
DAE-AE-224-08
04 de septiembre de 2008

Señora
Andrea Horner Centeno
Monteverde, Puntarenas

Estimada señora:

Procedemos a dar respuesta a solicitud que usted envió vía fax a la Oficina de la Inspección de Trabajo en Puntarenas y que fue recibida en nuestras oficinas el 12 de noviembre del 2007, mediante el cual requiere nuestro criterio jurídico, en relación con la jornada que usted mantiene en el Restaurante Moonshiva, ubicado en Monteverde como salonera y cocinera, pues indica que su salario es por horas y no tiene horario fijo. Indica que ni el día libre ni el domingo recibe pago de salario, pues el patrono le dice que es por no trabajar 48 horas, pero que cuando se acerca la temporada baja el dueño del local cierras los domingos y no se lo paga, además del día libre que le corresponde entre semana. Antes del análisis del fondo le solicitamos disculpas por el atraso presentado, el cual obedece a una gran cantidad de solicitudes de criterio y otros asuntos que hay en esta asesoría, que son igual de importantes a su caso y con los cuales se debe respetar el orden de ingreso.

Jornada Laboral

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 pueden excederse.

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 a laborar.

Bajo estos supuestos legales tenemos que:

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.

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

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

2. La **jornada nocturna** esta comprendida entre las diecinueve y las cinco horas, permitiéndose laborar dentro de dicho período, solamente seis horas.
3. La **jornada mixta**, para la cual, si bien no existe una delimitación legal como en la nocturna y la diurna, constituye una mezcla entre las dos, del 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. Esto quiere decir que si un trabajador, dentro de la jornada ordinaria mixta (siete horas) labora después de las 10:30 horas de la noche o antes de las 1:30 de la mañana ya se considera jornada ordinaria nocturna, y entonces tendrá que reducirse a seis horas.

Asimismo es importante indicar que el total de horas a laborar durante una semana no puede en ningún caso superar las 48 horas, tratándose de jornada diurna, ni las 36 en jornada nocturna.

Jornada Extraordinaria

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.

El artículo 140 de nuestro Código de Trabajo, dispone que debe laborarse temporal y excepcionalmente, cuando necesidades imperiosas y extraordinarias de tipo impostergable de la empresa así lo requieran. Esta necesidad empresarial debe ser totalmente imprevista, ya que de ser permanente, su práctica alteraría ilícitamente los topes máximos de la jornada ordinaria. Es por eso que la misma ley le impone límites a su aplicación, no pudiendo la jornada extraordinaria junto con la ordinaria exceder las doce horas de servicio.

Con respecto al pago de jornadas, no existe diferencia entre la forma de pago de una jornada diurna, mixta y una nocturna. La única diferencia estriba en que, tratándose de un pago de salario en modalidad mensual, el cálculo para determinar el monto de la hora extra varía entre las jornadas, pues el monto total mensual se divide entre 30 días, independientemente de los días que tenga el mes, y luego se divide el salario diario entre ocho o diez horas según sea el caso, tratándose de jornada diurna, entre seis en el caso de jornada nocturna y entre siete en el caso de la mixta. A dicho monto se le suma un 50% y dicha suma sería el monto de la hora extra.

Jornada acumulativa

Otro aspecto importante a considerar es la jornada acumulativa, la que se fundamenta en el artículo 136 del Código Laboral, que nos 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 de jornada acumulativa, una ficción jurídica que lo tiene como laborado al finalizar la jornada semanal.

Además, se puede inferir de la norma anteriormente citada que la jornada acumulativa ha sido permitida solamente para la jornada diurna; pues sólo en este caso se puede exceder el número máximo de horas permitidas —ocho diarias— para compensar las que dejan de trabajarse durante el sexto día —sábado— pero sin aumentar el número de horas que se puede laborar como máximo en forma semanal —cuarenta ocho— lo que no sucede con la jornada mixta, pues no sólo se puede incrementar el número de horas que se laboran por día sino también el número de horas semanales de cuarenta y dos a cuarenta y ocho, lo que permite trabajar con holgura el sexto día.

Finalmente, en jornada nocturna no es posible incrementar el número de horas diarias ni el semanal, de forma tal que siempre y en todo caso se laborará en forma ordinaria un total de seis horas por noche y treinta y seis semanales.

Jornada Disminuida

Ahora bien, cuando las partes pactan una jornada inferior al máximo legal, nos encontramos ante una jornada disminuida; en este supuesto, debe quedar claro desde el inicio, que si el patrono consintió en tener esa jornada con menos horas de trabajo al máximo semanal, y con el mismo salario, no puede bajo ninguna circunstancia modificar las condiciones laborales, o aumentar la jornada con el mismo salario.

Sí es procedente que, al inicio de la relación determine 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 laborales, 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, pero esas horas no pueden tener un carácter permanente.

Jornadas con exclusión de límites (empleados de confianza)

Nuestra legislación establece una jornada especial para cierto tipo de trabajadores, quienes no tienen límites en su jornada de trabajo, salvo la que establece el numeral 140 de doce horas diarias. En este sentido dispone el artículo 143 del referido Código Laboral:

Artículo 143.- *“Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puesto de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.”*

Estos empleados, como se desprende de la norma, por lo general laboran con un alto grado de independencia funcional, técnica y administrativa y flexibilidad por la índole de las funciones que realizan en su trabajo, o bien, que no tienen a una persona que esté realizando la función fiscalizadora o supervisora de su actividad.

El contexto de la norma debe analizarse desde dos aspectos: el primero referido a calidades subjetivas, como lo son el ser apoderado, gerente o administrado de determinada empresa; y a calidades objetivas, como lo es el hecho de desempeñar, independientemente de la labor que realiza, funciones donde durante su ejecución no cuenta con fiscalización supervisión o controles por parte del patrono.

Es decir, que la norma se refiere tanto a gerente, administradores, apoderados y en general altos empleados que gozan de un tratamiento especial, como a aquellos empleados que aún no teniendo rango jerárquico dentro de la empresa, en el desempeño de sus labores, concurren circunstancias especiales, como la falta de control efectivo en cuanto al término de duración de su prestación de servicios, tal es el caso de choferes o agentes vendedores.

Ahora bien, la excepción que establece el artículo 143 a las jornadas ordinarias, no quiere decir que los empleados tengan que laborar siempre esa jornada de doce horas, pues debe entenderse que lo que dice la norma es que “no están obligados a laborar más de doce horas”, más bien que tienen la libertad de laborar hasta doce horas, pudiendo también laborar menos horas.

En este sentido, si los trabajadores se encuentran dentro de los supuestos que indican el artículo 143, independientemente de que se les remunere por hora, se debe tener como contemplado para estos casos, el salario para una jornada de doce horas en forma permanente, lo que significa que no pueden laborar jornada extraordinaria. Por esa misma razón es que la hora y media de descanso ya está también contemplada dentro del salario de la jornada de doce horas, porque el patrono no puede ejercer ningún tipo de control respecto de ese tiempo de descanso. Es decir, que el empleado tiene derecho a tomar hasta hora y media de descanso, que no podrá ser rebajada de su salario, cuando su jornada diaria se prolonga hasta doce horas.

Salario

El autor Guillermo Cabanellas de Torres, ha definido cómo salario un *“Conjunto de remuneraciones y beneficios que obtiene el trabajador en la prestación de los servicios por cuenta ajena...”*³

El Código de Trabajo, en su artículo 162, dispone que el *“salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador en virtud del contrato de trabajo”*.

El artículo 164 del mismo cuerpo normativo regula lo referente a las **modalidades de pago** de salario, que son: *“por unidad de tiempo (mes, quincena, semana, día y hora); por pieza, por tarea o a destajo, en dinero y en especie; y por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el patrono”*, siendo la primera forma, la más utilizada.

En cuanto al pago mensual, éste tiene la característica de que se remuneran treinta días al mes, incluyendo días de descanso y feriados, sean de pago obligatorio o no. Por consiguiente, para obtener el salario diario basta dividir el sueldo mensual entre treinta.⁴ Situación idéntica ocurre con el pago quincenal, que se sitúa dentro de la modalidad de pago mensual, sólo que se paga un adelanto quincenal. En la modalidad de pago semanal, se remuneran únicamente los días efectivamente laborados en la semana y los feriados de pago obligatorio incluidos en la semana de que se trate. Cuando la actividad de la empresa es comercial, aunque el salario se pague en tractos semanales, todos los feriados y días de descanso semanal debe pagarse dentro del salario ordinario por disposición legal —ver artículo 152 del Código de Trabajo⁵—, es decir, deben pagarse semanas de siete días.

³ Diccionario de Derecho Usual, Buenos Aires, Ediciones Aruyú, Tomo III, pág. 484

⁴ Ver en este sentido, resolución N°1386 de las 10:10 hrs. del 25 de mayo de 1973, del Tribunal Superior de Trabajo

⁵ **Artículo 152.-** “Todo trabajador tiene derecho a disfrutar de un día de descanso absoluto después de cada semana o de cada seis días de trabajo continuo, que sólo será con goce del salario correspondiente si se tratare de personas que prestan sus servicios **en establecimientos comerciales** o cuando, en los demás casos, así se hubiere estipulado. ...” (La negrita y el subrayado es nuestro).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 163 de nuestro Código de Trabajo, el salario puede ser fijado por el patrono libremente, con la salvedad de que éste no podrá ser inferior al salario mínimo legal establecido, lo que a contrario significa que se puede pactar un salario superior.

Caso concreto:

Indica usted en su consulta que usted trabaja sin horario fijo y que recibe pago por horas.

Al respecto debemos indicarle que no puede considerar que usted no tiene horario fijo o que labora sin limitación de jornada. Aunque la forma de calcular el salario sea por hora, siempre debe estar sujeta a las limitaciones de la jornada. Si es durante el día son 8 horas. Si trabaja de lunes a viernes en jornada acumulativa puede ser una jornada diaria de 10 horas, sin que se consideren horas extra, pues las horas de más corresponden a las del sexto día trabajado por anticipado. Pero si trabaja 6 días a la semana, cualquier tiempo de más que labore a las 8 horas, se debe tomar como jornada extraordinaria, y se le debe cancelar a tiempo y medio, con el recordatorio que este tiempo no puede ser permanente.

De su consulta no es posible concluir a cuál jornada está sujeta, aunque sí pareciera que por tratarse de un restaurante el día de descanso es entre semana. Ahora bien, debemos recordar que siendo la actividad del restaurante del tipo comercial, de conformidad con lo indicado la modalidad de pago debe ser mensual o mensual con adelanto quincenal.

Razón por la cual, como hemos informado, bajo esta modalidad de pago todos los días del mes está incluidos dentro del salario, y por ende el día de descanso y feriados deben recibir retribución económica.

En relación con el cierre del negocio los domingos, por estar en temporada baja consideramos que se pueden asimilar a las responsabilidades que debe asumir el patrono, en virtud de la Teoría del “riesgo de empresa”⁶.

Podemos concluir en este caso, que cuando hechos ajenos a los trabajadores pero que caen en el marco de las responsabilidades patronales en virtud de la teoría del “riesgo de empresa”, traen como consecuencia el cierre del negocio por un día —por estar en temporada baja— éstas se imputan al

⁶ “Quiere decir que el riesgo de empresa es, principalmente, del empleador en todos los casos en que la interrupción no fuera imputable al propio trabajador. Se resuelve, prácticamente, como si la interrupción se debe a mora del acreedor de la prestación.” Krotoschin, Ernesto. Tratado Práctico del Derecho del Trabajo. Volumen II, Editor Roque Depalma, pág. 434.

empleador, por lo que se debe seguir pagando la remuneración salarial a los trabajadores, con sustento en el inciso g) del artículo 69 del Código de Trabajo, en el sentido de que él es responsable por todos los acontecimientos que afecten la dirección de la empresa.

De esta forma, concluimos:

- I. No existen contratos por horas, sino más bien, es una forma de pago. Tampoco puede considerarse que la jornada es ilimitada, pues hemos analizado los casos de jornadas sin límites y su caso no se ajusta a estos supuestos.
- II. Le recalcamos que la empresa puede contar con una jornada disminuida —menos de las ocho horas en el día, de seis en la noche o menos de seis días a la semana— y, desde luego, el salario puede corresponder a esos términos.
- III. Por último, debemos indicarle que el pago por horas, diario o semanal en comercio, se asimila al pago mensual, y por lo tanto debe darse el mismo tratamiento que dispone el numeral 152 del Código de Trabajo; es decir, deben pagarse todos los días feriados, sean de pago obligatorio o no, con la ventaja adicional, que no sólo se pagan días laborales del mes sino se pagan todos los días de la semana y todas las semanas del año. En tal caso no se hace distinción entre feriados de pago obligatorio y feriados de pago no obligatorio.
- IV. El cierre del negocio por ciertos días, es parte del riesgo de empresa que el patrono debe cubrir pagando el salario correspondiente a sus trabajadores.

De Usted con toda consideración,

Priscilla Gutiérrez Campos
Asesora

cc. Lic. Víctor Aguilar Arias, Jefe Regional, Inspección del Trabajo.

PGC/ibv/pcv
Ampos 4 A, 11 A, 12 D, 24 C.