

DAJ-AE-066-2008
18 de marzo del 2008

Señor
Lic. Ronaldo Blear Blear
Secretario General
SINDICATO DE TRABAJADORES DE JAPDEVA
PRESENTE

Estimado señor:

Damos respuesta a su consulta remitida a esta Dirección por Licda. Cecilia Hudson Hill, Jefe Región Huetar Atlántica, el día 05 de febrero del presente año, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico en relación con la aplicación del artículo 33 BIS (cancelación del tiempo extraordinario permanente) de la Convención Colectiva vigente que se detalla textualmente así: *“Cuando por alguna razón JAPDEVA elimine las horas extras que el Trabajador venga laborando, la Institución deberá pagarle una indemnización parcial de cesantía en una suma proporcional a las horas extras que deja de devengar...”* La Administración para el cálculo de dicha indemnización, si un trabajador se encuentra en vacaciones los últimos seis meses toma en cuenta ese periodo; el criterio de ese Sindicato, que esto es improcedente, es ilegal, perjudicando al trabajador de manera considerable y directa. Por las siguientes razones: 1) El trabajador en su periodo de vacaciones no genera tiempo extraordinario 2) para el cálculo de la liquidación parcial debe contabilizarse como en verdad lo aplicó la Administración solo el tiempo efectivamente laborado. 3) Sin embargo, según quejas que constan en la Organización, vario trabajadores aducen que el promediar para el mencionado cálculo, le fueron incluido los días de vacaciones generando un error en el monto a pagar.

Como se le indicó en el pronunciamiento DAJ-AE-100-06 del 08 de febrero de 2006, de conformidad con los artículos 3 de la Ley Orgánica y 20 inciso c) del Reglamento de Reorganización y Racionalización, ambos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el 129 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección sólo es competente para atender y resolver consultas que se refieran a la aplicación de la legislación social o sobre la interpretación de las leyes de trabajo, seguridad y bienestar social y demás disposiciones conexas, que formulen las autoridades nacionales, las organizaciones de empresarios y trabajadores y las personas particulares, por lo que no contamos con la

□PAGE □1□

competencia, para analizar los alcances con que cuenta la Contraloría General de la República, para aprobar o improbar el pago de disponibilidad para sus funcionarios, así como tampoco tenemos competencia para intervenir por ustedes, ante ese Órgano Contralor.

No obstante, trataremos de abordar su consulta, analizando los aspectos relacionados con la interpretación de las leyes de trabajo y la Convención Colectiva de esa Institución.

Sobre el particular creemos conveniente referirnos en forma separada a los conceptos que involucra su consulta, con el fin de exponerle lo dispuesto por nuestra legislación sobre las jornadas laborales, en especial lo referente a la jornada extraordinaria, y el cálculo de vacaciones en liquidación de cesantía.

SOBRE LA JORNADA EXTRAORDINARIA

Como regla general, la Ley ha impuesto límites máximos que no pueden excederse. Es así como el Código de Trabajo¹ 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:

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.

La jornada nocturna esta comprendida entre las diecinueve y las cinco horas, permitiéndose laborar dentro de dicho período, solamente seis horas.

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, de 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.

¹ Artículos 135, 136 y 138 del Código de Trabajo.

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 treinta y seis, en jornada nocturna.

En cuanto a la **jornada extraordinaria**, nuestro Código de Trabajo establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 140: La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria no podrá exceder de doce horas, salvo que por siniestro ocurrido o riesgo inminente peligren las personas, los establecimientos, las máquinas instalaciones, los plántíos, los productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no pueden sustituirse los trabajadores suspenderse las labores de los que están trabajando.”

De acuerdo con estas disposiciones, la jornada extraordinaria encuentra también limitaciones en cuanto a su duración; estas limitaciones obedecen a su propia característica de “extraordinaria”, lo cual supone que debe ser siempre **temporal**, motivada por una circunstancia especial, excepcional y que procede en situaciones de emergencia o impostergables de las empresas; ya que el cumplimiento de horas extras en forma diaria o frecuente, constituye una ilegalidad cuyo abuso pone en peligro la efectividad del principio de la limitación de la jornada. En este sentido, cuando se requiere que los trabajadores laboren una jornada extraordinaria permanente, se 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 la presencia de aquellos que tienen que aumentar su tiempo ordinario.

De acuerdo con todo lo expuesto, y en atención a su consulta, es evidente que los trabajadores que hace alusión, laboran tiempo extraordinario de manera permanente, incurriendo esa Institución en una ilegalidad; toda vez que, como se indicó líneas atrás, la jornada extraordinaria solamente procede en aquellos casos en que se trata de situaciones emergentes de la empresa, y por lo tanto temporales, no teniendo fundamento jurídico el establecimiento de una jornada extraordinaria permanente. Esta Asesoría considera absolutamente ilegal la jornada extraordinaria permanente, pues el hecho de estar contemplada como disposición de convención colectiva no le otorga legalidad a la actuación, más bien es criterio de esta Asesoría que no debe negociarse en términos ilegales, pues si bien la convención colectiva permite establecer beneficios superiores a la Ley, no constituye una salida jurídica para mantener cláusulas contrarias a la legislación ordinaria y/o constitucional.

□PAGE □3□

Ahora bien, con relación a la homologación y el aval, hechos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, le reiteramos lo indicado en el pronunciamiento DAJAE-100-06 citado, que dice:

*De “conformidad con lo que establece el Código de Trabajo en su artículo 54 se define como Convención Colectiva, aquella “que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, con el objeto de reglamentar las condiciones en que el trabajo deba prestarse y las demás materias relativas a éste. **La convención colectiva tiene carácter de ley profesional y a sus normas deben adaptarse todos los contratos individuales o colectivos existentes o que luego se realicen en las empresas, industrias o regiones que afecte...**”*

*En este mismo sentido la Constitución Política establece que las convenciones colectivas “**Tendrán fuerza de ley**”, lo que significa que se encuentran ubicadas jerárquicamente al lado de las leyes ordinarias. Pero a diferencia de éstas, las convenciones colectivas tienen objetivos y finalidades distintas, lo cual nos lleva al hecho de que estos instrumentos, no pueden contener normas contrarias a la legislación común, tal como lo ha dejado claro la Sala Constitucional en el Voto que expresa lo siguiente:*

*“Por disponerlo así expresamente el artículo 62 de la Constitución Política, las convenciones colectivas de trabajo que se celebren conforme a la ley, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes. Y como hemos dicho que uno de los objetivos de las convenciones colectivas de trabajo, es revisar el contenido mínimo de los beneficios legales establecidos para los trabajadores, en principio, es posible argumentar que es jurídicamente válido que una convención colectiva pueda introducir modificaciones o reformas de carácter legal. Pero como en el artículo 129 de la Constitución Política se señala que las leyes son obligatorias y sólo pueden ser derogadas por otra posterior, debemos concluir que una norma de una convención colectiva no puede quitar vigencia a las leyes ordinarias, sino que, tratándose de relaciones laborales, de hecho se pueden superar esos mínimos existentes, pero sólo para el caso concreto de que se trata, manteniendo la ley su vigencia. Es decir, que las disposiciones normativas de **las convenciones colectivas de trabajo, deben ajustarse a las normas legales laborales existentes, las que pueden superar cuando se trata de conceder beneficios a los***

trabajadores, siempre y cuando no se afecten o deroguen disposiciones de carácter imperativo, con lo que se quiere decir que las convenciones colectivas de trabajo, quedan sujetas y limitadas por las leyes de orden público.² (el resaltado no es del original).

*En este sentido, la fuerza legal de las convenciones colectivas se limita en primer lugar al ámbito de aplicación³; y en segundo lugar, a que su contenido no sea contrario a la **legislación común.***

Por esta razón, debemos dejar claro, que aunque el Departamento de Relaciones Laborales de este Ministerio, por razones que desconocemos, homologara una jornada extraordinaria permanente establecida en la Convención Colectiva, lo cierto es que esta Dirección de Asuntos Jurídicos no puede ser condescendiente con dicha aprobación pues ella por sí misma no puede avalar normas ilegales o inconstitucionales; es por lo tanto que más bien consideramos que la jornada en cuestión, debe corregirse a la luz de la legislación para no violentar derechos laborales de los trabajadores de JAPDEVA. Debe quedar claro para el consultante, que los derechos laborales especialmente tratándose de jornadas mínimas, son producto de la lucha histórica de la clase obrera que ha pretendido fijar límites tanto diarios como semanales, evitando con ello la explotación del hombre por el trabajo, de ahí la protección constitucional que se le brinda a estos derechos, no siendo dable considerar que más bien la extensión de las jornadas “en jornadas extraordinarias permanentes” en transgresión abierta a la legislación, sea un beneficio para los trabajadores.

SOBRE EL CÁLCULO PARCIAL DE CESANTÍA

Ahora con relación con la legalidad del cálculo de la indemnización parcial de cesantía a los trabajadores que se le eliminen las horas extras que el trabajador venga trabajando, debemos de indicarle que esta Asesoría por lo general no responde sobre temas que a todas luces resulta total y absolutamente ilegal. No obstante haciendo un esfuerzo por no dejar al descubierto esa parte de la consulta, nos referiremos al cálculo de la cesantía.

Para el cálculo de cesantía, consideramos importante transcribir algunas normas que lo conducente contiene nuestro Código de Trabajo:

² Sala Constitucional Voto N° 1355-96, de las 12:18 horas del 22 de marzo de 1996.

³ De conformidad con el artículo 55 del Código de Trabajo.

“Artículo 29: *Si el contrato de trabajo por tiempo indeterminado concluye por despido injustificado, o algunas de las causas previstas en el artículo 83 u otra ajena a la voluntad del trabajador, el patrono deberá pagarle un auxilio de cesantía de acuerdo con las siguientes reglas: ...”*

“Artículo 30: *El preaviso y el auxilio de cesantía se registrarán por las siguientes reglas comunes:*

...b) La indemnización que corresponda se calculará tomando como base el promedio de salarios devengados por el trabajador durante los últimos seis meses que tenga el trabajador durante los últimos seis meses que tenga de vigencia el contrato, o fracción de tiempo menor si no hubiere ajustado dicho término;..”

Por su parte, la Convención Colectiva suscrita por JAPDEVA, vigente a la fecha, señala, en su artículo 61, entre otras cosas, que “para el cálculo de este derecho se seguirán los procedimientos y término regulados en el artículo 29 del Código de Trabajo.”

Se desprende de las normas supratranscritas, en caso de rompimiento de la relación laboral, cuando corresponda el pago del auxilio de cesantía, éste deberá calcularse con base en los salarios de los últimos seis meses, es decir que se trata de los últimos seis salarios mensuales que haya recibido el trabajador, como consecuencia de su trabajo realizado.

Es decir se toma en cuenta el promedio de todos los salarios ordinarios y extraordinarios devengados por la persona trabajadora en los últimos seis meses de vigencia del contrato, o fracción de tiempo menor si no hubiere ajustado dicho término.

No se cuenta el tiempo en que la persona trabajadora estuvo incapacitada por enfermedad. En tal caso se suman los salarios devengados durante los lapsos anterior y posterior de dicha incapacidad, para completar los seis meses efectivos de trabajo.

En los casos en que hubo licencia por maternidad, los cuatro meses de ésta sí se suman para el cómputo indicado, de conformidad con el artículo 95 del Código de Trabajo. Así mismo, se debe computar el periodo de vacaciones⁴, si el trabajador disfruto de éstas, en los últimos seis meses.

⁴ De conformidad con el artículo 153 del Código de Trabajo,” para calcular **el salario** que el trabajador deber recibir durante sus vacaciones, se tomará el promedio de las

Por consiguiente, esta Asesoría es del criterio que la Administración de JAPDEVA actuó con forme lo establecido en la Convención Colectiva, al calcular el pago parcial de cesantía, considerando los salarios correspondientes a vacaciones, sí el trabajador disfrutó de éstas en los últimos seis meses, ello por cuanto el cálculo de cesantía, tal como lo vimos, se hace con base en los salarios devengados durante los últimos seis meses de labores, y como lo percibido durante las vacaciones es salario para todos los efectos, debe incluirse en ese cómputo.

Asimismo, el salario de las vacaciones, tal como lo indica el artículo 157 del Código de Trabajo, debe hacerse con base en el salario ordinario y/o extraordinario devengado durante las últimas 50 semanas de labores, por ello esta Asesoría, no logra captar cuál es el problema o perjuicio del cálculo que según su nota realiza la Administración de JAPDEVA, pues si los cálculos se realizan de la manera expuesta líneas atrás, no se evidencia perjuicio alguno para los trabajadores.

De Usted, con toda consideración,

Licda. Teresita Alfaro Molina
ASESORA

Licda. Ivania Barrantes Venegas
JEFE

TAlfaro/ihb

Ampo: 10 C

remuneraciones ordinarias y extraordinarias devengadas por él durante la última semana o el tiempo mayor que determine Reglamento,...” De esta norma se desprende el disfrute del pago de vacaciones forma parte del salario.

PAGE 7