

DAJ-AE-064-13
13 de marzo del 2013

**Señora
Paula Olivares Ferreto
Secretaria General
Unión de Trabajadores Caja de ANDE
Presente**

Estimada señora:

Se recibió su consulta en esta Dirección el 22 de junio del año 2012, en la cual indica que dos personas que laboran en el mismo puesto, que desempeñan las mismas funciones, comparten el mismo perfil de puesto y las condiciones del mismo como horarios y labores asignadas, pero reciben diferentes salarios base.

Indica que la administración de la institución señala que esta diferencia salarial se fundamenta en las distintas fechas de ingreso de cada trabajador, pues al momento de la contratación se acordaron salarios distintos a los de los trabajadores antiguos. La administración afirma que no están en obligación de equiparar el salario de los trabajadores nuevos a los antiguos pues todos ganan más del salario mínimo.

En su consulta constan 3 específicas que se desarrollarán en el mismo orden en que fueron planteadas.

De previo a dar respuesta a su consulta, se le solicitan las disculpas del caso por el atraso en la atención de la misma, el cual se fundamenta en la gran cantidad de trabajo que ingresa a esta Dirección y el escaso personal con que se cuenta para atenderlo.

I. De las diferencias salariales entre trabajadores.

En primer lugar corresponde definir lo que debe entenderse como salario base, en este sentido, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado:

*“El **salario** es definido en doctrina como “el conjunto de ventajas, económicas, normales y permanentes que obtiene el trabajador como consecuencia de su labor prestada en virtud de una relación de trabajo” (Pla RODRÍGUEZ Américo. (1956). El **salario** en el Uruguay. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad*

*de Montevideo, Montevideo, Uruguay, pp. 12). A partir de la anterior acepción se elaboran una serie de subcategorías referidas al concepto **salario**, dentro de las cuales es preciso diferenciar e **salario base** y el **salario mínimo**. El denominado **salario base** es la remuneración fija o garantizada por unidad de tiempo u obra referidas a una categoría profesional. Para Palomeque López y ÁLVAREZ de la Rosa su importancia radica en los siguientes factores: “a) es la cantidad salarial que normalmente uniformiza al grupo o categoría profesional; b) será, normalmente el soporte para calcular sobre el mismo la cuantía de muchos complementos salariales y c) es un concepto de cierre: cuando una percepción no es asimilable a alguno de los complementos salariales, se imputará al **salario base**.” (Palomeque López Manuel Carlos y ÁLVAREZ de la Rosa Manuel. (2002). Derecho del Trabajo, Décima Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, España, pp. 901). A dicho monto salarial, se le adicionan componentes salariales, basados en percepciones retributivas, en virtud de la concurrencia de determinadas circunstancias. Nuestro ordenamiento jurídico se refiere a ellas como sobresueldos y pluses...”¹*

Teniendo claro lo anterior, debe hacerse referencia 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, a saber:

“...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

¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto número 00530-2010 de las 9:54 horas del 9 de abril de 2010.

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 es 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 desplegada por la legislación ordinaria.

Como puede observar de los extractos de las resoluciones de ambas Salas, 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 esta posición es difícil hacer conclusiones absolutas, entiéndase sellar que su situación carece o no de justificación objetiva, pues desconozco por completo el manejo que sobre todos los empleados con puestos similares hace la Caja de ANDE. Además, tampoco es nuestra labor emitir juicios resolutorios en torno a una circunstancia específica, potestad exclusiva de los tribunales de justicia. 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 propio dicho, se evidencia que la respuesta de la administración es que las diferencias salariales se originan en la antigüedad de los trabajadores, sea que los salarios bases al momento de la contratación son distintos entre unos trabajadores y otros.

En su caso particular, como le indiqué antes, es aventurado concluir que existe un tratamiento discriminatorio, o bien, por el contrario, concluir que no existe. Lo cierto es que para que exista un tratamiento diferenciado deben existir elementos justificantes razonables y objetivamente sostenibles, como para fundamentar que se le da un trato discriminatorio porque su persona perciba un salario inferior que otros personeros que ocupan el mismo puesto en la institución.

}

Ante esto, le dejo la inquietud de acudir a la vía constitucional, con el fin de que la entidad jurisdiccional –Sala Constitucional- emita una resolución vinculante. La otra opción, si con esta guía usted considera que sí existe un tratamiento discriminatorio, es presentar una denuncia ante la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Trabajo, instancia ante la cual deberá presentar las probanzas del caso.

II. De la jornada extraordinaria.

Indica en su consulta que la institución concede el pago de las horas extra solo cuando se completa al menos una hora, es decir no pagan los minutos laborados fuera de la jornada si estos no suman mínimo una hora. Por lo que consultan si esta práctica es legal.

Al respecto se le indica inicialmente que la doctrina ha definido como **jornada de trabajo ordinaria**: *“aquella a la que está sujeto el trabajador de manera permanente y obligatoria. A la misma se le imponen límites máximos que no pueden aumentarse, a excepción de los casos en que la ley lo permita”*²

El Código de Trabajo dispone que la jornada diurna es la establecida entre las 5 y las 19 horas, la nocturna entre las 19 y las 5 horas y la jornada mixta la que se labora entre ambas, salvo que la jornada mixta se trabaje después de las diez y media de la noche o antes de la una y media de la madrugada, en cuyo caso se calificará como jornada nocturna³.

Asimismo, la jornada de trabajo efectivo, no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche, de siete en la mixta y de cuarenta y ocho por semana, pudiendo ampliarse dichos límites, de manera tal que en el día la jornada sea de hasta diez horas y en la jornada mixta se laboren hasta ocho horas, pero igual no deberá excederse de cuarenta y ocho horas semanales. Estas excepciones constituyen lo que se conoce como jornada acumulativa y se permiten en el tanto la empresa así lo requiera y las labores que realice no sean peligrosas o insalubres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del citado Código. En el caso específico de la jornada nocturna, no está autorizada una jornada mayor de las seis horas, lo que implica que no es procedente la jornada acumulativa.

La jornada extraordinaria debe ser temporal y excepcional, pues el establecer una jornada extraordinaria de manera permanente constituye un abuso que pone en peligro la efectividad del principio de la limitación de la jornada una jornada

² Vargas Chavarría, Eugenio, “La Jornada de Trabajo y el Descanso Semanal”, pág. 13

³ De conformidad con los artículos 135 y 138 del Código de Trabajo.

extraordinaria, y pone en evidencia que la necesidad de la empresa no es excepcional, sino de tipo permanente, por lo que en virtud del principio aludido, se impone la obligación para el patrono, de aumentar el personal de la empresa con trabajadores que laboren las horas en las cuales se está requiriendo que los trabajadores laboren en jornada extraordinaria.

De conformidad con los artículos 139 y 140 del Código de Trabajo, todo el trabajo que se ejecute fuera de los límites anteriormente indicados, debe considerarse como **jornada extraordinaria** y remunerarse como tal, es decir con un 50% más sobre el salario que ordinariamente recibe.

No existe en la legislación laboral nacional, una norma que establezca que deben pagarse horas extra solo cuando se alcance al menos 60 minutos, si no lo que se dispone es que TODO el trabajo que se ejecute fuera de la jornada ordinaria se considera jornada extraordinaria, y por lo tanto debe pagarse como tal. Es decir, se debe pagar el tiempo laborado fuera de la jornada aunque sea la fracción de una hora.

III. De los contratos por tiempo definido.

Por principio legal, los contratos de trabajo se presumen de tiempo indefinido, salvo que concurren circunstancias especiales que los conviertan en de tiempo definido. Al respecto el artículo 26 del Código de Trabajo, dispone los casos en que un contrato podrá ser por tiempo determinado, a saber:

*“Artículo 26.- El contrato de trabajo **sólo** podrá estipularse por tiempo determinado **en aquellos casos en que su celebración resulte de la naturaleza del servicio que se va a prestar**. Si vencido su término subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, se tendrá como contrato por tiempo indefinido, en cuanto beneficie al trabajador, aquél en que es permanente la naturaleza de los trabajos.”* (El resaltado es propio de la autora)

De conformidad con lo dispuesto por la norma transcrita, los contratos por tiempo definido solo podrán estipularse en el caso de aquellos trabajos que por su naturaleza se puedan desempeñar durante un lapso determinado siempre que no subsistan las causas que originaron la contratación.

Asimismo la labor ejecutada por el trabajador no debe consistir en la actividad principal del establecimiento, pues si realiza las actividades permanentes de una empresa, el contrato se entenderá como de tipo indefinido.

Doctrinariamente se ha establecido que los trabajadores permanentes “*son aquellos que se incorporan a la empresa para trabajar satisfaciendo las necesidades normales, constantes y uniformes de ésta... Pérez Paton lo considera como aquel que está vinculado normalmente a las actividades de la empresa, explotación o negocio mercantil aunque la prestación del trabajo no sea continua.*”⁴

Una de las características del contrato por tiempo indeterminado, aparte de la permanencia de la labor, es que las partes no le fijan término de finalización, y si así se diera el caso (lo cual lo calificaría como un contrato a plazo fijo), el hecho de presentarse la continuidad de la necesidad laboral, **deja sin efecto tácitamente la fijación del plazo** convirtiendo el contrato en uno por tiempo indefinido⁵.

El contrato por tiempo indefinido constituye la regla general en contrataciones laborales, y uno de sus principales beneficios es que cualquier trabajador que sea despedido sin causa justificada tendrá derecho a que se le pague el preaviso y el auxilio de cesantía, aparte de las vacaciones y aguinaldo proporcionales que le correspondan.

Es importante mencionar que aún cuando el contrato haya sido estipulado como por tiempo definido, en derecho laboral existe el llamado **Principio del Contrato Realidad**, el cual supone que lo que impera no es lo que las partes pactaron en el contrato inicial, sino lo que se da en la realidad laboral; en este sentido, no importa si el contrato se firmó en los términos de contrato por plazo determinado, sino que, siendo la naturaleza de la prestación de servicios permanente, el contrato debe ser también permanente, o sea “por tiempo indefinido” para todos los efectos legales.

Algunas empresas emplean los contratos por tiempo determinado como una forma de evadir el reconocimiento de derechos laborales propios del trabajador producto de la finalización laboral, lo cual perjudica abiertamente al trabajador; razón por la cual en estos casos impera el principio del contrato realidad que como bien se indicó líneas atrás, consiste en que lo que prevalece es lo que realmente se da en la relación laboral.

En el caso en consulta, desconozco las labores que desempeñan los trabajadores contratados por tiempo determinado en la empresa, pero si se trata de labores que consisten en la actividad permanente de la empresa y se prorrogan los contratos durante varios periodos hasta superar el año de plazo, estos contratos se entienden como de tipo indefinido, con la consecuente responsabilidad patronal en caso de terminación de los mismos.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral. Doctrina y Legislación Iberoamericana. Tomo II Derecho Individual del Trabajo. Volumen I Contrato de Trabajo. Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 3ra edición, 1988, p.355.

⁵ En este caso no requeriría la prorrogación del contrato anualmente.



MINISTERIO DE TRABAJO Y
SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
DEPARTAMENTO DE ASESORÍA EXTERNA

Esperamos que las respuestas brindadas en cada tema suplan las dudas esbozadas en su consulta.

De usted con toda consideración,

Licda. Adriana Quesada Hernández
Asesora

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefa a.i.

AQH/Isr
Ampos 24G, 13C, 5E