
DAJ-AE-184 -11
20 de junio de 2011

Señor
Franklin Castro R.
ADIP
Tel. 2641 0720
franklindecostarica@gmail.com

Estimado Señor:

Damos respuesta a su consulta recibida por medio de correo electrónico el 31 de enero de 2011, en la misma se hace una serie de consultas, que se contestarán de la misma forma en que las realizó.

1. En el horario entre las 11 p.m. y las 7 a.m. hay que pagar una hora extra o dos?

Tipos de jornadas y jornada extraordinaria

La doctrina ha definido la **jornada de trabajo ordinaria** como “*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*”¹

Dada la obligatoriedad de cumplimiento que el trabajador debe asumir en cada jornada laboral, como regla general, la Ley ha impuesto límites máximos que no se pueden exceder.

Es así como el Código de Trabajo² 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 por laborar.

¹ Vargas Chavarría, Eugenio, “La Jornada de Trabajo y el Descanso Semanal”, pág. 13

² Artículos 135,136 y 138 del Código de Trabajo.

- 1- La **jornada diurna** se desarrolla entre las cinco de la mañana y las siete de la noche, pudiendo laborar de ocho o hasta diez horas máximo, siempre que la actividad que se lleva a cabo no sea insalubre o peligrosa.³
- 2- La **jornada nocturna** está comprendida entre las siete de la noche y las cinco de la mañana, permitiéndose laborar dentro de dicho período, **solamente seis horas**.⁴
- 3- La **jornada mixta**, para la cual si bien no existe una delimitación legal como la nocturna y la diurna, la misma constituye un híbrido entre las dos, de tal manera que será jornada mixta, cuando se trabaje antes y después de las siete de la noche o, antes y después de las cinco de la mañana; pero en ambos casos la jornada ordinaria no puede exceder de tres horas y media después de las siete de la noche, ni antes de las cinco de la mañana, pues se convierte en nocturna. Esto quiere decir que si un trabajador, dentro de la jornada ordinaria mixta labora después de las 10:30 de la noche o antes de la 1:30 de la madrugada, ya se considera jornada ordinaria nocturna. Este tipo de jornada no puede exceder de siete horas⁵, salvo que se trate de trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosas, en cuyo caso podrá ser de hasta ocho horas.⁶
- 4- En todo caso, el trabajo semanal total no podrá exceder nunca las 48 horas durante la jornada diurna o las 36 horas durante la jornada nocturna.

Para el trabajo que se ejecute fuera de esos límites indicados anteriormente, de conformidad con los artículos 139 y 140 del Código de Trabajo, debe considerarse como tiempo extraordinario y, por tanto, remunerarse como tal, es decir, con un 50% (cincuenta por ciento) más sobre el salario que ordinariamente recibe.

Jornada extraordinaria

Ahora bien, la jornada extraordinaria consiste en el trabajo efectivo que realiza el trabajador sobrepasando los límites de la jornada ordinaria, o de la jornada inferior que contractualmente se haya pactado con el patrono.

En este punto, es importante aclarar que la jornada extraordinaria encuentra limitaciones en cuanto a su duración, lo cual supone que debe ser siempre **TEMPORAL**, motivada por una circunstancia especial, excepcional y que procede en situaciones de emergencia o impostergables de las empresas, ya que el cumplimiento de horas extras en forma diaria o permanente, constituye un abuso que pone en peligro la efectividad del principio de la limitación de la jornada. Lo anterior significa que un trabajador no debe

³ Ver artículos 135 y 136 del Código de Trabajo

⁴ Ibídem

⁵ Ver artículo 138 del Código de Trabajo

⁶ Así lo dispone el artículo 136 del Código de Trabajo

laborar tiempo extraordinario de forma continua y permanente (entiéndase todos los días), sino cuando se requiera por un evento igualmente extraordinario.

Otra limitación importante y a tomar en consideración, es que según el artículo 140 del Código de Trabajo, la jornada extraordinaria sumada a la ordinaria no debe exceder las 12 horas, salvo los supuestos que en ese numeral se señalan.

De conformidad con la normativa expuesta, es importante primero indicarle que la jornada laboral que usted indica en su nota de consulta, es **TOTAL Y ABSOLUTAMENTE ILEGAL**, ello por cuanto excede el límite a la jornada establecido en el artículo 136 del Código de Trabajo, el cual es de seis horas por día, y de treinta y seis por semana, siendo que en este caso se tiene una jornada nocturna de 48 horas por semana, lo cual significa además, que tienen una jornada extraordinaria permanente, que como mencionamos supra, es **ILEGAL**.

En el caso en particular, el patrono tiene el deber de remunerarles a los trabajadores esa jornada extraordinaria realizada, ello a pesar de que en este caso, el cumplimiento de esa jornada es ilegal, pues es permanente y además excede el número de horas permitidas por Ley. De manera que esa jornada se debe remunerar de acuerdo con lo estipulado en el supra citado artículo 139 del Código de Trabajo, no obstante, el patrono debe tener claro que eso es una práctica ilegal, que debe corregir en la empresa.

2. Cómo se paga la hora extra?

La jornada extraordinaria tal y como se indicó líneas atrás, debe recibir una remuneración sencilla más un cincuenta por ciento (50%) del salario ordinario o del superior a éste que se hubiere estipulado— en virtud del esfuerzo físico o mental que implica para el trabajador laborar horas extraordinarias.

3. Cómo se paga el día feriado?

Al respecto, le indico que el artículo 147 de nuestro Código de Trabajo, establece que son hábiles para el trabajo, todos los días del año, excepto los feriados y los días de descanso establecidos por ley o por convenio entre las partes.

De acuerdo con el artículo 148 del mismo cuerpo normativo existen dos tipos de feriados: los feriados de pago obligatorio y los feriados que no son de pago obligatorio.

Según lo dispuesto por los artículos citados anteriormente, podemos afirmar que el reconocimiento de los días feriados tiene dos aspectos importantes: uno es el disfrute del tiempo, sea que por principio legal los trabajadores tienen derecho a no trabajar durante todos 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.

El pago de los días feriados, tiene estrecha relación con la modalidad de pago del salario, veamos:

En la modalidad de pago **SEMANAL**, los días feriados deben reconocerse en forma adicional al salario que corresponde por los días laborados en la semana, siempre y cuando se trate de feriados de pago obligatorio. Los feriados que no son de pago obligatorio sólo se disfrutan en tiempo y no en dinero. Entonces, los feriados de pago obligatorio son: el 1° de enero, 11 de abril, jueves y viernes Santos, 1° de mayo, 25 de julio, 15 de agosto, 15 de septiembre y 25 de diciembre. Los días 2 de agosto y 12 de octubre se consideran feriados, pero su pago no es obligatorio.

Cuando se labora en alguno de los feriados de pago obligatorio, el adicional que se reconoce debe ser doble, con base al artículo 149 del Código de Trabajo, mientras que cuando se labora en un feriado que no es de pago obligatorio, el adicional es sencillo, con base en el artículo e) del artículo 151 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, cuando se aplica la modalidad de pago **MENSUAL O QUINCENAL** el pago de los feriados ya está incluido en el salario, sean o no de pago obligatorio, por lo que en esta modalidad de pago a **TODOS** los feriados se les da tratamiento de feriados de pago obligatorio.

Cuando alguno de estos días se labora, el patrono tiene que pagar un adicional sencillo para completar, junto con el que pagó con el salario regular, el pago doble que establece el artículo 149 del Código de Trabajo.

4. Cómo se pagan las incapacidades?

En relación con el pago de los subsidios, el sistema de seguridad social de nuestro país permite dar cobertura a los trabajadores incapacitados, con el fin de que no queden desprotegidos durante las licencias por incapacidad, en su condición económica. Así tenemos que el artículo 35 del Reglamento de Seguro de Salud de la Caja Costarricense del Seguro Social, vigente a partir del 1° de enero de 1997, advierte que después del cuarto día de incapacidad el ente médico-social pagará un subsidio igual a un 60% del salario reportado por el patrono, que a diferencia del salario, tiene una connotación indemnizatoria, no retributiva de prestación efectiva de servicios como sí sucede con el segundo.

“Artículo 35.- El pago del subsidio en dinero procede a partir del cuarto día de incapacidad...”

Por ello, los Tribunales de Justicia, con base en el artículo 79 del Código de Trabajo, han establecido jurisprudencialmente la obligación del patrono de cubrir el subsidio durante los tres primeros días de incapacidad, pagando para tal efecto por lo menos la proporción al 50% del salario devengado por el trabajador. Esto lo podemos observar en la siguiente resolución, que a manera de ejemplo, transcribiremos en lo que interesa:

*"Así las cosas y de acuerdo con la jurisprudencia imperante, el patrono tiene la obligación de pagar medios salarios durante los primeros cuatro días de incapacidad, ya que la Caja Costarricense del Seguro Social, no las paga y quedaría el trabajador sin recibir pago de esos días, lo cual a todas luces resulta injusto si se analiza las indemnizaciones que establece el artículo 79 citado, en que sí indemniza al trabajador cuando no está protegido por un régimen de Seguridad Social desde el primer día de su incapacidad"*⁷.

Esto quiere decir que durante los tres primeros días de incapacidad, el trabajador recibirá únicamente la mitad de su salario por parte de su patrono, siendo hasta el cuarto día de licencia laboral por enfermedad, que la Caja Costarricense del Seguro Social concede al trabajador incapacitado el subsidio correspondiente, igual a un sesenta por ciento del salario reportado.

5. Si una empresa contrata un guarda y sucede un robo y éste ni se entera ni comunica, se puede despedir sin responsabilidad patronal, cuál es el procedimiento a seguir?

Consideramos necesario, hacer mención al artículo 81 inciso 1) del Código de Trabajo, el cual establece las causas de despido sin responsabilidad patronal, a saber:

"Artículo 81: Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:

- a) Cuando el trabajador se conduzca durante sus labores en forma abiertamente inmoral, o acuda a la injuria, a la calumnia o a las vías de hecho contra el patrono;*
- b) Cuando el trabajador cometa alguno de los actos enumerados en el inciso anterior contra algún compañero, durante el tiempo en que se ejecuten los trabajos, siempre que como consecuencia de ello se altere gravemente la disciplina y se interrumpan las labores;*

⁷ Ver Resolución N° 58 de las 10:00 hrs. Del 12 de agosto de 1987, emitida por el Juzgado Primero de Trabajo.

c)

l) Cuando el trabajador incurra en cualquier otra falta grave a las obligaciones que le imponga el contrato.

Es entendido que siempre que el despido se funde en un hecho sancionado también por las leyes penales, quedará a salvo el derecho del patrono para entablar las acciones correspondientes ante las autoridades represivas comunes.” (El resaltado no corresponde al original).

De manera que debe quedar claro que el artículo 81 citado regula de forma taxativa, cada una de los causales que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo sin responsabilidad patronal.

Es importante indicar, que las faltas imputables al trabajador deben ser fehacientemente probadas, toda vez que su concreción es el fundamento substancial del despido, es decir, en caso de que se sospeche que un trabajador ha incurrido en alguna falta y se pretenda despedir, es necesario que el patrono inicie una investigación, mediante la cual se garantice el debido proceso, de manera que el trabajador investigado debe tener posibilidad de defenderse, conocer los alegatos que se hacen y presentar las pruebas que posea.

Caso contrario, si las faltas cometidas por el trabajador no se tipifican dentro de los incisos del artículo 81 supra mencionado, o bien no se pueden probar, el despido del trabajador deberá ser **sin justa causa**, debiendo en este caso pagar los extremos legales correspondientes.

Debe indicarse además, que para aplicar cualquier medida de tipo sancionatorio, el trabajador deberá ser sometido a un debido proceso el cual es un requisito fundamental para la validez de la sanción a aplicar. En este debido proceso, se le pondrá en conocimiento de la falta que se le imputa y la posible sanción a aplicar, asimismo el trabajador tendrá derecho a una audiencia en la cual podrá exponer sus argumentos y aportar testigos.

Entonces, para sancionar una conducta, se debe analizar primero de manera objetiva la gravedad de la falta, con el fin de determinar y demostrar que el trabajador efectivamente incurrió en la causal que se le acusa, para imponerle así, la máxima sanción en materia laboral, que es el despido sin responsabilidad patronal.

Ahora bien, un punto importante de analizar, es que se produzca una falta de confianza hacia el trabajador, ya que “supuestamente” ha incurrido en una falta de vigilancia, descuido o negligencia hacia sus obligaciones para las cuales fue contratado.

Respecto a la “falta de confianza”, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 00311, del 08 de junio del 2001, dijo lo siguiente:

“Tradicionalmente se ha concebido tal pérdida como una falta grave, en virtud de la buena fe con la que se espera que, las partes, ejecuten sus respectivas obligaciones. Es con base en esa confianza que el patrono enseña a sus trabajadores los secretos propios para la producción de los bienes o de los servicios a los que dedica su actividad empresarial; le permite el ingreso y la salida de las instalaciones de trabajo; el acceso y el uso de los instrumentos de trabajo, etc. Por ello, ese supuesto fundamental de la buena fe, se estima violado cuando las partes incurrn en acciones u omisiones que objetivamente afectan la confianza del patrono o del trabajador. En semejantes situaciones, el Código de la materia, autoriza a la parte que se estima lesionada con la infracción, a concluir el contrato de trabajo, sin responsabilidad alguna.”

De lo anterior podemos colegir, que la falta de confianza como causal de despido, se da cuando la conducta que realiza el trabajador se considera falta grave, ello por la ejecución de una acción o por la omisión, con la que evidentemente se perjudican los intereses del patrono, sin embargo se debe analizar cada caso en particular y de las que sólo la empresa cuenta con los detalles para determinarlo.

Ahora bien, el artículo 603 del Código de Trabajo señala que el derecho del patrono para despedir a un empleado o aplicarle una sanción disciplinaria prescribe en **un mes** desde que se dio la falta o desde que la misma fue conocida por el patrono. Es importante que tenga este plazo en cuenta, pues si ya pasó un mes desde que sucedió el hecho, ya no se podría aplicar alguna medida sancionatoria.

En conclusión, si se cuentan con pruebas suficientes para corroborar la participación del guarda, ya sea por su negligencia, falta de supervisión o descuido, se podría proceder a su despido sin responsabilidad patronal realizando la investigación del caso en particular y dándole la oportunidad al trabajador que demuestre su inocencia.

6. La empresa tiene un restaurante en donde sólo hay transporte cuando llegan los ferris, el primer turno entra a las 6 a.m. y se van a las 12 m.d., el otro turno entra a las 12 m.d. y cierra antes de las 7 p.m. según indica en ambos casos no se cumple la jornada. Consultan si hay un bus a las 2 p.m. de regreso y el último es a las 6:30 p.m., entonces se podría ordenar el horario de la siguiente manera: Restaurante abierto de 6 a.m. a 6 p.m. Primer turno de 6 a.m. a 2pm y otro turno de 10 a.m. a 6 p.m. Si por motivos de transporte los que entran a las 10 no pueden llegar a esa hora, como se hace para que se cumpla la jornada semanal, se podría reponer otro día?

Diferencia entre Jornada y Horario

Para dar respuesta a sus interrogantes, consideramos importante que usted sepa lo que en doctrina se entiende por jornada y horario.

“La jornada laboral es el número de horas que durante la semana deben completarse legalmente en las actividades laborales”⁸, así también la jornada ordinaria de trabajo “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”⁹.

Por su parte, el horario supone el lapso dentro de la jornada, en el cual se ubica el número de horas que deben laborarse como máximo en cada jornada.

En el Código de Trabajo se establece que la jornada ordinaria de trabajo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, seis en la noche y cuarenta y ocho horas por semana¹⁰.

Durante la vigencia del contrato es posible que sea necesario ir modificando ciertas condiciones, en virtud de circunstancias especiales que van surgiendo con el transcurso del tiempo, el patrono se encuentra en todo su derecho de efectuar estas modificaciones sin previa consulta a los trabajadores, siempre y cuando las mismas tengan una justificación y además que no se alteren las condiciones esenciales del contrato.

Aclarada la diferencia entre lo que se debe entender por jornada y horario, tenemos que indicar que el empleador o patrono, como organizador y coordinador del trabajo, se puede ver obligado en ocasiones a variar las condiciones de la prestación de servicios haciendo uso de la facultad del llamado “**IUS VARIANDI**”, que consiste en la potestad que tiene el patrono de modificar unilateralmente y aún contra la voluntad del trabajador, cuando exista una justa necesidad de la empresa, las condiciones en que se ha venido prestando la relación laboral. Sin embargo, este poder dispositivo del patrono no es absoluto, pues tiene sus limitaciones, siendo la más importante de ellas que su ejercicio no puede recaer sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, **sea el salario, la jornada y la jerarquía**, entre las más importantes.

⁸ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, Tomo II, ediciones ARAYU, Buenos Aires, Argentina, pág. 442.

⁹ VARGAS CHAVARRÍA, Eugenio. La Jornada de Trabajo y el Descanso Semanal, pág. 13.

¹⁰ De conformidad con el artículo 136 del Código de Trabajo.

Así pues, si los trabajadores están anuentes a aceptar la modificación, esta posibilidad tampoco es aceptable, pues se está ante una situación de desigualdad, toda vez que el patrono está en una posición de poder frente a los trabajadores, quienes compelidos por esta situación pueden aceptar ceder derechos, con tal de no perder sus empleos.

Es decir, aunque los trabajadores consientan la modificación de jornadas que se pretende y su consecuente disminución de salarios, estas renunciadas se consideran nulas, para todos los efectos, pues los derechos laborales son irrenunciables.

Cualquier modificación en el sentido de perjudicar el ingreso del trabajador, hace ilegítima la misma y pone a aquel en todo el derecho de considerarse en una situación de despido con responsabilidad patronal.

Conviene indicar que, la Sala, ha realizado una diferenciación entre la modificación horaria -entendida como la distribución de las horas de servicio- y, la jornada de trabajo -la cual afecta directamente sobre el número de horas trabajadas-. Ahora bien, en el primer caso, que es el que nos ocupa, como posteriormente se verá, puede modificarse **siempre y cuando no implique al trabajador un perjuicio económico o moral.**

Conforme con lo dicho hasta aquí, decimos que el patrono se encuentra facultado para hacer modificaciones de horarios, entendiéndose éstas como el cambio en las horas de entrada y salida dentro de una misma jornada, tal y como usted lo consulta, **debiendo el trabajador aceptarlos, solamente si la medida tiene una verdadera justificación y siempre que no se le cause perjuicio a los trabajadores.**

Cuando el cambio contractual es legalmente factible y no le causa perjuicio, el trabajador estaría en la obligación de acatarlo, so pena de ser despedido sin responsabilidad patronal. Sin embargo, como se indicó en líneas atrás, **si el trabajador logra demostrar que el cambio promovido le ocasiona un perjuicio directo y el empleador persiste en llevar a cabo tal modificación laboral aún por encima del daño ocasionado debidamente demostrado, el trabajador podrá dar por terminado el contrato laboral con responsabilidad patronal.**

Ahora bien, no sucede lo mismo cuando se trata de un cambio de Jornada, sea que el patrono pretenda aumentar o disminuir el número de horas laborales (disminuyendo el salario o sin aumentarlo), o bien trasladar a un trabajador de jornada diurna a nocturna o mixta, por cuanto tal modificación se daría en uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, ajenos al poder de dirección patronal.

De acuerdo con lo expuesto, no sería procedente aumentar la jornada de los trabajadores, sin que esto se considere una decisión unilateral abusiva por parte del patrono, que faculta al trabajador para acudir a la vía jurisdiccional a solicitar la terminación de la relación laboral con responsabilidad patronal.

Asimismo, siempre y cuando se respete la jornada ordinaria diurna y no se cause perjuicio a los trabajadores, la empresa estaría facultada para efectuar modificaciones en los horarios de entrada y salida.

Por lo expuesto, esta Dirección concluye de la siguiente forma:

1. Si, desde el inicio de la relación, se contrató el salario para una jornada completa de cuarenta y ocho horas, aún cuando el trabajador efectivamente labore una jornada inferior (sea por que así se convino desde el principio o por un acuerdo posterior), deberá haberse hecho la “**reserva**” por parte del patrono para que posteriormente se pueda retornar a la jornada de cuarenta y ocho horas, sea, a equiparar lo trabajado con lo pagado (recuérdese que tendría que seguir pagando las cuarenta y ocho horas, aunque solo se trabajen cuarenta por ejemplo). Entonces, no es procedente que el patrono obligue a los trabajadores a reponer las horas faltantes otro día para completar la jornada ordinaria, ya que si lo hace sería **total y absolutamente ilegal**.
2. Legalmente la jornada podría reducirse, pero recibiendo el mismo salario, ya que de lo contrario el patrono incurre en un Ius Variandi abusivo.
3. Así pues, también en aplicación del punto tras anterior, los trabajadores podrían ser contratados, para laborar es lo que se denomina “**jornada disminuida**”. La cual consiste, en un acuerdo entre las partes, para laborar una jornada inferior al máximo legal. En este supuesto, debe quedar claro desde el inicio, si el salario se pagará en proporción al número de horas pactadas, lo que es perfectamente legal, de manera que el valor del salario diario va a estar en proporción con el número de horas laboradas, y si el patrono requiere que el trabajador aumente su jornada ordinaria diaria —por encima de los límites acordados— estará obligado a reconocer el exceso de horas como jornada extraordinaria y con sustento en el salario del trabajador que se trate.
4. En virtud de todo lo anterior, no existe ninguna forma de reducir la jornada laboral. La única posibilidad actualmente es proceder con la liquidación de los trabajadores afectados, pagando todos los extremos laborales, y una vez liquidados podrá negociarse un nuevo contrato con condiciones diferentes acordes con las necesidades actuales, sin embargo ningún trabajador estará obligado a aceptarlas.

5. La empresa no puede variar unilateralmente la jornada de los trabajadores, pues aunque cuenta con el poder de dirección, en este caso estaría haciendo un uso abusivo del *Ius Variandi*, tal y como se desarrolló líneas atrás. De igual forma se recalca que aunque el trabajador de su consentimiento para esta reducción, dicha renuncia se considerará nula.

De usted con toda consideración,

Licda. Rose Mary Thames Sánchez
ASESORA

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
JEFE a.i.

RMTS/lsr
Ampo 12A, 10C