

DAJ-AE- 235-03
7de octubre del 2003

MBA.
Manuel Corrales Umaña
Jefe de Unidad
División de Desarrollo Integral
Contraloría General de la República
PRESENTE

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 07 de mayo del año en curso, mediante la cual solicita, no obstante lo indicado por esta Dirección en el oficio DAJ-AE-287-2002 del 05 de agosto del 2002, reconsideremos nuestros planteamientos con el fin de admitir una tesis que permita a la Administración contratar los servicios de guardas vigilantes con jornadas nocturnas de seis horas ordinarias y dos horas de tiempo extraordinario permanente, ello debido a la existencia de una serie de contratos donde se involucra la Contraloría en valoraciones de índole laboral y cuya competencia se ve restringida en detrimento de la satisfacción de una necesidad real y apremiante para la Administración.

Entre los argumentos esbozados estima usted "...que en el caso bajo análisis donde en el concurso público han participado empresas privadas que ofrecen sus servicios...para la vigilancia y seguridad de sus instalaciones con jornadas nocturnas de ocho horas, se encuentran involucradas condiciones especiales que necesariamente hay que valorar para determinar su ajuste con la normativa contenida en el Código de Trabajo y los principios generales que informan la materia..."

Indica además que la jurisprudencia no tiene una posición definida a este respecto y continúa: "Bajo esa perspectiva, considero que la jornada nocturna propuesta según los turnos rotativos que utilizan las empresas, puede verse acorde con las disposiciones del Código de Trabajo, si se toman aspectos sociales y económicos, imposibles de desligar de la materia laboral..."

En su consulta expone una serie de inconvenientes tanto para los trabajadores como para la empresas si no se admite la jornada nocturna de 6 horas con dos horas extras permanentes , entre ellos:

- La empresa tendría que aumentar las jornadas ordinarias de los oficiales de seguridad, mermando sensiblemente la posibilidad de que se les pague horas extras.
- Se causarían graves perjuicios económicos a todos los trabajadores, pues hay una disminución en su salario al no contar con la suma que recibían como pago de la jornada extraordinaria.
- Las horas extra en la jornada nocturna, que en todo caso no es fija sino rotativa, no afectan la salud del trabajador, ni su rendimiento laboral, pues puede descansar lo suficiente.
- Provocarían también perjuicios económicos a las empresas si tuviesen que destinar más trabajadores para cubrir los diferentes roles, turnos o jornadas.
- Un cambio de horario conlleva trastornos e incomodidad para los oficiales o guardas al trasladarse hasta su puesto de trabajo o hacia su casa de habitación.”

El consultante indica “...que las jornadas propuestas por las firmas participantes en el procedimiento licitatorio de cita no contradicen la normativa del Código de Trabajo, ni tampoco los principios generales que la informan”, agregando que dicha interpretación va dirigida a garantizar la realización del fin público perseguido, para lo cual señala como reglas de excepción a lo indicado por esta Asesoría, los siguientes argumentos:

“1.- En los trabajos que por su propia condición no sea insalubre o peligrosos, podrán estipularse una jornada ordinaria diurna y una mixta de hasta diez horas, respectivamente, siempre que el trabajo semanal no exceda las cuarenta y ocho horas (artículo 136, párrafo segundo).

2.- Es posible laborar jornadas extraordinarias cuando se presente necesidades imperiosas que así lo exijan, es decir, siempre que se trate de trabajos temporales que sumadas las jornadas ordinarias y extraordinarias no excedan las doce horas, salvo en aquellos casos que sin evidente perjuicio no puedan sustituirse trabajadores o suspender las labores de los que están trabajando (artículo 140).

3.- Para algunos trabajadores o empleados de confianza, por su condición especial y la forma en que desempeñan sus labores, no están sujetos a limitación de jornada, por lo que pueden laborar hasta doce horas diarias, con un descanso mínimo de hora y media durante la jornada (artículo 143).”

Por último afirma en su consulta que con una interpretación a favor de admitir las dos horas de tiempo extraordinario permanente en jornada nocturna, se garantizaría la realización del fin público perseguido, sustentado en lo siguiente:

- “Las normas no escrita –como la costumbre, jurisprudencia y los principios generales de derecho- sirve también para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico.
- A falta de jurisprudencia clara y concluyente sobre el tema de la legalidad de las jornadas, se acude a los principios generales del derecho para tratar de delimitar el campo de acción del ordenamiento jurídico en el caso específico.
- Si bien la jornada extraordinaria debe obedecer a una situación excepcional derivada de una situación específica que la amerite, precisamente se expusieron aspectos legales, económicos y sociales que sustentan el mantenimiento de turnos rotativos con jornadas nocturnas de ocho horas.
- Esta tesis jurídica se fundamenta en una aplicación acorde con la realidad social, buscando balancear los intereses de los patronos empresarios y la protección de los derechos de los trabajadores. Se dejan de lado criterios “positivistas” o “legalistas” para interpretar las normas.
- En la forma en que están propuestas las jornadas, no superan el límite establecido en el artículo 140 del Código de Trabajo, ni el tope semanal de cuarenta y ocho horas. “

Previo a entrar a conocer el asunto, se advierte que al existir un criterio emitido por esta Dirección mediante oficio DAJ-AE-287-2002, del 05 de agosto del año 2002, vamos a entrar a profundizar en el tema sin tocar aspectos generales sobre las jornadas, que ya fueron analizados en esa consulta citada.

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA JORNADA DE TRABAJO.

El Estado Costarricense tiene un marcado carácter intervencionista en lo que se refiere a la materia laboral. Según nos explica María del Rocío Carro¹, esta fue una reacción frente a las políticas liberales que se aplicaron en el siglo pasado, que llevaron no solo a nuestro país sino a toda Centro América a emitir Constituciones Políticas reguladoras de un Estado Interventor en aras de proteger el mercado interno y el pleno empleo.

Igualmente el Código de Trabajo que data de 1943 tiene un tinte altamente proteccionista y es por ello que su normativa se encuentra permeada de una serie de principios que informan el derecho del trabajo , tales como el Principio Protector , el Principio de Irrenunciabilidad, el Principio de Continuidad.

En cuanto al Principio Protector es considerado como el más importante de los que sustentan el Derecho del Trabajo porque “...actúa como criterio

¹ Carro H. María del Rocío “El Proceso de flexibilización de Jornadas en Costa Rica”. Revista Fragua. Año VI. N° 1, San José C.R. pág 17.

fundamental en la medida que quiebra el denominado “Principio de Igualdad” del Derecho Civil; es decir, no se inspira en el denominado principio de igualdad. Expresa Don Américo Plá que: “Mientras que en el Derecho Común una preocupación constante parece ser la paridad jurídica entre contratantes, en el Derecho Laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes, para lograr a través de esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes”. Es decir, el Principio Protector parte más bien de una desigualdad, para lograr la igualdad que supone el Derecho Civil.”²

El Principio Protector se manifiesta o contiene tres reglas: Regla de la norma más favorable que se traduce en el hecho de que si existe más de una norma aplicable a un caso concreto, debe optarse por aquella que sea más favorable al trabajador, aún cuando con ello se rompa el principio de jerarquía. La Regla de la Condición Más Beneficiosa: Sea si existe una nueva norma laboral que disminuye las condiciones más ventajosas en que se encontraba el trabajador, esta no se aplica. Por último tenemos La Regla In Dubio Pro Operario: “es un criterio que debe utilizar el juez o el intérprete de la norma, con el fin de **escoger entre varios sentidos que tenga la norma, aquél que más favorezca a los trabajadores.**”³

En nuestro Código de Trabajo encontramos plasmado El Principio Protector en el artículo 17:

“Artículo 17.- Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y sus leyes conexas, se tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social.”

Sobre las Jornadas de Trabajo el artículo 58 de La Constitución Política establece:

*“Artículo 58.- La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana. **La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana.** El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados. **Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la Ley.**” (El subrayado es nuestro)*

² “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. Departamento Jurídico, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. San José, Costa Rica. 1996. págs 58-59.

³ Ibid. pág. 59

Si tomamos esta norma constitucional y la analizamos bajo los parámetros históricos en que fue creada, sea tomando como referencia los Principios que sustentan el derecho del Trabajo, en especial El Principio Protector, tendremos un panorama más claro sobre los alcances de este artículo y el desarrollo legal del mismo en el Código de Trabajo, el cual aún cuando es anterior al mandato constitucional, se encuentra en la misma línea de pensamiento.

Es así como tiene un mayor sentido la interpretación que hace la Sala Constitucional del artículo 58 de nuestra Carta Magna, al indicar en el voto N° 835-97:

“a) La regulación de la jornada máxima de trabajo constituye, como se sabe, una de las más preciadas conquistas del derecho laboral universal. Nuestro ordenamiento recoge y realza ese principio al punto de elevarlo a norma de rango constitucional (artículo 58), cuya aplicación es absolutamente irrenunciable (artículo 74⁴). Pero es claro que el buen sentido de estas disposiciones -así como de las que, con carácter complementario, recoge la restante legislación laboral- es el de impedir que los trabajadores puedan ser compelidos a trabajar más allá de la jornada prevista, excepto por circunstancias extraordinarias, las cuales -por definición- son siempre variables e irregulares. No puede haber tal cosa como una jornada extra permanente, porque no puede ser ordinario lo extraordinario. No puede el patrono exigirla, ni pueden los trabajadores reclamarla. No puede haber tampoco un "derecho adquirido a la jornada extraordinaria”.

b) La realidad es que en diversos centros de trabajo existe la mala práctica de abusar de la jornada extraordinaria como simple medio para procurar un complemento salarial. Es claro que esta actitud desnaturaliza los propósitos del instituto, y -lo que es más delicado- constituye una seria amenaza para la salud de los trabajadores y su integración familiar. Pero no obstante encontrarnos ya ante transgresiones suficientemente graves por sí mismas, es incuestionable que el problema se ve magnificado cuando -además- se involucra el uso (más bien, abuso) de los fondos públicos.”

Bajo el contexto histórico en que fueron concebidas las normas que regulan el tema de la jornada de trabajo, la interpretación que la Sala hace de las mismas, siempre tiende a proteger a la parte más débil de la relación laboral, el trabajador, lo

⁴ “Artículo 74.- Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. (...)”

cual se traduce en la imposibilidad de admitir tesis flexibilizadoras como lo sería una jornada extraordinaria permanente.

En Conclusión, es claro que constitucionalmente hablando, la jornada extraordinaria se concibe como una excepción, no de toda una actividad, como pretende hacerlo usted ver, sino de circunstancias concretas, extraordinarias dentro de la actividad que se lleva a cabo en la empresa, las cuales por su singularidad compelen al patrono a exigir a sus trabajadores el laborar tiempo extra, por un lapso determinado y aunque suene redundante delimitado en el tiempo, pero con la garantía de volver a la jornada ordinaria cuando los hechos que la motivaron hayan cesado.

De igual manera y tal como se infiere del voto citado, la interpretación de las normas referentes al tema de jornadas de trabajo, no puede realizarse en forma antojadiza, sino solamente sustentada en las normas y fuentes que integran el derecho del trabajo.

Por otra parte, no es posible hacer una mera interpretación basados en la conveniencia de la Administración o de los patronos, e incluso en la aparente conveniencia del trabajador, pues en esta materia topamos con una muralla constitucional sustentada en el Principio Protector y en la misma irrenunciabilidad de los derechos, más allá de la ley y cuya trasgresión se vería agravada, como bien lo indica la Sala, si se involucran fondos públicos para su cometido.

En otras palabras, la única forma para que constitucionalmente hablando se pueda aplicar una jornada nocturna superior a las 6 horas diarias y las 36 semanales, es que una ley expresamente haga esa excepción, siendo inocuo el tratar de desnaturalizar la estructura del mandato constitucional sobre la duración de las jornadas de trabajo.

La jornada nocturna y la jornada extraordinaria desde la perspectiva jurisprudencial.

A este respecto nos dimos a la tarea de dar lectura a cada una de los votos citados en su consulta, agregando además otro tanto que ya por el quehacer diario tenemos en nuestro haber, con lo cual llegamos a la conclusión de que no existen evidentes contradicciones en las tesis expuestas por la Sala Segunda en materia de Jornadas ordinarias y extraordinarias.

Resultó claro que en todos los votos se hace una diferencia tajante entre la jornada que rige a los guardas vigilantes de los guardas dormilones. En los casos de guardas vigilantes cuya jornada se rige por el artículo 136 del Código de Trabajo, en todos los casos sin excepción, se ordena el pago de las horas extras laboradas de

más, lo cual, si bien es cierto en algunos de los votos no fue debidamente fundamentado como una práctica “contra legen”, tampoco se dice que sea legal.

Lo anterior parece encontrar justificación en el objeto del litigio, sea el pago de las horas extras una vez finalizada la relación laboral, toda vez que la práctica ilegal de hacer laborar a los trabajadores una jornada extraordinaria permanente, no exime al patrono de su pago en la liquidación si estas no fueron canceladas con el recargo del 50%, siendo ese el punto principal en la controversia sometida a litigio y que como tal es resuelta.

No obstante, existen votos, tales como los que aquí se citarán que si hacen una clara referencia a la naturaleza jurídica de la hora extra y a las razones por las cuales se limita la jornada nocturna, siendo el criterio coincidente con lo expresado por la Sala Constitucional.

Como ejemplo de ello procedemos a transcribir los siguientes votos:

“(…) La mayor parte de la doctrina, considera que la prolongación de la jornada de trabajo, debe obedecer a una necesidad imperiosa de parte de la empresa. Se trata de una circunstancia excepcional, derivada de una situación específica que la amerite, de ahí que no cabe convertirlas en habituales con la burla consiguiente de la jornada ordinaria, que se estableció respondiendo a necesidades de orden público, interés social y en defensa de la salud del trabajador.” Sala Segunda, Resolución N° 244 de las 11:20 hrs. del 2 de octubre de 1992.”

“La práctica consuetudinaria que alega el recurrente como irrespetada carece de todo fundamento legal. La costumbre como fuente de derecho, no puede ser acogida en contra de los preceptos legales que regulan la materia, dado que las jornadas de trabajo prestadas por los accionantes, en modo alguno pueden constituir un derecho adquirido en su favor, tal y como se señaló en los considerandos precedentes, las horas extra no constituyen una obligación patronal, pues la misma se origina en una situación excepcional y transitoria, y una vez desaparecida, el trabajador se mantiene prestando la jornada ordinaria inicialmente pactada, sin que pueda alegarse algún derecho en ese sentido.” Sala Segunda, Resolución N° 244 de las 11:20 hrs. del 2 de octubre de 1992.

Particularmente interesante resulta el análisis realizado por la Sala Segunda que pasamos a transcribir, disculpando de antemano lo extenso de la cita, solamente justificado por lo provechoso de su contenido:

“En otro orden de ideas, debe tomarse en consideración que por lo general el trabajo nocturno resulta más agobiante que el diurno, pues afecta negativamente la vida familiar; así como el cabal aprovechamiento de los descansos, entre otros factores. No existe, en nuestro país, un recargo específico para el trabajador nocturno,

salvo el que deriva de la equivalencia en la remuneración de dicho trabajo, con el que se realiza en el período diurno, la cual surge de una menor duración de la jornada nocturna, respecto a la diurna. Así, la hora nocturna se paga un 33%, más cara que la diurna. Ello no debe confundirse con el hecho de que la hora extraordinaria, sea más onerosa que la ordinaria (se paga a tiempo y medio, sea con un recargo de un 50%). Las razones que explican ese mayor costo de la hora nocturna, y de la extraordinaria son distintas. Así, (el trabajo extraordinario es remunerado con mayor salario que el que normalmente corresponde, en atención a las siguientes razones: a) Representa un mayor esfuerzo físico y mental del trabajador, con un aumento en el desgaste y agotamiento correspondientes; b) Constituye una ruptura del principio de la limitación de la jornada; c) Expone al trabajador a mayores posibilidades de accidentes de trabajo; d) Altera el libre aprovechamiento de los descansos por el trabajador, su vida familiar, cultural, social, religiosa, recreativa, etc; e) Su utilización gravita negativamente en las posibilidades de un reparto adecuado de las horas de trabajo entre la población económicamente activas; y f) Su uso excesivo incide en los niveles de productividad (MURGAS TORRAZA (Rolando), (La jornada de trabajo y los descansos en el Derecho Panameño (en jornadas de trabajo y descansos remunerados (perspectiva iberoamericana), Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p.166). Por su parte, el mayor valor de la hora nocturna se explica por los siguientes motivos; (Frente a aquellas modalidades de jornada cuya especialidad consiste en alterar sus aspectos cuantitativos, reduciendo o ampliando la duración, la jornada nocturna produce el efecto de modificar el momento de la prestación, alterando los límites cronológicos, habitualmente diurnos, de su ejecución. Destinadas las horas o ciertas horas del período nocturno al descanso, entendida la expresión en su sentido más amplio y variado, la actividad laboral nocturna se considera, con toda razón, como un tiempo de trabajo comparativamente más gravoso que el tiempo de trabajo diurno. Es esta mayor gravosidad del trabajo nocturno, comúnmente apreciada en términos tanto fisiológicos como de relaciones sociales, el factor explicativo de las acciones legislativas o contractuales de esta concreta modalidad de jornada, de naturaleza compensatoria. Dejando de lado las acciones históricas limitativas o prohibitivas del trabajo nocturno, que cumplieron una finalidad de protección de mujeres y menores, el objetivo perseguido por las modernas regulaciones de la jornada nocturna es la compensación de los perjuicios que al trabajador ocasiona una prestación de servicios fuera de los límites horarios normales. Este resarcimiento puede lograrse, en principio, actuando, separada o conjuntamente, sobre los dos aspectos básicos que definen el

régimen de trabajo por cuenta ajena: aumentando el salario, disminuyendo la jornada o combinando un mayor salario con una menor jornada (VALDÉS DAL-RE (Fernando), (Jornada nocturna (, en Estudios sobre la jornada de trabajo, ACARL, Madrid, 1991, p.231).” Sala Segunda, Resolución N° 00336 de las 9:50 horas del 31 de marzo del 2000.

Sobre el análisis doctrinal de esta cita, se infiere, que la limitación de la jornada nocturna no responde a un capricho legislativo sino que se respalda en el desgaste que provoca en el trabajador el laborar horas que deberían ser destinadas a la vida familiar y al descanso físico y mental del ser humano. De esta forma y como una compensación ante la necesidad de los patronos de ocupar personal en jornada nocturna, es que se limita las horas de trabajo en relación con la jornada ordinaria diurna y como ocurre en nuestro país, se le da el mismo valor en moneda de la jornada diurna de ocho horas, resultando más onerosa la jornada ordinaria nocturna en razón de ser dos horas menor.

Todo esto nos lleva a concluir, tal y como lo hace la Sala en la misma resolución que acabamos de citar, que en casos donde el trabajador es obligado a laborar una jornada nocturna extraordinaria en forma permanente, la situación es absolutamente irregular y de sumo inconveniente, toda vez que aún cuando en muchos casos el mismo trabajador acepta gustoso esa situación para aumentar su ingreso familiar, no percata, como igual no lo hace el patrono, que el desgaste físico aumenta sobremanera y trae graves consecuencias, no solo físicas, sino igualmente en el ámbito de su vida personal con el pasar de los años.

En un estudio realizado por Peter Knauth sobre las Horas de Trabajo publicado en la Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo de la OIT⁵ se dice: “El turno de noche es el más perturbador de todos por lo que respecta al ajuste psicológico, al sueño y al bienestar”.

Según este y otros estudios consultados en Internet, bajo la denominación de “siniestralidad en el trabajo”, hay unanimidad en cuanto a los efectos nocivos que tiene sobre el ser humano el trabajo de noche, bien sea en turnos alternos o permanentes, haciéndose necesarias una serie de recomendaciones que tratan de minimizar ese impacto negativo. No obstante, aun si se siguieran esas recomendaciones “El cuerpo humano, sin embargo, no llega a adaptarse nunca a trabajar de noche. Según estimaciones de la Organización Internacional del Trabajo

⁵ O.I.T. Peter Knauth. Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo. Riesgos Generales. Horas de Trabajo (p.43.2) <http://www.ilo.org/public/spanish/support/publ/revue/articles/encyclo.htm>. (C.R. 28 de agosto, 2003)

(OIT), por cada 15 años de actividad nocturna se envejecen prematuramente unos cinco años.⁶

Doctrinariamente hablando, Cabanellas nos dice “Se hizo necesaria así la intervención de la Medicina para determinar los efectos sobre la salud de los trabajadores, con la conclusión de que la labor nocturna es perjudicial en principio, por lo cual debe prohibirse o limitarse en grado extremo. Afírmase así, con un dicho popular, que “la noche se ha hecho para dormir y el día para trabajar” y que el trabajo nocturno invierte los hábitos de vida, basados en las leyes de la naturaleza, y que relega a los trabajadores que se dedican a él en forma continuada, por el empleo obligado de la luz artificial; además de la observación notoria de no ser el descanso diurno tan reparador como el nocturno”

Resulta notorio entonces que la limitación de la jornada nocturna, obedece no solo a un criterio técnico jurídico de interpretación, sino igualmente a lo delicado de variar lo establecido en la ley sin que exista un estudio previo sobre el impacto que esa variación puede tener en la salud de los trabajadores, lo cual sería el principal tema de discusión si se realiza una reforma legal de la normativa existente.

Guarda Dormilón y Guarda Vigilante

Sobre la distinción de jornadas entre un guarda dormilón y uno vigilante, es claro que la misma se fundamenta en las distintas funciones y grado de supervisión de las dos clases de guardas.

El guarda dormilón no está sujeto a ningún tipo de control e incluso puede dormir durante su jornada, lo cual hace que su trabajo no sea pesado y desgastante, bastando su sola presencia para desempeñar a cabalidad el tipo de función asignada, permitiéndose así la ampliación de su hora de entrada y salida, en relación con los trabajadores regidos por el artículo 136, aplicando el artículo 143 del Código de Trabajo, pues este tipo de trabajador no es supervisado.

En el caso del guarda vigilante, el cual si está sometido a un control por parte de su patrono mediante el reloj marcador y otro tipo de mecanismos, la función a desempeñar sí requiere de su atención constante, debe estar absolutamente vigilante y cumplir con un rol de rondas sin que pueda descansar a voluntad, lo cual aunado al hecho de tener que cumplir con ese tipo de prestación en una jornada nocturna, hace que el desgaste sea mucho mayor y por ende se limite a lo prescrito en el artículo 136 del Código de Trabajo.

⁶ Revista el Mundo. Suplemento de Salud N° 448. Isabel Perancho. Las Noches me Matan. <http://www.el-mundo.es/salud/2001/448/1001696396.html>. (28 de agosto del 2003).

Es así, como en el caso del guarda vigilante, es necesario aplicar un criterio restrictivo de interpretación, tomando en cuenta no solo los criterios jurisprudenciales y doctrinarios, sino y quizás con mayor énfasis, los estudios realizados en materia de salud ocupacional, requisito indispensable para poder en un futuro admitir, vía reforma legal una ampliación de la jornada nocturna.

CONVENIO N° 94 DE LA OIT Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Forma parte de nuestro ordenamiento jurídico el Convenio N° 94⁷ de la OIT sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas, el cual fue ratificado por la Asamblea Legislativa, mediante Ley N° 2561 del 11 de mayo de 1960 y publicado en La Gaceta 118 del 26 de mayo de ese mismo año).

⁷ El artículo N° 1 de este Convenio establece su ámbito de acción, siendo aplicable en las siguientes circunstancias:

1. El presente Convenio se aplica a los contratos que reúnan las siguientes condiciones:
 - a) que al menos una de las partes sea una autoridad pública;
 - b) que la ejecución del contrato entrañe:
 - i) el gasto de fondos por una autoridad pública; y
 - ii) el empleo de trabajadores por la otra parte contratante;
 - c) que el contrato se concierte para:
 - i) la construcción, transformación, reparación o demolición de obras públicas ;
 - ii) la fabricación, montaje, manipulación o transporte de materiales, pertrechos y utensilios; o
 - iii) la ejecución o suministro de servicios ; y
 - d) que el contrato se celebre por una autoridad central de un Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual se halle en vigor el Convenio.
2. La autoridad competente determinará en qué medida y en qué condiciones se aplicará el Convenio a los contratos celebrados por una autoridad distinta de las autoridades centrales.
3. El presente Convenio se aplica a las obras ejecutadas por subcontratistas o cesionarios de contratos, y la autoridad competente deberá tomar medidas adecuadas para garantizar la aplicación del Convenio a dichas obras.
4. Los contratos que entrañen un gasto de fondos públicos cuyo importe no exceda del límite determinado por la autoridad competente previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, podrán ser exceptuados de la aplicación del presente Convenio.
5. La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, podrá excluir de la aplicación del presente Convenio a las personas que ocupen puestos de dirección o de carácter técnico, profesional o científico, cuyas condiciones de empleo no estén reglamentadas por la legislación nacional, por contratos colectivos o laudos arbitrados, y que no efectúen normalmente un trabajo manual.

Este Convenio de la OIT, obliga a nuestro país, según lo establece en su artículo 2 a lo siguiente:

“1. Los contratos a los cuales se aplique el presente Convenio deberán contener cláusulas que garanticen a los trabajadores interesados salarios (comprendidas las asignaciones), horas de trabajo y demás condiciones de empleo no menos favorables que las establecidas para un trabajo de igual naturaleza en la profesión o industria interesada de la misma región:

a) por medio de un contrato colectivo o por otro procedimiento reconocido de negociación entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores que representen respectivamente una proporción considerable de los empleadores y de los trabajadores de la profesión o de la industria interesada

b) por medio de un laudo arbitral ; o

c) por medio de la legislación nacional.

2. Cuando las condiciones de trabajo mencionadas en el párrafo precedente no estén reguladas en la región donde se efectúe el trabajo en una de las formas indicadas anteriormente, las cláusulas que se incluyan en los contratos deberán garantizar a los trabajadores interesados salarios (comprendidas las asignaciones), horas de trabajo y demás condiciones de empleo no menos favorables que:

a) las establecidas por medio de un contrato colectivo o por otro procedimiento reconocido de negociación, por medio de un laudo arbitral o por la legislación nacional, para un trabajo de la misma naturaleza en la profesión o industria interesadas, de la región análoga más próxima; o

b) el nivel general observado por los empleadores que, perteneciendo a la misma profesión o a la misma industria que el contratista, se encuentren en circunstancias análogas.

3. La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, determinará los términos de las cláusulas que deban incluirse en los contratos y todas las modificaciones de estos términos, en la forma que considere más apropiada a las condiciones nacionales.

4. La autoridad competente deberá tomar medidas apropiadas, tales como la publicación de anuncios relativos a los pliegos de condiciones o cualesquiera tras, que permitan a los postores conocer los términos de las cláusulas.”

Ante el compromiso asumido por nuestro país ante la OIT, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social emitió la Directriz N° 34 de los ocho días del mes de febrero del dos mil dos, la cual corrige y adiciona la Directriz N° 29 de fecha 10 de julio de 2001, publicada en *La Gaceta* N° 153, Alcance N° 59 del 10 de agosto de 2001, en la cual las autoridades se comprometen al estricto cumplimiento de la normativa laboral por parte de los oferentes participantes en los carteles de licitación, estableciendo inclusive sanciones para aquellos funcionarios que incumplan con dichas especificaciones.

De la normativa citada se concluye, que la Administración no puede hacer una interpretación que vaya en detrimento de los derechos otorgados a todos los trabajadores, anteponiendo como excusa el fin público para así aplicar a los participantes de la licitación los mismos principios que rigen a la relación funcional en detrimento de los trabajadores, pues al suscribir el Convenio N° 94, hay una obligación ineludible de aplicar e interpretar las normas laborales basados en el Principio Protector, lo contrario sería violatorio de la Constitución Política, del Convenio Internacional y de las leyes y decretos que regulan las relaciones laborales dentro del contexto del Derecho del Trabajo Privado.

Por último es importante recordar que la Administración Pública debe obedecer al Principio de Legalidad, de tal manera que no podemos hacer interpretaciones que “...dejen de lado criterios “positivistas” o “legalistas” para interpretar las normas.”, sino que nuestras actuaciones deben ser justificadas por una norma o disposición que previamente nos autorice, tal y como lo consagra nuestra constitución Política en su artículo 11 y que es desarrollada en el artículo 11 de la Ley General de la Administración Pública.

En conclusión:

1.- Es verdaderamente cuestionable que el trabajo de guarda vigilante nocturno pueda ser catalogado como no peligroso, siendo el peligro un factor constante en el desempeño de sus funciones, no solo por el mayor riesgo que representa el desarrollar ese tipo de actividades en jornada nocturna, sino igualmente por el hecho de ser contratados precisamente para cuidar y resguardar los bienes del estado ante un posible ataque o robo de los mismos. No obstante consideramos que tal calificación debe ser solicitada al Consejo de Salud Ocupacional, quienes con criterios técnicos podrán determinar si el trabajo para el cual es contratado un guarda

vigilante nocturno es o no peligro, y por corresponderle legalmente su calificación según el artículo 294 del Código de Trabajo.

Pero independientemente de lo dicho, esta excepción solo se aplicaría a la jornada diurna y la mixta, no siendo admisible en la jornada nocturna, tal y como se deduce de la simple lectura del artículo 136, párrafo segundo.

2.- Respecto a la justificación de la jornada extraordinaria, tanto la doctrina como la jurisprudencia es mas que clara al determinar que solo sería admisible, cuando concurren circunstancias excepcionales dentro de la actividad normal de la empresa, donde por un periodo delimitado se requiera que el trabajador labore una jornada más allá de la que ordinariamente fue pactada, para luego regresar a la normalidad. Lo contrario atentaría contra los límites legalmente impuestos a la jornada ordinaria.

Por lo anterior resulta “contra lege” aceptar la tesis de que toda la actividad a realizar sea por sí misma producto de una necesidad imperiosa, pues ello desnaturalizaría los límites impuestos a la jornada de trabajo.

3.- Los guardas vigilantes no son trabajadores de confianza pues su actividad se realiza bajo la supervisión constante de su patrono, lo cual los diferencia de un trabajador de confianza y de un guarda dormilón, tal y como abundantemente lo ha dicho nuestra jurisprudencia, de tal manera que no se les puede aplicar la jornada de trabajo establecida en el artículo 143 de nuestro Código de Trabajo.

4.- En cuanto al eventual perjuicio que pueden sufrir tanto el patrono, el Estado e incluso el mismo trabajador debemos indicar en cuanto a los dos primeros que la legislación laboral no puede ser aplicada a favor del patrono si ello implica un desmejoramiento de los beneficios otorgados por nuestra legislación al trabajador.

Respecto al Estado, en aras de satisfacer el fin público, en este caso reflejado en la protección de los bienes del Estado, no puede desaplicar o interpretar nuestra legislación en detrimento de los trabajadores regidos por el derecho laboral privado, no solo porque eso sería contrario a los principios que rigen e interpretan la legislación laboral, sino igualmente por la ineludible obligación estatal de hacer respetar lo dispuesto en el Convenio N° 94 de la OIT y todas las directrices emitidas como consecuencia del mismo.

Sobre la anuencia de los trabajadores de aceptar una jornada nocturna de ocho horas, recordemos que aún existiendo consentimiento de su parte, existe el llamado Principio de Irrenunciabilidad el cual no les permite hacer renuncia expresa de los beneficios otorgados por la Ley, tal y como lo establecen los artículos 74 de la Constitución Política y 11 del Código de Trabajo.

Los trabajadores no podrían alegar un perjuicio económico, el cual no constituye un derecho adquirido pues nació de una práctica ilegal, además de que no

toman en consideración y ni siquiera se menciona los efectos que en materia de salud, familia y en general, producen cambios como los solicitados, los cuales deben estar respaldados por estudios serios en materia de salud ocupacional, adoleciendo esta petición de los mismos.

El único punto en el que concuerda esta Asesoría es en cuanto a la incomodidad que produciría el traslado de sus hogares al centro de trabajo y viceversa, no obstante eso es algo que debe ser resuelto por el Patrono.

5.- Comenzando por lo dispuesto en el artículo 58 de nuestra Constitución Política, los límites de la jornada de trabajo son diarios y semanales, no se puede justificar una violación al límite de la jornada diaria, justificado en que no se excede la jornada semanal. Recordemos que la norma constitucional solo admite las excepciones establecidas en la ley, entendiéndose por ley, las que expresamente establece la misma y no las que eventualmente pudieran inferirse de una equivocada interpretación, contraria a los Principios Generales del Derecho del Trabajo.

6.- El hecho puro y simple de admitir la existencia de algunos votos que no contradicen, sino que omiten indicar que la jornada extraordinaria permanente es una práctica contraria al derecho, no constituye un asidero jurídico suficiente como para desnaturalizar al instituto de la jornada extraordinaria y admitir la ampliación de la jornada ordinaria nocturna a través de la autorización para laborar jornada extraordinaria permanente.

Como fue anteriormente expresado, contrario a lo que ustedes indican, considera esta asesoría que tanto la Sala Segunda como la Sala Constitucional tienen un criterio unificado en el tema de las jornadas ordinarias y extraordinarias, lo cual aunado a lo establecido en nuestra Constitución Política, Convenios Internacionales y el Código de Trabajo, interpretado todo bajo los Principios del Derecho del Trabajo que forman la materia nos hace concluir que la propuesta de admitir una jornada nocturna de seis horas con dos horas de jornada extraordinaria permanente es al día de hoy inadmisibile.

7.- Nótese que esta asesoría está plenamente conciente del fenómeno de flexibilización de hecho que estamos viviendo en nuestros días, producto de las nuevas tendencias económicas y las exigencias del mercado.

No somos ignorantes de que la mayoría de empresas que prestan servicios de vigilancia están al margen de la ley en cuanto al cumplimiento de la legislación laboral sobre todo en el tema de las jornadas, no obstante, tal y como quedó demostrado, es imposible para la Administración hacer una interpretación en detrimento de lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, considera esta asesoría que la única forma de lograr lo pretendido es mediante una reforma de ley, la cual se aprovecharía para hacer una seria reflexión sobre el tema, invitando a todos los actores sociales involucrados para que a través del dialogo social se logre una reforma de nuestra legislación que satisfaga a todos los sectores, especialmente el de los trabajadores, por ser estos la parte débil de la relación laboral y la que llevaría sobre sus espaldas las consecuencias positivas o negativas respecto de la ampliación de la jornada nocturna.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Licda. Nancy F. Muñoz Valverde
ASESORA

Licda. Ivania Barrantes Venegas
JEFE a.i.

NFMV/hs
Ampo 11 E.