con la normativa vigente."*

La norma impugnada extiende a dos años o más la licencia por lactancia en el Ministerio de Educación Pública, lo que como regla de principio, no resulta inconstitucional. En efecto, como ya lo indicó ese Tribunal en sus resoluciones, la lactancia materna es recomendada por dos años o más, sin que exista un límite máximo establecido legalmente para que se otorgue esa licencia.

Por el contrario, la Sala Constitucional ha advertido que mientras la madre produzca leche y el menor esté en disposición de recibirla, se podrá continuar otorgando este beneficio, pues se considera que con ello se beneficia el desarrollo del menor y el derecho a una alimentación sana.

Por ello, en nuestro criterio, las objeciones del accionante en relación con que con el resto de trabajadores, tanto del sector privado como del sector público, se establece una diferencia, no resultan de recibo, pues como se ha señalado, las normas legales que rigen esta materia establecen la posibilidad de continuar otorgando la licencia por lactancia mientras se requiera.

Sin embargo, sí debe llamarse la atención en torno a que la norma cuestionada deja dudas en relación con la exigencia de que se esté corroborando por parte del Ministerio de Educación, que efectivamente se dan las condiciones para el otorgamiento de la licencia durante esos dos años: la producción de leche y el recibo de la misma.

No obstante, en nuestro criterio, esta duda está referida más a la correcta aplicación de la norma que a una inconstitucionalidad de la misma, pues es claro para este Órgano Asesor, que si el beneficio de la licencia está condicionado a un hecho, es decir, que efectivamente la lactancia materna se esté desarrollando, en el momento en que las autoridades del Ministerio corroboren que ello no es así, podrán retirar la licencia. Asimismo, el Ministerio también se encuentra en la posibilidad de solicitar la prueba que corresponda para verificar que la lactancia materna aún es efectiva.

Partiendo de lo expuesto, considera esta Procuraduría que no existe una inconstitucionalidad en la norma que se cuestiona.

## **2. Artículo 37: Licencia de paternidad:**

La parte accionante impugna la licencia establecida en el artículo 37 de la Convención Colectiva según la cual se otorga un derecho a un mes de licencia por nacimiento o adopción de un hijo. Se indica que lo excesivo de la licencia se traduce en una violación al principio de razonabilidad y proporcionalidad en el uso de los fondos públicos y en la eficiencia en las funciones administrativas. Asimismo, se aclara que se impugna la existencia de la licencia como tal pues constituirse en padre es un asunto personal no laboral y por lo tanto, no debería otorgarse un permiso por esta circunstancia. Adicionalmente, los demás trabajadores del sector privado que son padres, no tienen este beneficio.

Dispone la norma impugnada, lo siguiente:

*Artículo 37. Licencia de paternidad. Todo trabajador, **a partir del nacimiento o adopción de sus hijos e hijas tendrá derecho a una licencia con goce de salario de un mes.** En el caso de adopción, el trabajador deberá presentar certificación de la sentencia aprobatoria emitida por el Juez de Familia.*

La parte actora expresamente indica que impugna la existencia de la licencia como tal, por considerar que la misma se refiere a aspectos personales ya que el nacimiento de un hijo no tiene ninguna relevancia desde el punto de vista laboral.

Sin embargo, en criterio de este Órgano, la existencia de la licencia encuentra sustento en el derecho de los niños a ser protegidos y cuidados por sus padres, y al derecho de los padres a balancear la vida familiar con sus obligaciones laborales, tal y como ya lo ha reconocido ese Tribunal Constitucional y este Órgano actuando en materia consultiva:

**III.-COROLARIO.** *Sin perjuicio de lo dicho anteriormente, se la advierte al recurrente que en sentencia N° 2013010042 de las catorce horas treinta minutos del veinticuatro de julio de dos mil trece, la Sala declaró lo siguiente:*

**" SOBRE LA LICENCIA CON GOCE DE SALARIO POR PATERNIDAD. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO....** En criterio de este Tribunal Constitucional, la interpretación realizada por la autoridad recurrida es ilegítima y contraria al Derecho de la Constitución, particularmente, a la protección de la familia y al principio del interés superior del menor de edad. ....

**Al interpretar dicho numeral, tanto la Sala Constitucional, como la Procuraduría General de la República, han indicado, precisamente, que la norma contempla la posibilidad de otorgar un permiso con goce de salario a los funcionarios adscritos al régimen de Servicio Civil, ante el nacimiento de un hijo, como un mecanismo derivado de la protección que se propugna a la familia, según lo dispuesto en el artículo 52 de la Constitución Política** (ver, sobre el particular, las sentencias de la Sala Constitucional Nos. 2006-17440 y 2006-17441, ambas de 29 de noviembre de 2006). **La Procuraduría General de la República sostiene semejante tesis, haciendo la observación, precisamente, que esta licencia, tiene como fin último la tutela de la familia.** En el Dictamen No. 286 de 18 de agosto de 2008, dicho órgano consideró lo siguiente:

'(«) Este Órgano Asesor comparte plenamente lo expuesto por la Asesoría Legal de la Asamblea Legislativa, -criterio arriba citado- cuando señala que si bien no se encuentra regulado en el citado Reglamento Autónomo de Servicio, la posibilidad de otorgar permisos a los funcionarios con motivo del nacimiento de un hijo, ciertamente, y con carácter de norma supletoria, es aplicable lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil («) En consecuencia, no cabe la menor duda, que existe suficiente fundamento jurídico como para que la Administración a su cargo pueda ejercer la potestad para otorgar el permiso a aquellos funcionarios que con ocasión del nacimiento de un hijo, justifiquen debidamente esa necesidad; que dicho sea de paso, este tipo de permisos especiales que se reglamentan, tienden a retomar, en alguna medida, la tutela que otorga nuestra Constitución Política a la familia, a la mujer y al niño, al establecer: ' La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.'

No está demás señalar lo que esta Procuraduría, mediante el Dictamen No. C-166-2006, de 26 de abril del 2006, ha analizado sobre el fundamento jurídico internacional, en aspectos como el de consulta. Así, en lo que interesa, determinó: '(«) **La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional como una condición vinculada de forma inequívoca a esa nueva realidad social que comentamos. Por ello, con miras a conciliar las responsabilidades laborales y familiares, la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT adoptó el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) y la Recomendación correspondiente (núm. 165), que tienden a garantizar que todo hombre y toda mujer tengan posibilidad de llevar a cabo plenamente sus funciones en la vida social, económica, pública y familiar. Y en ese mismo sentido, en la IV Conferencia mundial sobre las mujeres, celebrada en Pekín en septiembre de 1995, se consideró como objetivo estratégico fomentar una armonización de responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres y en la Declaración aprobada por los 189 Estados allí reunidos, se reafirmó este compromiso.**

Por su parte, en el ámbito de la Comunidad Europea, la maternidad y la paternidad, en su más amplio sentido, se han recogido en las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, **prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.**

**La toma de conciencia de esta realidad en otros países ha hecho necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre hombres y mujeres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada. («)´**

De manera que, sin tratar de vincular a la potestad que ostenta la Administración para otorgar los permisos de consulta, es nuestro criterio que ello tiene su sustento en el mencionado inciso a) del artículo 33 del Reglamento al Estatuto de Servicio Civil, como norma supletoria del ordenamiento que rigen las relaciones de empleo entre el funcionario y la Asamblea Legislativa. («)´ (ver, asimismo, el Dictamen No. C-166-2006 de 26 de abril de 2006) y las Opiniones Jurídicas Nos. OJ-014-2008 de 10 de marzo de 2008 y OJ-078-2011 de 07 de noviembre de 2011).

**Retomando las consideraciones realizadas por la Procuraduría, se observa que, a nivel internacional, se ha procurado garantizar este tipo de licencias, entre otras medidas, como un mecanismo para permitir a las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo, que ejerzan su derecho a hacerlo, sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales. Concretamente, la 'Recomendación sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares' No. 165, suscrita por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en junio de 1981, dispone que 'Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él' (numeral 22, punto 1º). Pero además del derecho a la conciliación de la vida laboral con la protección del vínculo familiar, en el caso concreto, **está, también, de por medio 'el interés superior del niño' (artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño), pues, en el fondo, este tipo de licencias por paternidad procuran fortalecer el necesario vínculo que deben establecer los padres con los niños recién nacidos, velando por su bienestar y sano desarrollo a través de una convivencia temprana. En tal sentido, es preciso superar la creencia que, solamente, la figura materna es indispensable en esta etapa del desarrollo de los niños, sino que ambos padres debieran asumir un rol activo de cara a la consolidación de la estabilidad emocional del menor, su saludable desarrollo y su bienestar. Incluso, el artículo 18, inciso 1º), de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que 'Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño' (lo destacado es propio). Con lo cual, se desprende la importancia de este tipo de licencias para fortalecer los lazos familiares y para velar, en último término, por las necesidades e intereses del menor de edad recién nacido...' (Sala Constitucional, resolución número 2017-3220 de las nueve horas quince minutos del uno de marzo del 2017, el resaltado no es del original)****

A partir de lo expuesto, en nuestro criterio, la licencia de paternidad no resulta inconstitucional en sí misma, pues como se advierte, responde a una necesidad del menor de edad a ser cuidado por sus padres y a recibir afecto de éstos desde sus primeros días así como el derecho de los padres de conciliar el trabajo con sus hijos.

No obstante lo expuesto, este Órgano Asesor sí tiene dudas en torno a la duración de dicha licencia, pues la misma resulta muy superior a las licencias existentes para otros funcionarios públicos.

En Costa Rica, las licencias por paternidad se han adoptado en un importante número de normativa laboral, especialmente en el Sector Público.



Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que sus servidores pueden disfrutar de una licencia con goce de salario **por una semana** en caso de nacimiento de menor. Señala el artículo 44 en lo que interesa, lo siguiente:

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

....

***Asimismo, los servidores varones tendrán derecho a una licencia con goce de sueldo, durante una semana, cuando naciere un hijo suyo, y las servidoras a tres meses con goce de sueldo, cuando adopten a un menor de edad.***

*Toda servidora judicial en estado de gravidez tendrá derecho a licencia con su salario completo por cuatro meses, distribuidos un mes antes y tres meses después del parto. Durante ese período, se pagará a la respectiva servidora en la forma dispuesta en el artículo 42 de esta Ley, y la Corte le garantizará los derechos acordados en el artículo 97 del Código de Trabajo.*

Por su parte, en el Régimen de Servicio Civil, el artículo 33 del Reglamento del Estatuto del Servicio Civil señala que se podrá conceder licencia hasta por una semana con goce de salario a los servidores padres de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, no obstante, las condiciones para que se lleve a cabo su otorgamiento deben estar establecidos en los Reglamentos Autónomos de Servicio de cada institución. Señala la norma en comentario, en lo que interesa lo siguiente:

*"Artículo 33° Las Licencias:-Podrán disfrutar de licencia ocasional de excepción, de conformidad con los requisitos y formalidades que en cada dependencia establezca el Reglamento Autónomo de Servicio, y sujetos a los siguientes procedimientos y condiciones:*

*a. Los jefes podrán conceder licencia hasta por una semana con goce de sueldo en los casos de matrimonio del servidor, el fallecimiento de cualquiera de sus padres, hijos, hermanos o cónyuge. También podrán conceder este derecho a aquellos servidores padres de hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio. En este último sólo cuando sean hijos reconocidos y, en ambos siempre que comprueben el ejercicio amplio de su función paternal.*

De conformidad con la normativa anteriormente señalada, encontramos una serie de Instituciones que regulan la licencia remunerada de paternidad en su Reglamento Autónomo de Servicios, así por ejemplo, el Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería y Órgano Adscritos de Desconcentración Máxima, N° 36765 MAG, en el artículo 7 señala:

## **De los derechos del personal**

*Artículo 7º-Además de los derechos que el ordenamiento jurídico otorga a los servidores de la Administración Pública, los (las) funcionarios (as) del Ministerio tienen los siguientes derechos:...*

*l) Tener derecho a cinco días hábiles con goce de salario, en casos de matrimonio del (la) servidor(a), el fallecimiento de cualquiera de sus padres, hijos (as), hermanos (as), cónyuge o conviviente, **el nacimiento de un hijo sea éste dentro o fuera de matrimonio siempre que se compruebe que el (la) menor fue reconocido(a) y se esté en el ejercicio de su función paternal.** Todo lo anterior debe ser acreditado mediante la presentación de los documentos oficiales que demuestren cada condición.*

*m) Las servidoras disfrutarán de una hora diaria de lactancia después de nacido(a) su bebé, para lo cual el médico tratante extenderá el dictamen correspondiente para determinar la procedencia de este derecho...*

Como se desprende de la normativa citada, lo que se regula actualmente es la existencia de un permiso o licencia de una semana para los servidores hombres por el nacimiento de su hijo. En el caso del Ministerio de Educación, la licencia propuesta es de 1 mes, lo que hace que la licencia sea significativamente mayor que la otorgada al resto de funcionarios del sector público que tienen este beneficio.

Esta diferencia de trato, en nuestro criterio, no se encuentra fundamentada en un criterio objetivo o por lo menos no se desprende de la norma que dicho criterio exista, lo que hace que en criterio de este Órgano la misma resulte violatoria del principio de igualdad.

El principio de igualdad se encuentra consagrado en el artículo 33 de la Constitución Política, el cual señala que: *"todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana"*.

Este principio se encuentra también garantizado a nivel internacional por medio de diversos instrumentos, como la Declaración de Derechos Humanos, artículo 7; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, artículo 24; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 2; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 26.

Sobre este mismo punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, actuando en función consultiva, ha señalado que la diferenciación de trato sólo resulta contraria a los derechos humanos cuando está desprovista de una justificación razonable y objetiva. Así, en la Opinión Consultiva OC-04/84, la Corte Interamericana señaló:

*"55. La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derecho que si se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.*

56. Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable"... Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles..

**57. No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no puede afirmarse que existe discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana"**

Bajo esta misma línea de pensamiento, la jurisprudencia constitucional ha señalado lo siguiente:

"Así, nuevamente, para la mejor ponderación de los efectos de tal criterio mandatorio, ha de acudirse al criterio aristotélico, según el cual, el legislador debe tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual. La eficacia de esta fórmula, sin embargo, sólo será plenaria en el medida en que se entienda como exigencia del contenido de la legislación, es decir, siempre que se entienda como un mandato material y no formal. Es claro, sin embargo, que es poco probable lograr encontrar una igualdad fáctica absoluta entre los distintos destinatarios de una determinada normativa. De ahí que se hable, más bien, del deber del legislador de **no tratar en forma desigual, lo esencialmente igual. Así, caben dos posibles caminos para determinar la existencia de un trato discriminatorio: (i) acreditar un par de comparación –igualdad valorativa-, o bien, (ii) acudir al mecanismo de reducir la máxima general de igualdad, a una prohibición general de arbitrariedad, caso en el cual no aparecen ya los pares de comparación.**" (Sala Constitucional, resolución 2003-5374 de las catorce horas con treinta y seis minutos del veinte de junio del dos mil tres, el resaltado es del original)

Ahora bien, aplicando los conceptos anteriores al caso concreto, vemos que el parámetro de comparación resultaría el tiempo de beneficio otorgado a los demás trabajadores varones que obtienen una licencia de paternidad, siendo que como se señaló, lo que se otorga es una semana de licencia.

Bajo este parámetro, no existiría un criterio objetivo para otorgar a un grupo de trabajadores un permiso por un mes cuando el resto de trabajadores tiene derecho tan sólo a una semana, por lo que en nuestro criterio la norma cuestionada sí presenta roces de constitucionalidad en cuanto a la duración de la norma.

### 3. **Artículo 38: Licencia para cuidar a padre, madre, conyuge o compañero e hijo con enfermedad severa no terminal.**

La parte actora impugna el artículo 38 de la Convención Colectiva que otorga licencias para cuidar a padre, madre, conyuge o compañero e hijo con enfermedad severa no terminal. Se aduce que la norma utiliza conceptos indeterminados que afectan su aplicación como por ejemplo que no señala si se trata de hijos menores o mayores de edad, o si los conyuges deben estar conviviendo o no para obtener el beneficio. Se señala además, que la norma violenta el principio de igualdad, legalidad y no discriminación pues se crea el beneficio a partir de un interés personal y no institucional, destinando fondos públicos para ello. Adicionalmente, se señala que violenta el principio de legalidad porque no establece una norma clara para su otorgamiento, dejando a la discreción de quien lo otorga dicho beneficio.

Dispone la norma cuestionada, lo siguiente:

**"Artículo 38. Licencia para cuidados especiales de familiares.** Las personas trabajadoras del MEP tendrán derecho a licencia con goce de salario por el plazo máximo de un mes, para atender a su padre o madre, hijos o hijas, cónyuge, compañero o compañera, que requieran cuidados especiales por causa de accidentes o enfermedades graves no terminales, debidamente comprobado mediante certificación médica extendida por la Caja Costarricense de Seguro Social o el Instituto Nacional de Seguros (INS).

*Esta licencia no podrá ser otorgada simultáneamente a más de una persona si en la familia hubiese dos o más trabajadores con derecho a obtenerla.*

*En casos excepcionales se podrá conceder una prórroga por hasta un mes más, de conformidad con lo dispuesto en la resolución #001-05-2015JPRL-MEP-SEC-SITRACOME-2015 , emitida por la Junta Paritaria de Relaciones Laborales de fecha seis de agosto de dos mil quince."*

De acuerdo con la información que fue suministrada por la Junta Paritaria de Relaciones Laborales, la norma anterior debe complementarse con el oficio JPRL-02-09-2015 del 17 de setiembre del 2015, por la cual se efectuó una "interpretación auténtica" del artículo 38 de la Convención Colectiva, y que dispone:

*"A-) La licencia concedida para la atención de un familiar particular, entiéndase para tal efecto, padre, madre, hijo, hija, cónyuge, compañero o compañera, no podrá ser prorrogada de forma sucesiva en provecho del mismo familiar y de la misma enfermedad o accidente que justificó la licencia.*

B-) El derecho de solicitar licencia del artículo 38, debe ser entendida para cada uno de los familiares descritos en la norma, es decir el hecho de haber disfrutado de la licencia por un familiar en particular, no abarca a alguno de los otros familiares, por consiguiente el funcionario el Ministerio de Educación Pública, tendrá derecho a solicitar licencia del artículo 38 por cada uno de sus familiares, si en efecto cada uno de ellos sufre uno de los eventos descritos en la norma, y que no tengan relación alguna entre ellos, es decir que no corresponda a un mismo evento. **La interpretación dada por esta Junta Paritaria es que el funcionario público podrá disfrutar de licencia especial de cuidado con goce salarial solamente 1 vez al año, por un plazo máximo de 1 mes de cuidado, según la consideración médica.** Un mismo funcionario no podrá solicitar esta licencia de manera prorrogada cuando se trata de varios familiares afectados. En casos excepcionales y por razones humanitarias, corresponderá a la Junta Paritaria la aprobación de una prórroga de la licencia ya otorgada o que el beneficio se otorgue nuevamente para la atención de otro pariente en el mismo año. El artículo se leerá de la siguiente manera:

"Artículo 38. Se aprobará prórroga por razones humanitarias en casos excepcionales propuestos por el SEC, cuyos casos serán analizados en reuniones extraordinarias de Junta Paritaria. La licencia se autorizará por el plazo máximo de un mes y solamente una vez al año por cada funcionario.

C-) Se interpreta por parte de la Junta Paritaria, que la certificación médica que debe aportar el funcionario para solicitar la aplicación de la licencia descrita en el artículo 38, **es extensiva y aplicable a la certificación médica que para tal efecto extiende el Instituto Nacional de Seguros**, que si bien no está determinada expresamente, se tiene como legalmente válida para tales efectos la del Instituto Nacional de Seguros.

**Por tanto,**

## **ACUERDAN**

Artículo 1- Aprobar por unanimidad de votos la interpretación auténtica al artículo 38 de la Convención Colectiva.

Artículo 2.- Comunicar a la señora Ministra de Educación Pública, Sonia Marta Mora Escalante, el contenido de dicha interpretación, para que proceda a la comunicación y aplicación de la misma a las Autoridades del Ministerio de Educación Pública.

Artículo 3 °.-Rige a partir de su comunicación.

San José, a los 06 días del mes de agosto del 2015.

La posibilidad de otorgar licencias para atender necesidades de salud de los familiares se encuentra regulada en la ley de Beneficios para Responsables de Pacientes en Fase Terminal y Personas Menores de Edad Gravemente Enfermas, Ley 7756 que dispone, en lo que interesa, lo siguiente:

#### *Artículo 1- Licencia y subsidio*

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

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

#### **Artículo 2º- Responsable**

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

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

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

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

#### **Artículo 4- Plazo**

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

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

#### **Artículo 5.- Subsidio**

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

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

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

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

### **Artículo 13- Licencia extraordinaria**

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

*a) Que el familiar enfermo tenga una relación de dependencia con la persona asegurada activa que solicita su cuidado. En el caso de las personas menores de edad, puede tratarse de los progenitores que ejercen la patria potestad, el tutor, el curador, el representante legal o, en ausencia de estos, el familiar más cercano del enfermo.*

*b) Que esté de por medio una situación especial o excepcional de salud de un familiar enfermo, persona menor de edad o mayores hasta veinticinco años, dependientes de la persona asegurada activa.*

*c) Que exista una solicitud del enfermo o de la persona encargada, en caso de menores de edad.*

*d) Que el médico tratante, del sector público, sea especialista y que extienda un certificado médico, indicando la recomendación de la licencia, en el sentido de que la presencia de la persona asegurada activa es indispensable o esencial para el tratamiento requerido por el paciente enfermo, lo cual justifica dicho otorgamiento de forma tal que, atendiendo el interés superior de la persona menor, debe ser atendido por la persona asegurada activa.*

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



Tal y como se desprende de la lectura de la norma anterior, los supuestos regulados en la Convención Colectiva del Ministerio de Educación y la Ley 7786 son los mismos, pues en ambos casos se establece la posibilidad de otorgar licencias o subsidios a los trabajadores que tengan familiares gravemente enfermos, sean menores de edad o mayores de edad.

Nótese que incluso la norma convencional podría ser hasta más restrictiva en algunos supuestos que la norma legal. En efecto, la norma legal establece la posibilidad de otorgar un subsidio para atender hijos menores con enfermedades graves por un mes, situación que se puede prorrogar por varios periodos mientras el médico así lo establezca. Por su parte, esta misma licencia en la Convención Colectiva sólo podrá ser otorgada por un mes prorrogable en caso excepcionales en un mes más.

Por otra parte, en el caso de las licencias excepcionales por enfermedad reguladas en el artículo 13 de la ley, se establece la posibilidad de otorgarlas hasta por tres meses.

En atención a lo expuesto, no encuentra este Órgano Asesor que se presenten la inconstitucionalidad denunciada.

#### 4. **Artículo 39: Permiso para asistir a citas médicas.**

El accionante impugna el artículo 39 que es un permiso para asistir a citas médicas para el funcionario, sus hijos menores y mayores con discapacidad, sus padres adultos mayores y los conyugues y parejas sin discriminación de género. Según el accionante, el permiso esta concebido de forma muy general lo que da mucha discrecionalidad a quien lo concede para definir cómo otorgarlo, circunstancia que violenta el principio de legalidad. Este es un permiso para atender circunstancias personales que no tienen otros trabajadores del sector público o del sector privado, por lo que en su criterio, resulta inconstitucional por violentar el principio de igualdad y no discriminación.

Dispone el artículo cuestionado lo siguiente:

**"Artículo 39. Permiso para asistir a consulta o cita médica.** Toda persona trabajadora del MEP que deba asistir a consulta o cita médica en la CCSS, en el INS o médico particular (según circular N° DRH-2731-2015-DIR) sin que medie incapacidad, contará con permiso con goce de salario. Para tales efectos, la persona trabajadora está en la

. obligación de comunica previamente a la Jefatura inmediata y presentar el comprobante del tiempo utilizado para ello, emitido por la entidad correspondiente.

*Igualmente las personas trabajadoras contarán con permiso con goce de salario, cuando deban asistir a consulta o cita médica en la CCSS, INS o médico particular (según circular N° DRH-2731-2015-DIR) acompañando a sus hijos o hijas menores de edad, o mayores con alguna discapacidad, los padres adultos mayores, su cónyuge, compañera o compañero, sin que pueda darse ninguna discriminación en razón de su orientación sexual o identidad de género.”*

Por otra parte, la circular DHR-2731-2015-DIR –que se adjunta- complementa el otorgamiento de este beneficio.

Sobre la posibilidad de otorgar este beneficio en general, y en particular lo que establece la Convención Colectiva del Ministerio de Educación, este Órgano Asesor ha tenido una posición sostenida en torno a que las obligaciones internacionales suscritas por Costa Rica así lo permiten;

## *II.- Sobre lo consultado.*

*Como bien se alude en la consulta, mediante dictamen C-166-2006, de 26 de abril de 2006, atendiendo una consulta específica de la Directora del Archivo Nacional en relación con la procedencia o no de otorgar permisos retribuidos a los servidores y empleados del Archivo Nacional con el propósito de que acompañen a sus hijos menores de edad a consulta médica, **razonadamente concluimos que en aplicación del derecho fundamental innominado a la conciliación de la vida laboral o profesional y de la vida familiar, así como del principio del interés superior del niño, aun con la insuficiencia normativa imperante al efecto, la concesión de permisos laborales retribuidos, mediante actos singulares y concretos, para que los servidores y empleados públicos (hombres y mujeres) puedan acompañar a sus hijos menores de edad o discapacitados a consulta médica durante la jornada laboral, en los casos en que las circunstancias les impidan hacerlo al margen de ésta, es jurídicamente plausible, válida y legítima, no sólo porque la misma se desarrolla en un claro y legítimo ámbito de discrecionalidad administrativa, sino especialmente por estar adecuada a la evolución de la realidad social y jurídica imperante, y por ser conforme con el derecho de la Constitución y con el Derecho Internacional.** Y además, advertimos que ante la insuficiencia normativa vigente, la Administración, en su condición de patrono o empleador, debería establecer regulaciones y controles necesarios que juzgara convenientes para otorgar y fiscalizar la concesión de tales permisos parentales....*

*Sin embargo, en aplicación del principio ubi adem ratio, ídem jus (a igual razón, igual derecho), por analogía vinculante, **estimamos que en realidad nada obsta a que las conclusiones del dictamen C-166-2006, se hagan extensivas a otros miembros integrantes del grupo familiar (padres o a familiares adultos mayores dependientes bajo su cuidado), pues entre ambos supuestos existen suficientes elementos comunes como para considerar que los hechos enjuiciados son jurídicamente iguales y que, por tanto, merecen y ameritan consecuencias jurídicas iguales.***

Tal y como lo reconocimos en el citado dictamen C-166-2006: "Las responsabilidades familiares y domésticas se han atribuido tradicionalmente, de forma exclusiva, a las mujeres, con lo cual se plantea el conflicto entre esa función y aquella otra que éstas quieran realizar fuera del hogar". Por ello, se afirmó: "mayoritariamente la mujer es la que tiene que dar seguimiento a las citas médicas y problemas de salud de los hijos y de todos los envejecientes, incluyendo sus padres, sus suegros, y otros familiares. Para atender esta responsabilidad se ve precisada e incluso injustamente obligada a usar los días de vacaciones que deberían estar destinados a su descanso de la fatiga laboral. De lo contrario, otro tipo de ausencia significa reducción del salario, y por ende, de su ingreso familiar. La situación se agrava para la mujer jefa de familia quien no cuenta con un cónyuge con quien compartir ésta y otras responsabilidades". Es decir, fuimos claros en advertir la necesidad de promover y garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (hombres y mujeres), y propugnamos en realidad por permisos y licencias claramente relacionadas con la maternidad, paternidad y el cuidado de la familia, de modo que la atención y el desarrollo de la vida familiar no sea un obstáculo para el desarrollo laboral o profesional. Pero en razón del objeto específico de la consulta, circunscribimos el abordaje doctrinal a los dos primeros casos aludidos.

Véase que incluso, a través del dictamen C-258-2008 de 23 de julio de 2008, hicimos extensibles las consideraciones jurídicas contenidas en el dictamen C-166-2006, a supuestos similares, pero siempre incardinados entre los deberes parentales, relativos a la educación de los hijos (permisos con goce de salario para atender retiro de boletas de calificaciones de los hijos y para asistir a reuniones escolares). Situación que fue también, de algún modo sugerida en el dictamen C-164-2010 de 9 de agosto de 2010, ante la consulta puntual de poder otorgar o no permisos sin rebajo de salario cuando el funcionario debe acompañar a sus hijos menores de edad o a sus padres de edad avanzada a citas médicas, en hospitalizaciones o asumir las responsabilidades en el área de educación de los hijos.

Y en el pronunciamiento OJ-078-2011 de 7 de noviembre de 2011, al referirnos acerca del Convenio N° 156 sobre "la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares" y su Recomendación N° 165, adoptadas durante la 67ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza, celebrada el 3 de junio de 1981 –aun no ratificados [\[1\]](#)–, fuimos claros y contundentes en advertir que: **"el artículo 1 de este Convenio de la OIT define a los trabajadores con responsabilidades familiares, tanto a aquellos trabajadores (as) con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, como a los que tengan responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten de su cuidado o sostén, y en ambos casos cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Este sería el caso, por ejemplo, de personas que asumen el cuidado de familiares directos que se encuentran en la tercera edad o que padecen de alguna discapacidad o enfermedad terminal"**. Y por ello subrayamos que: "es sin duda importante la extensión que hace de la responsabilidad familiar, pues ésta no se limita sólo a los hijos, sino que comprende también, con bastante realismo, a otros familiares directos que puedan requerir cuidado o asistencia; lo que suele involucrar a un número significativo de personas en los países en desarrollo, en los que la escasez de instancias o establecimientos que den asistencia a personas en edad senil o inválidas o que requieran de algún tipo especial de atención, origina que sus familiares directos, sobre todo mujeres, deban asumir su cuidado".

Y no puede obviarse que también fuimos claros en advertir que conforme a lo dispuesto por el artículo 9 del citado Convenio 156 de la OIT establece que sus "sus disposiciones podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales"; determinándose entonces un marco amplio y flexible

para que los Estados miembros de la OIT comiencen a diseñar políticas sociales en las que se incluya el tema y la problemática asociada a la situación económica, social y laboral de los trabajadores (as) con responsabilidades familiares, con la finalidad de que esta materia se analice y se discuta sobre la base de las circunstancias o prácticas propias de esa realidad nacional y, en último término, se diseñen y se apliquen medidas específicas conforme a esa realidad, tendientes a concretizar efectivamente el derecho de estos trabajadores a participar en la vida económica y laboral con igualdad de oportunidades frente a los otros trabajadores o las demás personas que no tienen responsabilidades de carácter familiar.

Por lo que expresamente sugerimos que, ante una eventual ratificación del Convenio 156, deberían incluirse propuestas de modificación a la legislación nacional, en temas como: "b) Licencias o permisos con goce de salario en el caso de urgencias familiares, para acompañar familiares a cargo a citas médicas o bien para la atención de hijos o parientes enfermos (Véanse al respecto las resoluciones N°s 2005-11262 de las 15:00 hrs. del 24 de agosto de 2005, 2006-005594 de las 15:09 hrs. del 26 de abril de 2006, 2006-012246 de las 15:24 hrs. del 22 de agosto de 2006, 2007-010306 de las 14:10 hrs. del 20 de julio de 2007, 2008013422 de las 09:29 hrs. del 2 de setiembre de 2008 y 2011005015 de las 10:44 hrs. del 15 de abril de 2011, Sala Constitucional), así como la determinación de que el cumplimiento de responsabilidades familiares, debidamente acreditadas, constituye una justificación válida de ausentismo y llegadas tardías".

Esta aplicación analógica extensiva y vinculante aquí sugerida de las consideraciones jurídicas del dictamen C-166-2006, a supuestos similares que involucran ya no solo responsabilidades hacia los hijos a cargo, sino también a responsabilidades respecto de otros miembros de la familia directa, como sería el caso de padres o personas de la tercera edad o que padecen de alguna discapacidad o enfermedad terminal, **ha sido correctamente entendida y desarrollada en nuestro medio por varias Administraciones Públicas, entre ellas en el Ministerio de Educación Pública, que en el artículo 39 de su Convención Colectiva regula el permiso para asistir a consulta o cita médica, que por Circular DRH-2731-2015-DIR de 5 de mayo de 2015, de la Dirección de Recursos Humanos del MEP, se ha hecho extensivo para acompañar a sus hijos menores de edad o mayores con discapacidad, a los padres adultos mayores [2].** Y de igual manera, el Ministerio de Cultura, por medio del Reglamento Autónomo de Servicio del Museo Nacional de Costa Rica, Decreto Ejecutivo N° 35739 de 14 de diciembre de 2009, que en sus artículos 61, inciso N), y 71, inciso B), regulan permisos remunerados para asistir a las citas médicas propias de los servidores, así como a las de sus hijos menores de edad o discapacitados y las de los adultos mayores dependientes.

Alternativa que la propia Sala Constitucional ha sugerido recientemente en su resolución N° 20015-001783 de las 11:37 hrs. del 6 de febrero de 2015.

Efectivamente, interesa mencionar que recientemente la Sala Constitucional, en su resolución N° 20015-001783 de las 11:37 hrs. del 6 de febrero de 2015, se refirió a un amparo tramitado por una servidora pública del CONAVI, a quien se le estaba obligando a tomar vacaciones para acompañar a su madre –adulto mayor, con enfermedad psiquiátrica bipolar y bajo su cuidado- a controles médicos, pues no le otorgarían permisos remunerados para tal fin. **Y a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos y del artículo 51 constitucional, que otorgan especial protección tanto a la familia, como al anciano o al enfermo desvalido, concluyó que el Estado debe favorecer las iniciativas de conciliación**

**de la vida laboral y personal, como una estrategia dedicada a mejorar la capacidad de las familias para prestar el debido cuidado al adulto mayor que no se puede valer por sí mismo. Y si bien, frente a la omisión estatal en establecer tales políticas e iniciativas, reconoce como necesaria una reglamentación específica al respecto, lo cierto es que reconoce un amplio margen de discrecionalidad administrativa a fin de valorar los casos particulares, a fin de determinar si por su especialidad o excepcionalidad, califican o no para obtener algún tipo de permiso temporal especial para la atención de personas adultas mayores que no pueden cuidarse por sí mismas, siempre que existan estudios técnicos que así lo justifiquen.**

*Véase que esa ha sido la posición que el Tribunal Constitucional ha asumido en asuntos similares –permisos parentales para acompañar hijos a citas- en los que ha censurado la negativa administrativa en conceder este tipo de licencias o permisos parentales, alegando la inexistencia de normas habilitantes; ordenándose que, más allá de lo que las normas infraconstitucionales establezcan o permitan en estos casos, atendiendo al bloque de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, las Administraciones Públicas valoren de forma adecuada las solicitudes formuladas al por sus servidores (Véanse entre otras, las resoluciones N°s 2005-11262 de las 15:00 hrs. del 24 de agosto de 2005, 2006-012246 de las 15:24 hrs. del 22 de agosto de 2006, 2006-005594 de las 15:09 hrs. del 26 de abril de 2006, 2007-010306 de las 14:10 hrs. de 20 de julio de 2007, 2008-13422 de las 9:29 hrs. del 2 de septiembre de 2008, 2009-06003 de las 14:49 hrs. del 21 de abril de 2009, 2010-014770 de las 14:33 hrs. del 1 de setiembre de 2010, 2011-05015 de las 10:44 hrs. de 15 de abril de 2011, 2011-009467 de las 8:55 hrs. de 22 de julio de 2011, 2012001687 de las 09:05 hrs. del 10 de febrero de 2012, 2012011704 de las 09:05 hrs. del 24 de agosto de 2012, 2014012206 de las 14:45 hrs. del 23 de julio de 2014 y 2015002340 de las 09:05 hrs. del 20 de febrero de 2015, todas de la Sala Constitucional). De modo tal, que el Tribunal Constitucional ha favorecido el otorgamiento de este tipo de licencias con goce de salario.” (Dictamen C-063-2016 del 01 de abril del 2016, el resaltado no es del original)*

Tal y como se analizó en el dictamen de cita, en criterio de este Órgano Asesor no existe una inconstitucionalidad en el artículo impugnado, pues el mismo responde a los derechos fundamentales del trabajador para conciliar su vida familiar con la laboral y en atender necesidades fundamentales de los miembros de su familia, miembros que poseen una protección especial como es el caso de los menores, adultos mayores o discapacitados, por lo que no aprecia este Órgano ninguna inconstitucionalidad.

## **5. Licencias sindicales. Artículos 62, 63, 64 y 65 de la Convención Colectiva.**

El accionante impugna el artículo 62 de la Convención Colectiva que otorga licencias sindicales para dirigentes. Se indica que se violentan los principios de igualdad, legalidad, proporcionalidad y razonabilidad por cuanto se destinan recursos públicos para atender intereses gremiales que no deben ser admitidos por alterar el presupuesto público.

En igual sentido, se impugnan los artículos 63 párrafo primero, segundo y tercero y 64, que regulan licencia con goce de salario para asistir a las asambleas nacionales, sectoriales y el congreso por considerarlos una violación al principio de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad y equilibrio presupuestario y de eficiencia administrativa. La norma, se dice, no pone límite a la cantidad de permisos que pueden otorgarse ni a la duración y periodicidad de los permisos ni establece las medidas para determinar como se cubrirán sus labores.

En igual forma, se impugna el artículo 65 de la Convención referido a licencias para participar en programas de capacitación sindical dentro y fuera del país avalados u organizados por SEC, ANDE y SITRACOME, siempre que no perjudiquen la continuidad de las labores educativas. Se aduce que el artículo violenta la normativa constitucional pues la capacitación no se dirige a mejorar la idoneidad del funcionario además de que está dirigido a un grupo pequeño de funcionarios.

El artículo 60 de la Constitución Política reconoce el derecho de los trabajadores a organizarse a través del sindicato. Este derecho, de acuerdo con el desarrollo del derecho internacional, no se limita a la protección contra las acciones negativas del empleador, sino que implica una actitud proactiva en defensa de la actividad sindical. Sobre este particular, la Sala Constitucional ha señalado:

*"Respecto de la constitucionalidad de la norma citada, el artículo 60 de la Constitución Política reconoce expresamente el derecho de todos los trabajadores a sindicalizarse, como medio para obtener y conservar beneficios económicos, sociales o profesionales. Es así como claramente se puede afirmar que es un derecho fundamental la posibilidad de los trabajadores de hacerse representar por organizaciones sindicales para contrarrestar al menos parcialmente, su posición de inferioridad material frente al patrono. ... El anterior cuadro sirve para constatar que Costa Rica ha reconocido ampliamente el derecho a la sindicación, **así como la necesidad de dar a los representantes de los trabajadores las facilidades necesarias para llevar a cabo su labor en forma eficaz.**" (Sala Constitucional, resolución número 2006-17438 de las diecinueve horas treinta y seis minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis. En el mismo sentido, es posible ver las resoluciones 2007-05677 de las diecisiete horas seis minutos del veinticinco de abril de dos mil siete, 2006-17593 de las quince horas del seis de diciembre de dos mil seis, 2006-17441 de las diecinueve horas treinta y nueve minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis, 2006-06730 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de mayo de dos mil seis, 2006-17440 de las diecinueve horas treinta y ocho minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis. )*

Así, la acción sindical, *"es el conjunto de medios lícitos que posee el trabajador y que contribuyen a que dicho gremio pueda realizar la actividad a la que está llamado desde el propio texto constitucional. En otros términos, la acción sindical comprende aquel conjunto de herramientas e instrumentos legales que el trabajador sindicalista puede utilizar con el propósito de defender sus intereses y procurar el mayor beneficio posible para sí y el resto de compañeros. En este sentido, conviene observar que en el ámbito laboral, la acción sindical*

se encuentra reconocida, organizada y protegida de manera especial en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo(OIT)"  
(Sala Constitucional, resolución número 2012-14194 de las nueve horas cinco minutos del doce de octubre del dos mil doce. )

Al respecto, el Convenio N° 135 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre los representantes del trabajadores de 1971 dispone:

*"Artículo 2.*

*1. Los representantes de los trabajadores deberán disponer en la empresa de las facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones.*

*2. A este respecto deberán tenerse en cuenta las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa interesada.*

*3. La concesión de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la empresa interesada.*

*Artículo 3*

*A los efectos de este Convenio, la expresión representantes de los trabajadores comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate:*

*(a) de representantes sindicales, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o*

*(b) de representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos, y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos."*

Por su parte, la Recomendación N°143 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores, también de 1971 indica:

*"10. (1) Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían disfrutar, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo libre necesario para desempeñar las tareas de representación en la empresa.*

*(2) En ausencia de disposiciones adecuadas, podría exigirse al representante de los trabajadores la obtención de un permiso de su supervisor inmediato o de otro representante apropiado de la dirección nombrado a estos efectos antes de tomar tiempo libre durante las horas de trabajo, no debiendo ser negado dicho permiso sino por motivo justo.*

*(3) Podrían fijarse límites razonables al tiempo libre que se conceda a los representantes de los trabajadores en virtud de lo dispuesto en el subpárrafo 1) anterior.*

*11. (1) A fin de que los representantes de los trabajadores puedan desempeñar eficazmente sus funciones, deberían disfrutar del tiempo libre necesario para asistir a reuniones, cursos de formación, seminarios, congresos y conferencias sindicales.*

*(2) El tiempo libre previsto en el subpárrafo 1) anterior debería ser otorgado sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, quedando entendido que la cuestión de determinar a quién corresponderían las cargas resultantes debería determinarse por los métodos de aplicación a que se refiere el párrafo 1 de la presente Recomendación.*

*12. Los representantes de los trabajadores en la empresa deberían ser autorizados a entrar en todos los lugares de trabajo en la empresa, cuando ello fuera necesario, para permitirles desempeñar sus funciones de representación.*

*13. Los representantes de los trabajadores deberían tener la posibilidad de entrar en comunicación, sin dilación indebida, con la dirección de la empresa y con los representantes de ésta autorizados para tomar decisiones, en la medida necesaria para el desempeño eficaz de sus funciones. (...)*

*16. La empresa debería poner a disposición de los representantes de los trabajadores, en las condiciones y en la medida que podrían determinarse por los métodos de aplicación a que se refiere el párrafo 1 de la presente Recomendación, las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones.*

*17. (1) Los representantes sindicales que no trabajen en la empresa, pero cuyo sindicato tenga afiliados empleados en ella, deberían ser autorizados a entrar en la empresa."*

Se reconoce de esta manera, una serie de facilidades a los sindicatos, para poder desempeñar sus funciones, dentro de la que se encuentra la licencia sindical, entendida como "aquel permiso remunerado establecido por la ley -como es el caso del art. 33 inciso b) del Reglamento del Estatuto de Servicio Civil- o pactado en un convenio colectivo, concedido por el empleador a favor de los dirigentes sindicales para el desarrollo de la actividad sindical, con exoneración del deber de laborar (Dictamen C-071-2004 de 1 de marzo de 2004). Su otorgamiento dependerá de las condiciones especiales de cada centro de trabajo y deberán ser analizadas en cada caso particular por los representantes patronales que puedan concederlas. Y en ese sentido, la propia Sala Constitucional ha estimado que si bien se tiene derecho a un tiempo determinado para ejercer las tareas correspondientes a la representación sindical, lo cierto es que no se trata de un derecho absoluto e irrestricto, sino que está sujeto también a las posibilidades o condiciones de la empresa o institución para la que labora; lo que en el caso de las Administraciones públicas implica que no puede afectarse el servicio público que se presta (Resolución N° 2007-01145 op. cit.); lo cual conlleva también que no necesariamente que se le deba otorgar todo el tiempo que el Sindicato unilateralmente considere conveniente (Resolución N° 2006-002967 de las 15:30 horas del 7 de marzo de 2006). (Dictamen C-136-2010 del 08 de julio del 2010)



Cabe señalar desde ahora, que la jurisprudencia de la Sala Constitucional, y los propios instrumentos internacionales, han reconocido una potestad de principio en el empleador para determinar en cada caso particular, si la licencia sindical solicitada puede afectar el servicio público que se brinda o la buena marcha de la empresa. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado, refiriéndose a la Convención Colectiva del Banco Popular, que las licencias sindicales establecidas en la Convención Colectiva *"no impide a la Administración negar el permiso solicitado, en caso que su otorgamiento implique un detrimento en los servicios públicos que los petentes desempeñan dentro de la institución, por lo que no se está haciendo un uso abusivo de fondos públicos."* (Sala Constitucional, resolución número 2006-17438 de las diecinueve horas treinta y seis minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis. En el mismo sentido, es posible ver las resoluciones 2007-05677 de las diecisiete horas seis minutos del veinticinco de abril de dos mil siete, 2006-17593 de las quince horas del seis de diciembre de dos mil seis, 2006-17441 de las diecinueve horas treinta y nueve minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis, 2006-06730 de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del diecisiete de mayo de dos mil seis, 2006-17440 de las diecinueve horas treinta y ocho minutos del veintinueve de noviembre de dos mil seis.)

Bajo esta misma línea de pensamiento, la Sala Segunda ha advertido que las licencias sindicales deben ser utilizadas en forma correcta, otorgando a la Administración la potestad de verificar el uso que se da a dichas licencias, pues en casos en que se detecte un mal uso de las mismas, el trabajador se expondría a un posible despido, en razón de la importancia que tiene ese instrumento para el desarrollo de la acción sindical. Al respecto, ha señalado ese Tribunal de Casación, lo siguiente:

*"No es cierto que la sanción haya sido desproporcionada, pues se trató de una situación donde estuvieron de por medio fondos públicos y no puede tolerarse que el accionante, como secretario general de Upins, utilizara las licencias con goce de salario que se le facilitan a la organización para que sus miembros participen en actividades de interés sindical o institucional, en aspectos que no tienen relación alguna con esa materia. **Imponer una sanción menor sería cohonestar este tipo de faltas que ponen en juego los fondos públicos y vulneran la confianza en la organización sindical,** máxime cuando se trató de un hecho donde el actor conocía de antemano los fines en que se utilizaría la licencia y aun así lo permitió, evidenciando una conducta claramente dolosa. (Sala Segunda, resolución número 2012-000193 de las diez horas veinte minutos del dos de marzo de dos mil doce)*

A partir de los antecedentes expuestos, en criterio de este Órgano Asesor, no se configuran los vicios de constitucionalidad reclamados por el accionante.

En efecto, el artículo 62 de la Convención Colectiva otorga en total 12 licencias sindicales de tiempo completo para dirigentes sindicales, distribuidos así: 5 para el Ande, 5 para el SEC y 2 para SITRACOME. Este número, en criterio de este Órgano Asesor, no constituye un numero desproporcionado ni irracional, sobre todo considerando que el Ministerio de Educación es el que reúne a la mayor cantidad de trabajadores del Gobierno Central.

Por otra parte, los demás permisos solicitados, y que suman en total 20 personas, son permisos otorgados sin goce de salario, por lo que no se afecta la disposición de fondos públicos en este caso.

En el mismo sentido, los artículos 63 párrafo primero, segundo y tercero y 64 lo que regulan es la licencia con goce de salario para asistir a las asambleas nacionales, sectoriales y el congreso. En nuestro criterio, los permisos otorgados permiten a los diferentes dirigentes sindicales ejercer sus funciones de la mejor manera, permitiéndoles el ejercicio de su derecho sindical. Adicionalmente, la propia norma establece la obligación de diseñar los planes estratégicos para evitar que el proceso educativo se interrumpa, al señalar:

*"Para garantizar la continuidad del proceso de enseñanza y aprendizaje, los afiliados que integran y participan de las reuniones ordinarias de estos órganos, deberán informar a la jefatura inmediata y presentar el plan de trabajo alternativo para la atención de los estudiantes durante su ausencia."*

Por último, en lo que respecta la artículo 65 de la Convención referido a licencias para participar en programas de capacitación sindical, es claro que el propio artículo condiciona el permiso a que el servicio público no se afecte.

En este sentido, cabe recordar que la Administración siempre puede denegar el permiso en forma razonada, posibilidad que no puede significar una negativa absoluta para ejercer el derecho sindical como ya lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical al atender una queja presentada contra Costa Rica:

*"El Comité desea subrayar que la UMN es una organización de ámbito nacional y que según los alegatos es la única médico que hay en la junta directiva de la UMN (que cuenta con 11 miembros para todo el país) y que sus funciones como secretaria de organización y asuntos gremiales son muy amplias, como se detalla en la queja. El Comité observa por otra parte que el Convenio núm. 135 pone en relación — como señala el Gobierno — la concesión de facilidades a los representantes de los trabajadores con el no entorpecimiento del funcionamiento eficaz de la empresa. El Comité estima sin embargo que el buen desempeño profesional de una trabajadora que es dirigente sindical no debería utilizarse como argumento para recortar abruptamente las facilidades de que venía disfrutando desde hace muchos años. En cuanto al aumento en el número de accidentes que invoca el Gobierno, el Comité estima que quizá pudiera estudiarse una reorganización de tareas entre los trabajadores de la unidad concernida.*

**765.** *En estas condiciones, el Comité pide al Gobierno que tome nuevas iniciativas para acercar a las partes con miras a examinar nuevamente el alcance de las horas de licencia sindical de la Dra. Román, teniendo en cuenta a la vez las necesidades del sindicato y de la empresa sostenible. (Comité de Libertad Sindical, 351 Informe, noviembre de 2008)*

En sentido similar, la Sala Constitucional, al analizar la situación expuesta por un trabajador, señaló:

*"En relación con lo anterior, el Comité de Libertad Sindical ha considerado lo siguiente:*

*<sup>3</sup> («) 1110. Al examinar un alegato relativo a la negativa de conceder tiempo libre para participar en reuniones sindicales, el Comité recordó que si bien hay que tener en cuenta las características del sistema de relaciones de trabajo de un país y si la concesión de esas facilidades no debe trabar el funcionamiento eficaz de la empresa, el párrafo 10, apartado 1), de la Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, 1971 (núm. 143), prevé que en la empresa esos representantes deberían disfrutar, sin pérdida de salario ni de prestaciones u otras ventajas sociales, del tiempo necesario para desempeñar las tareas de representación. El apartado 2) del mismo párrafo añade que, si bien podría exigirse al representante de los trabajadores la obtención de un permiso de sus superiores antes de tomar tiempo libre, **dicho permiso no debería ser negado sin justo motivo.** («) (Véanse Recopilación de 1996, párrafo 952; 311.er informe, caso núm. 1934, párrafo 130, caso núm. 1944, párrafo 542; 318.º informe, caso núm. 2009, párrafo 296; 325.º informe, caso núm. 2068, párrafo 312; 330.º informe, caso núm. 2192, párrafo 1075 y 336.º informe, caso núm. 2046, párrafo 322.) De lo expuesto se desprende, precisamente, que un elemento integrante de la libertad sindical es que los representantes gremiales cuenten con las garantías y los medios necesarios para el cumplimiento de su gestión. ...*

*Con idénticas consideraciones en la sentencia No. 2005-16581 de las 21:12 hrs. de 29 de noviembre de 2005, la Sala concluyó lo siguiente:*

*<sup>3</sup> («) Para el caso concreto debe entenderse que se obstaculiza la labor sindical, garantizada en el artículo 60 de la Constitución Política. En efecto, si los recurridos consideraron que con el permiso otorgado podía eventualmente interferir en la correcta prestación del servicio de salud en el Área Rectora de la Unión de Cartago, lugar donde labora la amparada, **debieron tomar las medidas necesarias para realizar la sustitución o bien alternar personal, pero no negarle el permiso para que realizara aquellas tareas en representación de los trabajadores.** Nótese que se trata de un día a la semana, razón de más, para considerar infractora de aquellos derechos, la actuación reclamada.*

*Finalmente, en la sentencia No. 2006-002967 de las 15:30 hrs. de 7 de marzo de 2006, este Tribunal matizó su posición indicando que a la luz de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo <sup>3</sup>resulta claro que si bien el funcionario tiene el derecho a un tiempo determinado para ejercer las tareas correspondientes a su representación, no se trata de un derecho absoluto e irrestricto, sino que está sujeto también a las posibilidades de la empresa o institución para la que labora'. (Sala Constitucional, resolución número 2012-14194 de las nueve horas cinco minutos del doce de octubre del dos mil doce)*

En sentido similar, en el dictamen C-136-2010 del 08 de julio del 2010, este Órgano Asesor indicó:

*Interesa señalar que con base en lo dispuesto por los Convenios y Recomendaciones internacionales de la OIT, se ha considerado también que las Administraciones Públicas **no pueden limitarse a negar el permiso para que se realicen tareas en representación de los trabajadores, cuando presuman una eventual afectación del servicio público.** Según lo ha determinado la Sala Constitucional, deben tomarse las previsiones necesarias para que los representantes sindicales, por medio de las licencias sindicales, puedan ejercer efectivamente las actividades relacionadas sin obstaculización alguna. **Así que en caso de considerar que con dichos permisos se podría eventualmente interferir en la correcta prestación del servicio público o afectar el funcionamiento institucional, deben tomarse las previsiones o medidas necesarias para realizar la sustitución o bien alternar el personal, para que el servicio público que brinda el servidor al que se concede la licencia, no se vea afectado ni obstaculizado por su ausencia.** (Entre otras, las resoluciones N<sup>os</sup> 2002-01978 de las 12:03 horas del 22 de febrero de 2002, 2005-16581 de las 21:12 horas del 29 de noviembre de 2005, 2006-17440 de las 19:38 horas del 29 de noviembre de 2006, 2006-17439 de las 19:37 horas del 29 de noviembre de 2006, 2006-17438 de las 19:36 horas del 29 de noviembre de 2006, 2006-06730 de las 14:45 horas del 17 de mayo de 2006).*

Por lo expuesto, no encuentra este Órgano Asesor que las normas cuestionadas presenten los vicios de constitucionalidad reclamados.

#### **Conclusión:**

A partir de lo anterior, este Órgano Asesor recomienda a la Sala Constitucional declarar inadmisibile la acción de inconstitucionalidad.

Por el fondo, esta Procuraduría recomienda declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad, con excepción de lo señalado en relación con el artículo 37 de la Convención Colectiva.

Se aporta certificación de la Convención Colectiva remitida por el Ministerio de Trabajo, así como documentación mencionada en los artículos cuestionados, que fuera remitida por el Ministerio de Educación, a saber la circular DHR-2731-2015-DIR y la resolución JPRL-02-09-2015 del 17 de setiembre del 2015.

NOTIFICACIONES: Las atenderé en la oficina instaurada al efecto, sita en primer piso del edificio que ocupa la Procuraduría General de la República en esta ciudad.

San José, 13 de junio del 2018.

**MAGDA INÉS ROJAS CHAVES**

**PROCURADORA GENERAL ADJUNTA**

MIRCH/GRF/

ADPB-ESC-29332-2018

exp: 18-8512-7-CO

---