

DAJ-AE-15-10
5 de febrero de 2010

M. Sc.
Marco Durante Calvo
Socio Director
BDS Asesores

Estimado señor:

Se recibió nota el 11 de enero de 2010, mediante la cual solicita el criterio jurídico de esta Dirección sobre lo siguiente: por una parte consulta si es posible contar con una jornada fraccionada mixta de 8 horas diarias, que en la práctica abarcarían 9 horas, pues considera que la hora de descanso no es tiempo efectivo de trabajo.. En segundo lugar consulta la forma en que se deben pagar las horas extraordinarias que se laboran en una jornada denominada 4 x 3, de lunes a jueves de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., tomando en cuenta que el Código de Trabajo permite laborar hasta 10 horas diarias, siempre que no se exceda el límite de las 48 horas semanales.

Siendo que ambas consultas guardan estrecha relación con el tema de las jornadas se procederá a desarrollar este tópico de manera general para luego responder de manera puntual las preguntas efectuadas.

1. De la jornada ordinaria de trabajo.

La jornada de trabajo, ha sido definida por la doctrina como el “*número de horas que durante la semana deben completarse legalmente en las actividades laborales*”¹, asimismo “*es aquella a la que está sujeto el trabajador de manera permanente y obligatoria. A la misma se le imponen límites máximos que no pueden aumentarse, a excepción de los casos en que la Ley lo permita*”.²

La legislación nacional ha reconocido tres tipos de jornadas de trabajo ordinarias, cuales son: la diurna, la nocturna y la mixta; regulando para cada una de ellas un máximo de horas a laborar, a saber:

1. La **jornada diurna** se desarrolla entre las cinco de la mañana y las siete de la noche, pudiendo laborar desde ocho hasta diez horas máximo, siempre que la actividad que se lleva a cabo no sea insalubre o peligrosa. Esta jornada no podrá exceder de las cuarenta y ocho horas semanales.

¹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, ediciones ARAYU, Buenos Aires, Argentina, pág. 442.

² VARGAS CHAVARRÍA, Eugenio. La Jornada de Trabajo y el Descanso Semanal, pág. 13.

2. La **jornada nocturna** está comprendida entre las diecinueve y las cinco horas, permitiéndose laborar dentro de dicho período, solamente seis horas. Con un límite máximo de treinta y seis horas semanales.
3. La **jornada mixta**, la cual constituye un híbrido entre las jornadas diurna y nocturna, de tal manera que será jornada mixta cuando se trabaje antes y después de las diecinueve horas o, antes y después de las cinco horas; pero en ambos casos la jornada ordinaria no puede exceder de tres horas y media después de las diecinueve, ni antes de las cinco horas, pues se convierte en nocturna. Esta jornada tiene un límite semanal de siete horas semanales, el cual se puede extender a ocho horas diarias cuando se trate de labores no peligrosas ni insalubres, siempre y cuando se respete el límite máximo de cuarenta y ocho horas semanales.

Por otra parte, respecto del tiempo de descanso para la toma de alimentos, éste variará dependiendo del tipo de jornada que se labore, sea ésta continua o fraccionada.

La **jornada continua**, se caracteriza por no sufrir interrupciones durante el tiempo dispuesto para la ejecución de labores, de modo que los descansos que se otorgan durante ese lapso **deben considerarse también tiempo efectivo de trabajo**.

En cuanto al descanso que se le debe conceder al trabajador para alimentación dentro de la jornada continua de trabajo, el Código de Trabajo establece en su artículo 137 lo siguiente:

"Artículo 137.- Tiempo de Trabajo efectivo es aquel en que el trabajador permanezca a las órdenes del patrono o no pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de descanso y comidas.

En todo caso se considerará como tiempo de trabajo efectivo el descanso mínimo obligatorio que deberá darse a los trabajadores durante media hora en la jornada, siempre que ésta sea continua." (el resaltado no es del original)

Del texto transcrito se puede determinar, que en la jornada continua de trabajo, el patrono está obligado a conceder un descanso mínimo de media hora al trabajador, **considerándose ese tiempo de descanso como tiempo efectivo de trabajo**. Esto quiere decir, que el trabajador durante este tiempo continúa bajo las órdenes del patrono.

No obstante, es necesario hacer la aclaración, que el hecho de que el descanso en la jornada continua sea considerado tiempo de trabajo efectivo, *"no quiere decir que se trate de un descanso que mantiene al trabajador a la*

orden de la empresa y del que puede disfrutar si el patrono no necesita sus servicios. Si la Ley establece el descanso intermedio como necesario para la salud del trabajador, no puede el intérprete sostener que durante el descanso el asalariado queda a la orden del empleador, por que semejante interpretación supondría la derogación de la norma que establece el descanso y su aplicación quedaría librada a la arbitrariedad del patrono.¹³

Además, si bien es cierto el tiempo mínimo de media hora, para la jornada continua está establecido por la norma supra transcrita, el límite máximo de este descanso no está regulado por Ley, lo que significa que el patrono puede conceder más de media hora, de acuerdo a su voluntad, siempre que sea pagado.

Por otro lado, cuando la **jornada es fraccionada**, el patrono debe conceder más de una hora de descanso, tiempo en el cual el trabajador no se encuentra bajo la dirección del patrono, puede salir de las instalaciones de la empresa y desplazarse donde bien considere.

Cuando se trata de jornada fraccionada con **una hora exacta de descanso entre las dos fracciones**, es necesario demostrar que los trabajadores pueden salir del centro de labores y de la potestad del patrono, así como la posibilidad que tienen de desplazarse ya sea a sus casas a almorzar, o a lugares cercanos al centro de trabajo donde pueden comprar sus alimentos a precios accesibles o bien, que cuentan con una soda bien acondicionada en el centro de trabajo, como tercera opción. La principal diferencia de este tipo de jornada con respecto a la jornada continua, es que el tiempo de descanso **no es remunerado y por tanto no se considera tiempo efectivo de trabajo**. Pero no menos importante también es la posibilidad que tendrían los trabajadores y trabajadoras **de conseguir alimentarse saludable y económicamente en ese lapso**.

En este sentido, es correcto afirmar que la jornada mixta puede ser de hasta ocho horas diarias, siempre que se trate de actividades que no sean peligrosas ni insalubres y la misma puede ser fraccionada, siempre que se garantice que el trabajador tendrá al menos una hora de descanso a la mitad de la jornada y que puede salir del lugar de trabajo, desligarse de las órdenes de su patrono y hacer con su tiempo de descanso lo que él desee.

Es importante señalar, que de conformidad con el artículo 294 del Código de Trabajo, el Consejo de Salud Ocupacional de este Ministerio, es el único competente para determinar cuáles trabajos son peligrosos o insalubres, por lo

³ Según criterio de DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo, Vol. III, 2da edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977. Pag 94.

que deberá contarse con la autorización de este Consejo para aplicar una jornada mixta de 8 horas diarias.

2. De la jornada Acumulativa:

Se fundamenta en el artículo 136 del Código Laboral, que permite la posibilidad de extender la jornada diurna hasta por diez horas diarias, siempre que no se exceda de 48 horas semanales, lo cual supone que durante cinco días a la semana se extiende la jornada ordinaria más allá de las ocho horas con el fin de no trabajar el sexto día, o de laborar menos horas ese día, aumentándose así, en la proporción que corresponda, la jornada ordinaria de ocho horas. Por lo tanto, el sexto día, que generalmente es el día sábado, debe entenderse como un **día hábil** para todos los efectos, estableciéndose en estos casos lo que se ha denominado como jornada acumulativa, que es una ficción jurídica que tiene el día sábado como efectivamente laborado al finalizar la jornada semanal.

En el caso de la jornada mixta, a pesar de que la norma citada autoriza el incremento de horas en la jornada diaria (de 7 hasta 8 horas), como ésta no puede aumentarse a más de 8 horas diarias, no podría aplicarse el concepto de jornada acumulativa, con el fin de no laborar el día sábado, porque de lunes a viernes apenas se estarían laborando 40 horas, es decir la jornada semanal no se incrementa a 48 horas .

Finalmente, como en la jornada nocturna no es posible incrementar el número de horas diarias (6 horas) ni semanales (36 horas), tampoco se puede aplicar la jornada acumulativa de 48 horas laboradas de lunes a viernes, para no laborar el sábado.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, si una empresa establece una jornada acumulativa, para laborar las 48 horas de lunes a viernes, y no laborar los sábados, ésta debe entenderse como la jornada ordinaria, de manera que el trabajo que se realice después de la jornada diaria ordinaria, o el que se hiciera en día sábado, será considerado como tiempo extraordinario, por lo que cada hora extraordinaria deberá ser pagada con un 50% más sobre el salario que ordinariamente recibe por hora, de conformidad con el artículo 139 del Código de Trabajo.

3. De la jornada de trabajo extraordinaria.

El Código de Trabajo señala que el trabajo que se ejecute fuera de los límites expuestos líneas atrás, debe considerarse como tiempo extraordinario y por tanto remunerarse como tal, es decir con un 50% más sobre el salario que ordinariamente recibe el trabajador, de conformidad con el artículo 139 del Código de cita.

En este punto es importante aclarar que la jornada extraordinaria ha sido establecida, para atender situaciones especiales, excepcionales, que por la emergencia, el patrono requiera a sus trabajadores para cubrir las necesidades, por tanto, una vez que se regule la situación, se restablece la jornada ordinaria. Es por esta razón, que la jornada extraordinaria no puede de manera alguna, volverse permanente, **porque sería absolutamente ilegal**.

El hecho de que se respete el límite semanal de horas laborales, no implica que se pueda extender el número de horas diarias que se permite laborar, pues la limitación, como lo prevé el numeral 136 de repetida cita, es primero diaria y después semanal, por lo que este tipo de jornadas es totalmente ilegal como se dirá infra.

En el caso consultado, aun cuando parece que no se está frente a un problema de jornada extraordinaria, puesto que no cabría hablar de tal en tratándose del tiempo destinado a la alimentación, que bien puede considerarse sagrado, si a un trabajador se le contrata para laborar de lunes a sábado de 1:00 p.m. a 10:00 p.m., tendríamos una jornada mixta, que dicho así podría considerarse continua y por lo tanto ilegal, puesto que sobrepasa las 8 horas diarias y las 48 semanales. Si, por el contrario, se contrató en una jornada de lunes a sábado de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. y de 6:p.m. a 10:00 p.m., no cabe duda que se trataría de una jornada fraccionada totalmente legal, asumiendo que tendría una buena soda en la empresa, lugares accesibles para comer cerca de la empresa o, finalmente podría, en la hora de descanso, acudir a su casa a alimentarse. En definitiva, no habría forma de confundirse o tener duda del tipo de jornada —continua o fraccionada— que se hubiera convenido, pues es dable entender que resultaría absurdo e ilegal convenir la primera de las jornadas ejemplarizadas y después pretender que "no existe ilegalidad alguna puesto que se trata de una jornada mixta fraccionada con una hora para el descanso".

4. De la Jornada 4 x 3:

Es frecuente encontrar hoy día patronos que desean aplicar jornadas acumulativas de doce horas durante dos días o tres días a la semana y descansar otras tantas, hasta completar las cuarenta y ocho horas semanales de trabajo efectivo. Aunque dicha práctica incluso se está dando en la realidad, debe indicársele que esta Dirección no comparte la existencia de una jornada de esa naturaleza, fundamentalmente porque en la actualidad la legislación nacional no lo permite. Aunque el artículo 58 de la Constitución Política, pese a los límites que expresamente impone, prevé que leyes a lo futuro puedan advertir otros casos de excepción, a esta fecha únicamente existen proyectos de ley que no han logrado pasar la barrera de aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, y a los que, efectivamente, debe tratárseles con sumo cuidado, sobre todo al momento de otorgar autorizaciones por parte de este

Ministerio a las empresas que pretenden instalar esta jornada para que no se incurra en abusos, que pueden generar serias consecuencias a las y los trabajadores, especialmente en su situación económica, calidad de vida y salud personal y familiar.

En este sentido también se ha manifestado la Sala Segunda, a saber:

“La solución a la que llegaron los juzgadores de instancia es acorde con esa jurisprudencia, por cuanto el actor laboraba 12 horas al día, tanto en jornada diurna como nocturna, lo que en la primera implica 4 horas extra por día y en la segunda 6, es decir, don Bryan Jesús trabajaba por semana 8 horas extra diurnas y 12 nocturnas. Debe advertirse que la jornada conocida como “4x3” no está permitida en nuestro ordenamiento jurídico actual, el cual prohíbe la jornada extraordinaria de carácter permanente, por contravenir su naturaleza excepcional.”⁴

Partiendo del este supuesto es que resulta improcedente emitir un criterio en cuanto a la posición de esta Dirección respecto del pago de horas extraordinarias en esta jornada ilegal.

Si se pretendiera que una jornada de lunes a jueves de 12 horas diarias diurnas fuera calificada legalmente de acuerdo a nuestra legislación vigente, evidentemente no podría asimilarse, de acuerdo al numeral 136 in fine, a una jornada acumulativa de 10 horas ordinarias y 2 extraordinarias puesto que no se habrían dado las condiciones necesarias para laborar la jornada extraordinaria y ésta tendría una condición permanente.

No obstante lo expuesto, si se presentara el caso en la realidad, independientemente de la ilegalidad apuntada, que debe ser corregida inmediatamente y ajustar las jornadas a los límites legales anteriormente expuestos, el trabajador no puede verse afectado por el dolo del patrono, por lo cual tendrá derecho a que se le paguen las horas extras que se han venido trabajando.

En razón de todo lo expuesto procedemos a contestar sus inquietudes del siguiente modo:

- 1- La jornada ordinaria mixta no puede exceder de ocho (8) horas diarias, de conformidad con lo establecido en el artículo 136 del Código de Trabajo.

⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2007-000157 de las 9:45 horas del 9 de marzo del 2007.

- 2- En la jornada continua, el tiempo de descanso debe ser como mínimo de media hora y éste es considerado tiempo de trabajo efectivo, de modo que en una jornada mixta de 8 horas ese tiempo de descanso tendría que tenerse incluido.
- 3- En la jornada fraccionada, el tiempo de descanso debe sobrepasar una hora, tomando en cuenta que de fijarse en una hora exacta debe cumplir ciertas condiciones ya señaladas, y no se considera como tiempo efectivo de trabajo, por lo que no se toma en cuenta en las horas que conformarían la jornada mixta de 8 horas citada por usted como ejemplo. En este sentido, no sólo el patrono no está obligado a reconocer pago extraordinario alguno por esa hora, sino que sería absolutamente ilegal pedirle al trabajador laborar jornada extraordinaria durante el tiempo de descanso para alimentación.
- 4- En el ejemplo de la jornada mixta que inicia a la 1 p.m. y finaliza a las 10 p.m. de lunes a sábado, se debe entender necesariamente que se trata de una jornada continua con una hora de descanso pagada, pues de lo contrario, si se tratara de una jornada fraccionada deberíamos indicarla con un descanso marcado de una hora al menos entre las 5 y las 6 p.m. como se señaló líneas arriba. De ser así, sí se podría hablar de una jornada de 8 horas diarias y 48 horas semanales, de modo que tampoco habría que reconocer pago extraordinario alguno.
- 5- Se reitera el criterio en cuando a la ilegalidad de la aplicación de una jornada denominada 4 x 3, la cual pese a su práctica usual, sigue siendo considerada fuera del marco legal. Por tanto si se tiene una jornada de lunes a jueves de 6 a.m. a 6 p.m., la misma por ser diurna no puede exceder de 8 horas, de manera que debe ser ajustada a los límites legales, en forma inmediata y reconocer a los trabajadores desde el momento en que se aplicó la jornada 4 x 3 hasta su ajuste, el pago de las horas diarias que correspondan.
- 6- Pese a que la jornada extraordinaria requiere un procedimiento previo de solicitud por parte del empleador y de aceptación del trabajador, si se está laborando una jornada ilegal de doce horas diarias durante cuatro días a la semana, lo menos que puede hacer el empleador es reconocer como extraordinario el exceso de labores que supera las 8 horas diarias, indistintamente del número de horas semanales. Le recordamos que para que proceda el pago de horas extras a razón de dos horas diarias, como expone usted en su consulta es necesario demostrar que la jornada ordinaria diurna de diez horas es legal, es decir que las labores

que se ejecutan durante esta no se consideran peligrosas ni insalubres, de conformidad con los análisis que efectúa en esta materia el Consejo de Salud Ocupacional de este Ministerio. De lo contrario lo procedente sería que el patrono cancele cuatro horas extraordinarias diarias.

Atentamente,

Licda. Adriana Quesada Hernández
ASESORA

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
JEFE

AQH/lsr
Ampo12B