

DAJ-AE-275-2011
02 de diciembre de 2011

Señor
Albino Vargas Barrantes
Secretario General
Asociación Nacional de Empleados Públicos y Privados
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su consulta sobre la utilización en la Municipalidad de Tibás de la figura “jornales ocasionales”, referida a la contratación de peones municipales para realizar, según su criterio, labores ordinarias de la Municipalidad, dado que refuerzan a los peones nombrados en propiedad. El centro de la consulta está en que a los trabajadores contratados bajo la modalidad ocasional perciben un salario base inferior a los nombrados en propiedad, lo cual es considerado por su persona como una discriminación.

1.- Los contratos ocasionales

Como su consulta toca el tema de la ocasionalidad en la contratación laboral, no podemos evadir hacer una breve referencia al tema, aunque aceptamos que buena parte de la exposición doctrinal básica fue hecha en su atento oficio. El señor Arturo Fournier señala que *“El trabajo ocasional o eventual –como la misma palabra lo indica- se da cuando se ejecutan labores, por excepción (únicamente en ciertas ocasiones). Su ejecución es transitoria, accidental, ya que la repetición solo podrá ser consecuencia de que concurran o se repitan ciertas circunstancias especiales...”*¹

De la anterior definición, expuesta en forma clara y sencilla, nos deja ver la característica principal de la contratación ocasional, cual es, la necesidad de realizar determinados trabajos accidentales que no se enmarcan dentro de las labores permanentes de la empresa. Por lo tanto, en cierta forma estamos también señalando la naturaleza de ese tipo de contratación, pues al no estar dentro de las actividades permanentes, el trabajo ocasional es una variante del contrato temporal o transitorio como es llamado en otras legislaciones.

Sobre la naturaleza de la contratación ocasional, en el voto 2003-518, de las 9:50 horas, del 01 de octubre de 2003, la Sala Segunda retoma doctrina calificada para definirla en nuestra legislación laboral:

¹ FOURNIER FACIO, Arturo, Derecho Laboral I, Editorial UNED, San José, Costa Rica, 2011, pág. 34.

*“Como se indicó, en la contestación de la demanda, la parte demandada indicó que el contrato de la actora era ocasional, por lo que resulta de interés, recordar a Cabanellas, cuando se refiere a los diferentes tipos de relaciones de trabajo denominadas transitorias, entre las que incluye las ocasionales. Señala que dentro de tal grupo se incluyen las inestables, opuestas a las permanentes o de duración indeterminada. Así apunta que, dentro de esta categoría, están las de trabajo eventual, accidental u ocasional e incluso el de temporada; pero, respecto de esta última, señala que el trabajador de temporada se desempeña con permanencia. Expone también que el **trabajo transitorio** surge a raíz de **tareas ocasionales** o por un aumento extraordinario en las actividades de una empresa, pero **siempre de índole pasajera**. El **trabajo eventual** es imprevisto, tanto en lo tocante a su iniciación, como respecto de su duración y está referido a **servicios que no se incorporan dentro de la actividad normal de la empresa**. El **trabajo ocasional o accidental**, es el que se realiza **una única vez, sin posibilidad de una repetición inmediata, dentro del marco de lo que constituyen las actividades normales de una empresa**; pues, la prestación, viene impuesta por una exigencia momentánea. (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, S.R.L., tercera edición, 1.992, pp. 603-604). (El subrayado y la negrita no están en el original). Expuesto lo anterior, se desprende que la actividad laboral de la actora, no puede enmarcarse en alguno de esos tipos de contratos de naturaleza transitoria; pues no se trata de labores de índole pasajera o que no formen parte del giro normal de las actividades de la entidad demandada...”*

Teniendo claridad respecto a la posición doctrinal y jurisprudencial, el punto es cuestión debe versar sobre definir correctamente las labores que desempeñan los trabajadores contratación bajo la modalidad ocasional. Como no tenemos a la vista la situación puntual, no podemos emitir ninguna posición al respecto de forma concluyente, no sin antes señalar que este punto debe demostrarse. Sin embargo, si efectivamente los trabajadores contratados bajo la forma de jornales ocasionales realizan las mismas labores que los peones en propiedad, definitivamente no cabe tenerlos como trabajadores temporales o transitorios, pero repetimos que la situación está sujeta a prueba ante las instancias correspondientes.

2.- Sobre el principio de igualdad salarial

Su atenta consulta, necesariamente obliga a referirse al principio de igualdad y no discriminación en las relaciones de empleo. Tanto la Sala Segunda como la Sala Constitucional han señalado que el principio “*igual trabajo, igual salario*” contenido en los artículos 57 de la Constitución Política y 167 del Código de Trabajo, como una especialidad del derecho de igualdad garantizado en el artículo 33 de la Constitución, permite excepciones. El anterior razonamiento se basa en que no en todos los casos, se debe dar un tratamiento igual, prescindiendo para ello de posibles elementos diferenciadores de

relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, por lo que puede admitirse un trato diferenciado siempre que existan circunstancias que así lo justifiquen. Así las cosas, la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable.

En tal sentido, se ha manifestado la Sala Segunda en el voto número 2005-362, de las 10:25 horas, del 13 de mayo de 2005, donde paso a transcribir un párrafo para mayor claridad:

“...Respecto de esas normas, la Sala Constitucional en el Voto número 1478, de las 11:08 horas, del 13 de febrero del 2004, reiteró las consideraciones externadas en su resolución número 4883 de las 12:54 horas, del 22 de agosto de 1997, así: “...este Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el principio enunciado constituye una especialidad del derecho de igualdad garantizado en el artículo 33 de la Constitución, pero que por derecho a la igualdad salarial debe entenderse el derecho a recibir igual remuneración por igual tarea realizada; asimismo, la Sala también ha negado que exista discriminación salarial en caso de servidores que realicen diversas funciones, que laboren para diferentes poderes públicos, o que trabajen para distintos sectores laborales -público y privado- (véanse resoluciones números 1472-94 de las 17:54 horas del 21 de marzo de 1994 y 6471-94 de las 9:39 horas del 4 de noviembre de 1994). Así se aprecia en el siguiente extracto: “El principio de igualdad, contenido en el Artículo 33 de la Constitución Política, no implica que en todos los casos, se deba dar un tratamiento igual prescindiendo de los posibles elementos diferenciadores de relevancia jurídica que puedan existir; o lo que es lo mismo, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, como lo ha dicho esta Sala, sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable. Pero además, la causa de justificación del acto considerado desigual, debe ser evaluada en relación con la finalidad y sus efectos, de tal forma que debe existir, necesariamente, una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad propiamente dicha. Es decir, que la igualdad debe entenderse en función de las circunstancias que concurren en cada supuesto concreto en el que se invoca, de tal forma que la aplicación universal de la ley, no prohíbe que se contemplen soluciones distintas ante situaciones distintas, con tratamiento diverso. Todo lo expresado quiere decir, que la igualdad ante la ley no puede implicar una igualdad material o igualdad económica real y efectiva “(Sentencia número 6832-95 de 16:15 horas del 13 de diciembre de 1995)””

Un caso interesante fue resuelto por la Sala Constitucional en el voto número 2009-3396, de las 13:08 horas, del 27 de febrero de 2009, donde se plantea el reclamo de un funcionario de una entidad descentralizada, por no tener el mismo salario de otras jefaturas,

aun cuando este no contaba con el requisito académico para ostentar el puesto. La Sala concluyó lo siguiente:

“III.- Así las cosas, al analizarse la situación impugnada en este proceso de amparo, la Sala Constitucional considera que es ilegítima y lesiona, a toda luz, el derecho protegido en el artículo 57 de la Constitución Política, motivo por el cual lo procedente es declarar con lugar el amparo en todos sus extremos. En efecto, con independencia del grado académico que actualmente posee el recurrente, se tiene por demostrado que el amparado ocupa el cargo en la dependencia accionada de Jefatura (con todas las responsabilidades y condiciones inherentes a esa función), de ahí que no se aprecia ninguna circunstancia que justifique la brecha salarial existente con respecto a los demás servidores que comparten con el amparado la condición aludida, a diferencia de lo que alega la autoridad recurrida en su informe, cuyos argumentos de ningún modo son compartidos por este Tribunal Constitucional. Queda de manifiesto que el amparado ha sufrido una discriminación injustificada, contraria a su dignidad personal a causa de los hechos alegados en este recurso de amparo, lo cual ha de ser reparado en esta Jurisdicción, teniendo en consideración las competencias y las potestades de este Tribunal Constitucional, a partir de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en la Ley de la Jurisdicción Constitucional (artículos 29 a 56).”

Nótese que de entrada, podría pensarse que obtener un título académico es un elemento objetivo para que un personero, sin el grado académico exigido, tenga una remuneración salarial distinta de aquellos que sí lo tienen. No obstante, el razonamiento de la Sala en este asunto en particular es distinto, pues al recurrente se le exigía exactamente lo mismo que a los otros compañeros que tenían el mismo puesto, de manera que el título en sí no ofrecía ninguna diferenciación en la práctica. Tan es así, que si el título hubiese sido un elemento trascendental para que ocupara el puesto, ni siquiera tuvo por qué haber sido considerado para el puesto de jefatura. Sin embargo, lo siguió ocupando y fungiendo como cualquier otro jefe dentro de la organización; con la diferencia de que no se le remuneraba igual que a los otros.

En otro caso, la Sala Constitucional, mediante el voto número 4840, de las 13:08 horas, del 20 de marzo de 2009, consideró que el no pago de un incentivo médico a ciertos profesionales sí tenía un justificante objetivo, y por tanto no discriminatorio, ya que los puestos y características son diferentes a los establecidos en la normativa en la que se amparaban para solicitar el pago de los suplementos salariales:

“V.- En el caso concreto concluye la Sala que a los amparados no se les ha brindado un trato discriminatorio al no reconocerles la Administración recurrida el pago de incentivos médicos que pretenden, habida cuenta que, según se informa bajo fe de juramento, existe una circunstancia objetiva

que fundamenta el trato distinto en relación con los otros funcionarios a que hacen referencia, a saber, las características de los puestos o plazas que ocupan los recurrentes son diferentes a los supuestos establecidos en la Ley de Incentivos a los Profesionales en Ciencias Médicas y por ende su situación laboral no se asemeja y no posee las mismas condiciones, en relación a los profesionales Mercedes Loaiza Coronado y Carlos Saborío Valverde, razón por la cual los componentes salariales o beneficios relacionados con la citada Ley, no les aplica. Este hecho coloca a los recurrentes en una situación jurídica distinta de aquella cuyos efectos pretenden, de manera que tratándose de un trato distinto con una justificación objetiva y razonable no puede calificarse de discriminatoria la actuación administrativa recurrida, según la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional y, en consecuencia, no se constata para el caso concreto la alegada violación al principio de igualdad, imponiéndose la desestimatoria de este recurso como en efecto se procede en cuanto a ese extremo.”

En el anterior caso, el punto central radicaba en si los recurrentes cumplían con las condiciones exigidas en una ley específica, que creaba una diferenciación salarial. Sencillamente, la situación se resolvió con la indicación de que los puestos no estaban contemplados en la ley, por lo que no podía alegarse discriminación alguna. En este caso, la circunstancia objetiva es la desplegaba por la legislación ordinaria.

Como puede observar de los extractos de las resoluciones de ambas Salas (al cual podemos añadir las citas jurisprudenciales indicadas en su oficio de consulta), el hecho mismo de que existan diferencias salariales (desigualdad) entre determinados puestos similares, no es un problema de discriminación en sí mismo, sino que la discriminación se constituye o concretiza, si no existe un justificante de tal magnitud, que haga la diferenciación necesaria, desde el punto de vista objetivo. La ausencia de ese elemento sí torna la conducta ilegal y violatoria de los derechos fundamentales de la persona.

Usted entenderá que para los suscritos, desde nuestra posición, es difícil hacer conclusiones absolutas, entiéndase sellar que la situación de los “trabajadores ocasionales” de la Municipalidad de Tibás carece o no de justificación objetiva, pues desconocemos por completo el manejo que sobre todos los empleados con puestos similares hace el ente municipal. Además, tampoco es nuestra labor emitir juicios resolutorios en torno a una circunstancia específica, potestad exclusiva de los tribunales de justicia o de las instancias fiscalizadoras de este Ministerio. Esto es así, porque sencillamente no contamos con todos los elementos de juicio suficientes para conformar una valoración lo más apegada a la realidad. No obstante, de su exposición se desprende que el argumento principal para las diferencias salariales es la supuesta naturaleza ocasional de la contratación, la cual también estaría sujeta a prueba por supuesto.

En su caso particular, como le indicamos antes, es aventurado concluir que existe un tratamiento discriminatorio, o bien, por el contrario, concluir que no existe si no tenemos a



MINISTERIO DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
DEPARTAMENTO DE ASESORÍA EXTERNA

la vista el panorama completo. Lo cierto es que para que exista un tratamiento diferenciado deben existir elementos justificantes razonables y objetivamente sostenibles. Pero para cumplir con su solicitud, de acuerdo a su exposición de los hechos, si los trabajadores de planta y los “ocasionales”, que realizan la misma labor, no devengan el mismo rubro salarial, teniendo como fundamento para ello solamente la forma de contratación supuestamente ocasional, consideramos que existen fuertes indicios de un tratamiento discriminatorio para los trabajadores contratados bajo la forma de jornal ocasional.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora

Asesor

Licda. Ivannia Barrantes Venegas

Subdirectora

kcm
Ampo 24G