

DAJ-AE-100-12
16 de mayo del 2012

Señora
Lupita González
Directora Capital Humano
Cefa Central Farmacéutica
Presente

Estimada señora:

Me refiero a su consulta recibida en fecha 22 de junio del año en curso, en la cual solicitan nuestro criterio, sobre la obligación de los regentes farmacéuticos de laborar en un día feriado, pagándoles el salario de acuerdo a la remuneración pagada contractualmente, y no con base en el valor de la hora regente, que es más onerosa.

En primer lugar, debo brindarles las más sinceras disculpas del caso, por el atraso desmedido en la contestación de su inquietud, que se debe fundamentalmente al volumen de trabajo que tiene esta Dirección Jurídica. Sin más, paso a abordar sus inquietudes puntuales.

1.- Naturaleza de los feriados y sus excepciones

En cuanto a los feriados, la regla y principio general es que se trata de días inhábiles para el trabajo, característica que se complementa con la prohibición a los patronos para ocupar a los trabajadores durante esos días. Así lo detallan expresamente los artículos 147 y 149 del Código de Trabajo:

“Artículo 147.- Son hábiles para el trabajo, todos los días del año, excepto los feriados y los días de descanso semanal existentes por disposición legal o convenio entre las partes.”

“Artículo 149. Queda absolutamente prohibido a los patronos ocupar a sus trabajadores durante los días feriados; y el que lo hiciere sufrirá la multa de ley y deberá indemnizarlos en la forma que determina el párrafo segundo del artículo 152.”

Con base en lo anterior, a lo cual debe agregarse lo establecido en el numeral 148 del mismo Código, el reconocimiento de los días feriados tiene dos aspectos importantes: por un lado, está el **disfrute del tiempo**, sea que por principio legal todos los trabajadores tienen derecho a no trabajar durante los feriados que se estipulan en el artículo 148 supra citado, salvo que se trate de las empresas o actividades que señalan los artículos 150 y 151 del Código

de Trabajo; y el otro, es el **pago del salario** correspondiente, elemento este último que no está en discusión en su consulta¹.

Al respecto, la Sala Segunda ha señalado lo siguiente de importancia:

*“... de acuerdo con la ley, los días feriados son considerados inhábiles para el trabajo, es decir, que **el trabajador no está obligado a prestar sus servicios en las específicas fechas que señala la ley.** En aquellos casos en que se incumpla esa disposición, y sin perjuicio de las sanciones legales que le puedan corresponder, el patrono debe reconocer al trabajador, el doble del salario (artículo 149 del Código de Trabajo).”*² (El resaltado no corresponde al original).

No obstante, como toda regla, se cuenta con excepciones muy puntuales a la misma, que en nuestro ordenamiento laboral, se encuentran contempladas en los artículos 150 y 151 del Código de Trabajo:

“Artículo 150.- La regla que precede tiene las siguientes excepciones:

- a) En cuanto a apertura y cierre de los establecimientos donde se expendan bebidas alcohólicas al público, regirán las disposiciones de la ley respectiva;*
- b) Los hoteles, boticas, cantinas, cafeterías, refresquerías, panaderías, restaurantes, hosterías, fondas, teatros, cines, espectáculos públicos en general, cigarrerías, ventas de gasolina y expendios de verduras, frutas y leches, así como las instituciones de beneficencia, podrán permanecer abiertos durante todos los días y horas que lo permitan las leyes vigentes o reglamentos especiales. Estos últimos se dictarán oyendo previamente a patronos y trabajadores.*
- c) Las barberías y peluquerías situadas en la capital, cerrarán solamente los domingos, los Jueves y Viernes Santos. El Poder Ejecutivo podrá extender la aplicación de esta disposición a otras zonas del país y otros días feriados, oyendo de previo a patronos y trabajadores;*

¹ Para determinar el pago procedente en el caso de los días feriados, debe tomarse en consideración la modalidad de pago del salario que se aplica en el centro de trabajo. Si se aplica el pago quincenal o mensual o semanal comercio, el pago de los feriados ya está incluido en el salario, sean o no de pago obligatorio, es decir, a TODOS los feriados se les da tratamiento de feriados de pago obligatorio. El trabajador, entonces, recibe el salario ordinario de la quincena sin ningún pago adicional. Sin embargo, en caso de que algún trabajador laborara en un día feriado, se le deberá reconocer un adicional sencillo para completar junto con el salario ordinario el pago doble que establece la ley. Si la modalidad fuere semanal, salvo comercio, se cancelan los días efectivamente laborados, con lo cual los feriados, salvo el caso del 02 de agosto y 12 de octubre, se pagan sencillos si no se laboran y se agrega un adicional para completar el pago doble si se trabaja. En el caso de los dos feriados antes señalados, procede el pago sencillo si se trabajan y no procede el pago si no se laboran.

² SALA SEGUNDA de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 00101-2002, de las 14:35 horas, del 13 de marzo de 2002.

d) Todo establecimiento de comercio podrá permanecer abierto hasta las doce horas los domingos y días feriados, excepto los Jueves y Viernes Santos, días en que el cierre será total.

En el Cantón Central de San José, solamente podrán permanecer abiertos los domingos y días feriados los negocios a que se refiere el inciso b) de este mismo artículo; las pulperías y expendios de licores cerrarán conforme se dispone en el párrafo primero de este inciso. Los trabajadores en establecimientos de comercio en todo el país no estarán obligados a trabajar los domingos y días feriados; si lo hicieren, puestos de acuerdo con sus patronos, éstos deberán remunerar su trabajo en la forma determinada en el párrafo final del artículo 152 de este Código.”

“Artículo 151.- También se exceptúan de lo ordenado en el artículo 149 las personas que se ocupan exclusivamente:

- a) En labores destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable;*
- b) En labores que exigen continuidad por la índole de las necesidades que satisfacen, por motivos de carácter técnico, o por razones fundadas en la conveniencia de evitar notables perjuicios al interés público, a la agricultura, a la ganadería, o a la industria;*
- c) En las obras que por su naturaleza no pueden ejecutarse sino en estaciones determinadas y que dependen de la acción irregular de las fuerzas naturales, y*
- d) En los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de una empresa.*
- e) En las labores no comprendidas en el presente y el anterior artículo, siempre que el trabajador consienta voluntariamente en trabajar durante los siguientes días feriados: el 19 de marzo, el 11 de abril, el día de Corpus Christi, el 29 de junio, el 2 y el 15 de agosto, el 12 de octubre y el 8 de diciembre.”*

La Sala Segunda ha emitido criterios que constituyen jurisprudencia respecto a la vigencia de las excepciones autorizadas por la legislación para laborar en días feriados. En tal sentido, el voto número 653, de las 16:00 horas, del 30 de junio de 2000 señaló lo siguiente respecto de un cocinero que labora en un centro penitenciario:

“(…)debe interpretarse que, debido a la función que realiza el accionante, como cocinero en el centro penitenciario citado, está sujeto a una jornada de trabajo muy especial por la índole de su actividad y, en aras del interés público, que le obliga a laborar inclusive durante los días feriados de ley. Es por ello que, en este caso específico, no es de aplicación la prohibición de requerir, los servicios del actor durante los días feriados. Ahora bien, esto no implica que, al accionante, no se le deba indemnizar, cuando por razón de su jornada de trabajo, deba laborar durante esas fechas, ya que, de lo contrario, se estarían violentando las normas que establecen que las

labores prestadas, durante esos días, serán canceladas con el doble del pago del salario ordinario, que se devengue. De seguir la tesis del representante del Estado, no habría diferencia en laborar un día hábil y uno feriado de ley, cuando, en realidad, la intención del legislador fue la de permitir que, debido a situaciones especiales - como las de este caso, fundamentadas en razones de interés público-, el trabajador preste sus servicios durante esos días, sin obviar la indemnización por esta circunstancia.” (El subrayado no corresponde al original).

En el voto número 798, de las 10:20 horas, del 30 de agosto de 2000, la Sala Segunda consideró como ausencia injustificada la no presentación de un trabajador para laborar un día feriado -15 de setiembre- configurándose con ello la causal de despido con causa justa:

“Dicha obligación impuesta por el empleador a sus trabajadores tiene asidero legal, pues si bien es cierto el artículo 149 contempla la prohibición para el patrono de ocupar a sus trabajadores durante los días feriados, incluso previendo una multa a cargo de éste en caso de que lo haga, además de la respectiva indemnización que deberá cancelarle al trabajador; los numerales 150 y 151 establecen excepciones a dicha regla. Así, el inciso b), del artículo 150 dispone, entre otros, que los expendios de leche podrán ocupar a sus trabajadores en días feriados. Por otra parte, el inciso b), del numeral 151, exceptiona a las personas que se dedican a labores que exigen continuidad por la índole de necesidades que satisfacen. En el caso de que se conoce, la obligación impuesta por el patrono al actor, de laborar, incluso en días feriados, está plenamente justificada, dada la naturaleza de las funciones por él desempeñadas, a saber el reparto de productos C., que como se sabe, incluye productos lácteos perecederos, los cuales, constituyen parte esencial de la dieta de los habitantes del país y, que por ende, no puede suspenderse, dadas las consecuencias que esa situación generaría.

IV.- Como corolario de lo analizado habiéndose acreditado que el actor se ausentó de sus labores los días 13, 15 y 16 de setiembre de 1997, estando obligado a prestar el servicio, incluso el día 15 que es feriado de pago obligatorio, se debe concluir que incurrió en la causal de despido prevista en el inciso g), del numeral 81 del Código de la materia...” (El subrayado no corresponde al original).

Finalmente, en el voto número 1011, de las 10:50 horas, del 21 de diciembre de 2000, nuevamente se hace referencia al interés público para justificar la obligación de laborar un día feriado para un trabajador:

“El artículo 148 del Código de Trabajo establece las fechas que deben considerarse como feriados de pago obligatorio, prohibiéndose, en el numeral siguiente, que el patrono ocupe a sus trabajadores durante esos

días, so pena de que se le imponga la multa de ley y de tener que pagarle al empleado el doble de su salario. Sin embargo, en los artículos 150 y 151 se establecen ciertas excepciones a esa regla, cobrando interés, para el caso que nos ocupa, el inciso b) del artículo 151, que exceptúa “las labores que exigen continuidad por la índole de las necesidades que satisfacen, por motivos de carácter técnico, o por razones fundadas en la conveniencia de evitar notables perjuicios al interés público, a la agricultura, a la ganadería o a la industria”. La actividad a la cual se dedica la demandada (transporte público) es de indudable interés público, por lo que está legalmente facultada para ocupar a sus empleados durante los feriados, pero, eso sí, debe cancelarles por ese día el doble de lo que normalmente devenguen...” (El subrayado no corresponde al original).

Como ha podido observarse, la prohibición para no laborar durante un día feriado no es absoluta, tanto en relaciones de empleo privado como público, por lo que se admiten excepciones si la situación particular se enmarca dentro de los supuestos señalados en la legislación laboral. Siendo así, lo que debe determinarse es si la actividad farmacéutica se enmarca de los supuestos de excepción de los artículos 150 y 151. En el primer artículo, básicamente dirigido a actividades comerciales; y en el segundo, tomando en consideración situaciones de el tipo de actividad, en la buena marcha de la empresa, o cuando exista el consentimiento voluntario del trabajador en los casos no enumerados

2.- Sobre la remuneración por laborar un día feriado

El artículo 149, en concordancia con el numeral 152 del Código de Trabajo establece que el pago (indemnización) por laborar un día feriado es el doble del salario ordinario que recibe el trabajador. Como el pago de un feriado tiene estrecha relación con la modalidad de pago, necesariamente, debemos brindar el tratamiento ligándolo con el pago mensual como es su caso. En la modalidad de pago mensual, donde se remuneran los treinta días del mes se laboren o no, el pago doble significa que debe adicionar un sencillo, para cumplir con el pago doble decretado por la ley.

Evidentemente, el pago doble del feriado implica la utilización del salario contractualmente pactado por las partes y no otro, para realizar el cálculo.

3.- Respuesta a las consultas concretas

De conformidad con lo expuesto, procedemos a referirnos a las consultas puntuales, relacionadas con la obligación del regente de laborar durante un día feriado, sin negarse a cumplir con dicha obligación y si la forma correcta de pagar el salario durante ese día en caso de laborarlo.

Con relación a la primera cuestión, la obligación de un trabajador para laborar un día feriado no nace de la sola voluntad patronal, sino de si la actividad de la empresa se enmarca dentro de los supuestos y características enumeradas en los artículos 150 y 151 del Código de Trabajo. Siendo así, debe descartarse, tajantemente, que un trabajador deba trabajar en un feriado por órdenes patronales únicamente. Teniendo claridad de lo anterior, debemos definir la naturaleza de la actividad farmacéutica, que es relativa a la venta de productos, y las características propias de ésta.

Por medio del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos Privados, Decreto Ejecutivo N° 16765, del 13 de diciembre de 1985, se regula todo lo referente al funcionamiento de los distintos establecimientos (farmacia, droguería, laboratorio farmacéutico o fábrica farmacéutica y botiquín -artículo 2), la autorización de funcionamiento de dichos centros privados y todo lo relativo a la labor de regencia y de los farmacéuticos. Vale la pena señalar que para la disposición reglamentaria un regente es el *“profesional, miembro activo del Colegio de Farmacéuticos, que de conformidad con la ley y reglamentos respectivos, asume la dirección técnica, científica y la responsabilidad profesional de un establecimiento farmacéutico”* (artículo 1). Mientras que el farmacéutico es el *“profesional en Farmacia debidamente incorporado y miembro activo del Colegio de Farmacéuticos de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica de dicho Colegio y sus Reglamentos”* (artículo 1).

En cuanto a los regentes y los farmacéuticos, los artículos 20 a 32 del Reglamento tienen disposiciones relativas al trabajo de estos dentro del establecimiento, a la publicidad del regente de turno (nombre del regente y horario), a la obligación de comunicar al Colegio de Farmacéuticos (en adelante el Colegio) el nombramiento del regente así como de su sustituto, a que ninguna receta se despachará ni se expenderán medicamentos sin la presencia del regente, debe mediar la autorización del Colegio, a la cantidad de horas en que el regente deberá permanecer en el establecimiento según lo disponga la Junta Directiva del Colegio, a la obligación del regente de comunicar al Colegio de sus ausencias por vacaciones o cualquier otro motivo, a la posibilidad por la vía de la excepción de delegar las funciones de regencia en otro sustituto, a la obligación del farmacéutico de comunicar la renuncia del regente y de la persona que lo va a sustituir, y a la incompatibilidad horaria del regente con otros empleos públicos o privados.

De conformidad con la normativa aludida, es innegable que el Estado considera a la labor de regencia y de farmacia de tal trascendencia que ha dictado determinadas disposiciones para regularlas, de manera que no podemos negar su interés público. Y es que no puede ser de otra forma, dadas las consecuencias positivas -o perniciosas en caso de no cumplirse- para la población, que esta actividad se desarrolle con apego a ciertas reglas que revelen la profesionalidad y diligencia en la prestación de estas funciones. Siendo así, no dudamos que la actividad farmacéutica se enmarca dentro de las excepciones del artículo 151 incisos b) y d) para laborar los días feriados.

Sobre la forma de pago del feriado, indicamos antes que los artículos 149 y 152 del Código de Trabajo definen el pago doble por laborar un día feriado. Sin embargo, en su

nota señala que *“en algún momento una jefatura acordó pagar a algún regente los días feriados que caen en su turno normal como ‘hora regente’, en vez de doble”*. La explicación que nos hace en su atenta nota, en cuanto a la contratación de regentes externos, supone una práctica implantada de forma obligada, por el requisito de que todo centro farmacéutico cuente con un profesional mientras esté abierto. Esta contratación de un profesional externo no sujeto a relación laboral (en apariencia) con la empresa se realiza con una remuneración superior (hora regente), dado lo extraordinario y el corto plazo con que se le avisa.

Uniendo ambos elementos (la contratación de regentes externos y su mayor remuneración por hora con relación a los regentes de planta, y el supuesto acuerdo entre una jefatura y un regente de planta para remunerar los feriados como hora regente externo) nos debe permitir llegar a emitir nuestro criterio. Necesariamente, debemos diferenciar la situación de los regentes de planta y los regentes externos, así como distinguir entre una situación consolidada o un derecho adquirido derivado de la incorporación a las relaciones individuales de una costumbre y una situación aislada o poco extendida a nivel de toda empresa.

En cuanto a la distinción entre el tratamiento a regentes de planta y externos, parece lógica y justificable, pero sobre todo obligatoria desde el punto de vista reglamentario como ya se vio, que un profesional supla al regente nombrado en una farmacia en forma extraordinaria. La remuneración mayor al regente externo aparenta ser un tratamiento originado en la conveniencia y oportunidad de ambas partes, pues por un lado, el establecimiento farmacéutico así lo requiere, y por otro, el profesional valoriza su trabajo en la forma que se cree correcta. Esta Asesoría ignora si esta práctica remunerativa surge de alguna disposición especial del Colegio respectivo o si se origina de una norma consuetudinaria del gremio. De entrada parecería justificable que al regente externo avisado con poco tiempo y que se requiera su presencia por ser un requerimiento para que la farmacia permanezca abierta. Más pudiera discutirse o dudarse de la naturaleza no laboral de la relación que une al regente externo, pues si frecuentemente se hace esta contratación especial con la misma persona, sujeta a las mismas condiciones que los farmacéuticos de planta, aunque sea de forma esporádica, y el servicio de la farmacia es permanente y su actividad principal, indudablemente existe nexo laboral. No obstante, dejamos de lado esta duda que nos salta, por no ser objeto de su consulta.

Pero el punto importante para esta Asesoría, está representado por el hecho de que una determinada jefatura y un determinado regente, hayan acordado que para el pago de un día feriado se utilizaría el valor de la hora regente y no el salario pactado contractualmente. A lo cual, debemos añadir el pago especial que se hizo en Semana Santa, basado en la hora regente, según usted misma nos indica en su nota. Entonces, pareciera que inicialmente se dio un hecho aislado en una farmacia, misma que fue aplicada luego en la empresa (ignoramos si en toda) durante los feriados de la Semana Santa. Esto hace que debemos hacer una breve disertación sobre los efectos y consecuencias de la costumbre como fuente de derecho en materia laboral.

La costumbre está reconocida como fuente de derecho laboral (artículos 15 y 19 del Código de Trabajo), por lo que suple e integra el ordenamiento laboral en la resolución de casos no previstos en la codificación laboral, reglamentos y leyes conexas y además, por su existencia, se generan consecuencias a las que están obligadas las partes del contrato laboral. Para que una práctica se considere costumbre debe ser reiterada en el tiempo y ser aceptadas por las partes. Además, la costumbre debe demostrarse y debe ser lícita.

En aplicación de lo anterior a su caso concreto, solo demostrando que el pago doble con base en el valor de la hora regente durante los días feriados, es una costumbre desde el punto laboral, y siempre que sea un monto superior al que devengan ordinariamente, podría tenerse a la empresa como sujeto obligado a seguir aplicándola.

Con base en lo manifestado por los suscritos y de lo expuesto en su nota, no tendrían fundamento los alegatos de los señores regentes de planta, para exigir un pago superior durante los días feriados basado en la hora regente, si esa no es una práctica reiterada en la empresa, entiéndase costumbre, que vincule a esta a seguirla aplicando permanentemente. De esta manera, el rubro salarial para calcular el valor de la hora doble es el pactado contractualmente entre la central farmacéutica y los regentes de planta.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora
Asesor

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Subdirectora

Kcm/lsr
Ampo 10C