

---

DAJ-AE-186-2013.  
24 de junio del 2013.

Señores:  
Agencia de Cooperación Internacional del Japón.  
JICA.

Presente.

Estimados Señores:

Damos respuesta a su consulta recibida en ésta Dirección el día 20 de diciembre del año 2012, mediante la cual solicita nuestro criterio respecto del pago de los viáticos y horas extras de los trabajadores del JICA cuando éstos realizan giras o viajes dentro o fuera del país.

En primer lugar, consideramos procedente brindar las disculpas del caso por el atraso ocurrido en la evacuación de su consulta, la misma se debe a la enorme cantidad de consultas que se encuentra atendiendo ésta Asesoría Legal, en materia de derechos laborales.

#### Sobre el Caso Concreto.

**Primero:** Se estima necesario para dar un adecuado tratamiento al primero de los casos expuestos y su correlativa consulta, definir si el viático diario fijo (para alimentación), el cual pasó de tener una tarifa aproximada de \$30 a \$15, reviste o no de la naturaleza salarial, para lo cual traeremos a colación la Resolución de la Sala II de la Corte Suprema de Justicia número 2006-00004, de las diez horas del dieciocho de enero del año dos mil seis que dijo en lo que nos interesa:

*“... Cabanellas explica que el viático sólo puede ser considerado salario, en el tanto implique un aumento en la retribución percibida por el trabajador, mas no en aquellos casos en que se utiliza para cubrir los gastos que éste debe realizar. Así, si el trabajador no debe rendir cuentas sobre los gastos en que incurrió, sin poderse determinar los verdaderos gastos que enfrentó, lo concedido se estima como salario. Al respecto, explica: “Debe calcularse como salario aquella parte del viático que incrementa el patrimonio del trabajador; lo que excluye las sumas por reintegro de fondos empleados en el cumplimiento de las tareas encomendadas. Reviste también el carácter de salario el viático fijo e invariable que el trabajador percibe sin cargo de rendir cuentas y con*

---

*independencia de los gastos efectivos del viaje*". Y, más adelante, señala:  
"Pero si se le abonan sumas que, además de compensarle los mayores gastos y el costo del transporte, representan un excedente sobre lo realmente gastado, el viático aumenta la retribución y forma parte de ésta."  
(La negrita y subrayado no está en el original. CABANELLAS, *op.cit.*, pp. 767-768).<sup>1</sup>

Como ha sido sostenido por el Tribunal de cita y por el Tradadista Cabanellas, se considera que el viático tendrá naturaleza típicamente salarial cuando deja de ser una simple compensación de los gastos en que ha incurrido el trabajador y lo concedido puede llegar a aumentar la retribución de éste, pasando entonces a formar parte jurídicamente del salario; entonces el viático tienedejándose por el contrario aquella naturaleza salarial cuando no se deba realizar liquidación por los gastos incurridos y pagados por el trabajador en la ejecución de su trabajo.

En tal sentido la Sala Segunda en una de sus jurisprudencias más recientes ha reconocido que:

*"Se ha dicho que el tipo de viático que tiene ese carácter retributivo es aquel donde se paga una suma periódica y estable. Por el contrario, cuando el trabajador debe realizar una liquidación por los gastos en que incurrió y pagó de su propio peculio, se ha considerado que carecen de aquella naturaleza. En efecto, en dichos casos, lo que se está haciendo es compensar a la persona colaboradora por los montos que debió desembolsar de su dinero, de ahí que estos no reporten beneficio económico alguno para ella. Esta Sala, en el voto número 690, de las 15:10 horas del 25 de agosto de 2011, resolvió: "Como ha sido sostenido por este tribunal, se considera que el viático sí tiene naturaleza típicamente salarial cuando deja de ser una simple compensación de los gastos en que ha incurrido el trabajador y lo concedido viene a aumentar la retribución de este, pasando entonces a formar parte jurídicamente del salario".<sup>2</sup>*

Habiéndose definido con claridad en que casos el viático cuenta con naturaleza salarial y en que casos no, y partiendo del hecho que de conformidad con lo enunciado en la consulta se infiere que el viático diario fijo (para alimentación), como su nombre lo refiere es un monto fijo y no exige liquidación de éste mediante la presentación de facturas por parte del empleado; se puede inferir que éste viático reviste de naturaleza salarial.

---

<sup>1</sup> SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2006-00004, de las diez horas del dieciocho de enero de dos mil seis.

<sup>2</sup> SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2012-001085 de las diez horas diez minutos del veintinueve de noviembre de dos mil doce.

Resultante de la naturaleza salarial del viático diario fijo (para alimentación), se requiere precisar que de conformidad con el artículo 18 del Código de Trabajo, el contrato de trabajo se configura con la simultanea concurrencia de tres elementos esenciales sean estos la prestación personal del servicio, la remuneración de un salario y la subordinación.

Al ser el salario uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, el patrono se encuentra restringido en el ejercicio de su poder del Ius Variandi en cuanto a la posibilidad de producir modificaciones sustanciales que afecten materias como por ejemplo el sistema de remuneración o salario; ya que ésta facultad puede ejercerse en el tanto las medidas tomadas, no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni mermen los beneficios del trabajador, debido a que si el patrono ejerce su derecho de manera abusiva o arbitrariamente, en perjuicio de los intereses del empleado, lo autoriza a éste último a colocarse en una clara situación de despido injusto.

Partiendo de lo anterior y al revestir el viático diario fijo (para alimentación) de naturaleza salarial, éste no puede variarse en detrimento de los trabajadores, por lo tanto la variación de la tarifa de \$30 a \$15, resulta ilegal al constituir un Ius Variandi Abusivo del Salario, esto sin tomar en cuenta que la disminución es sumamente drástica y el dinero diario de \$15 parece insuficiente para cubrir los gastos de alimentación diaria que deben gastar los trabajadores cuando laboran fuera de las oficinas de la empresa.

**Segundo:** Con anterioridad a referirnos a la consulta formulada dentro del segundo de los casos, resulta menester traer a colación que dentro de la información apuntada en el caso se dispone que: *“No se pagan horas extraordinarias durante el receso del almuerzo aunque el empleado deba trabajarlo por circunstancias especiales. Se ha convenido con ellos en la medida de lo posible que tomen ese tiempo de almuerzo en otra hora”*.

Sobre éste particular, reviste de importancia apuntar, que el tiempo de descanso a la mitad de la jornada, el cual usualmente se utiliza para almorzar, se encuentra estrechamente ligado con el tipo de jornada en que se labore, sea ésta continua o fraccionada, por lo tanto, se debe tomar en consideración que si la jornada fuere continua y aunque se suponga que el trabajador está a disposición del patrono durante el descanso, no puede el patrono abusar de su posición y privar al trabajador de su derecho al descanso para alimentación, tanto por razones de salud como por ser un derecho laboral irrenunciable a favor del trabajador según el artículo 11 del Código de Trabajo.

En este sentido, el hecho de que el descanso en la jornada continua sea considerado tiempo de trabajo efectivo y por tanto remunerado, expresa el autor Francisco de Ferrari, que *“no quiere decir que se trate de un descanso que mantiene al trabajador a la orden de la empresa y del que puede disfrutar si el patrono no necesita su servicios. Si la ley establece el descanso intermedio como necesario para la salud del trabajador, no puede*

---

*el intérprete sostener que durante el descanso el asalariado queda a la orden del empleador, porque semejante interpretación supondría la derogación de la norma que establece el descanso y su aplicación quedaría librada a la arbitrariedad del patrono.”<sup>3</sup>*

Por lo anterior, si el trabajador está en su tiempo de descanso el patrono deberá respetarlo, no obstante si existen razones muy especiales y justificadas por las que el trabajador no pueda tomar el descanso, si es posible pactar el descanso, por esa vez, en otro momento dentro del mismo día. Por su naturaleza no es procedente entender que el tiempo laborado por el trabajador durante el tiempo que correspondía su alimentación en jornada continua puede ser reconocido como tiempo extraordinario, es necesario que se conceda SIEMPRE aunque sea en diferente momento dentro de la jornada debido a las circunstancias especiales de uno u otro día.

No obstante lo anterior, si la jornada fuere fraccionada cualquier labor que fuere desplegada por el trabajador durante el tiempo de descanso a la mitad de la jornada, si tendría que serle remunerada como horas extras, ya que éste tiempo no constituye tiempo efectivo de trabajo y no es remunerado, o sea no conforma parte de la jornada ordinaria de trabajo y por ende cualquier labor que se despliegue durante éste estaría siendo realizado en una jornada extraordinaria.

Resulta de importancia advertir en ambos sentidos, que el tiempo de descanso a la mitad de la jornada, así como su nombre lo refiere debe ser otorgado y disfrutado a la mitad de la jornada en la medida de lo posible, por lo tanto, deberá siempre procurarse que el trabajador tenga su descanso lo convenido en cuanto a que en la medida de lo posible estos tomen su almuerzo en otra hora reviste en ser ilegal, ya que no se está respetando el principio referente a que el tiempo de descanso sea disfrutado a la mitad de la jornada.

Aunado a lo anterior, dentro de la redacción de la consulta formulada en del segundo caso se dispone que: *“Cuando los funcionarios viajan al extranjero en funciones propias de sus cargos, nuestra oficina no les cubre el pago de las horas extraordinarias por las siguientes razones: a) si el viaje inicia o finaliza en fin de semana o día feriado, se le otorga al funcionario el día o días libres correspondientes en otras fechas a convenir, b) no se le cubre al funcionario el pago de horas extras mientras está fuera del país, porque no hay forma de verificar si realmente tuvo que trabajar tiempo extra.”*

Para efectos de dar respuesta esa interrogante, resulta necesario aclarar que el pago de las horas extras y el reconocimiento del pago doble del salario por haber ocupado al trabajador durante su día de descanso semanal o durante un día feriado, son dos aspectos distintos, sin embargo los mismos se pueden complementar y no son excluyentes entre sí; ya que la hora

---

<sup>3</sup> DE FERRARI, Franciso. Derecho del Trabajo, Vol.III, 2da edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos aires, 1977. Pag. 94.

---

extra se remunera con un 50% más del salario ordinario que percibe el trabajador, de conformidad con el artículo 139 del Código de Trabajo y las labores ejercidas durante el día de descanso semanal o durante un día feriado se remuneran de forma doble de conformidad con los artículos 149 y 152 del Código de Trabajo.

Atendiendo a lo anterior y para el caso concreto, debemos de apuntar que si al trabajador se le llegare a ocupar durante su día de descanso semanal o durante un día feriado, para que éste atendiera la solicitud de viaje al exterior por razón de las funciones propias de su cargo; lo que les correspondería percibir sería el pago doble del salario; para ello se debe valorar que el no disfrute de esos días no es voluntad del trabajador, sino que obedece al interés patronal pues el viaje es parte de su contrato de trabajo y no una decisión voluntaria y de diversión o personal..

A pesar de que es cierto que el control de horas extras estando el trabajador en el extranjero puede ser un aspecto difícil de controlar por razones obvias, esta Asesoría recomienda que antes de todo viaje se hagan acuerdos con los trabajadores y se dejen claras las reglas del mismo, tanto respecto al pago de horas de viaje como el tiempo de descanso y cualquier otro aspecto que consideren necesario. Es importante hacer ver que estos acuerdos deben ser firmados por el trabajador procurando no violentar ningún derecho laboral, y si el trabajador no quiere firmarlo pues la empresa puede tomar la decisión de no enviarlo al viaje y sustituirlo con otro empleado. De igual forma se sugiere que la empresa dicte normas internas que regulen este tema sin violación de derechos laborales, pero con ello se evitan muchas de las situaciones que parece que suceden con los viajes de sus trabajadores, así dejan las reglas claras y se evitan los problemas con los trabajadores.

**Tercero:** Para referirnos al tercero de los casos y dar respuesta a sus preguntas, resulta necesario hacer remisión al artículo 38 del Código de Trabajo, que dice: “Si se contrata al trabajador para servicio o ejecución de obra en lugar distinto al de su residencia habitual en el momento de celebrarse el contrato, el patrono sufragará diariamente los gastos razonables de ida y retorno, siempre que haya diez o más kilómetros de separación entre ambos sitios.

De conformidad con lo anterior, y en respuesta a las dos primeras preguntas formuladas, debemos indicar que la distancia establecida de 100 Km. (ida y vuelta), no concuerda con la distancia establecida en nuestro ordenamiento jurídico, al ser ésta de 10 Km., con lo cual se contravienen la norma jurídica citada.

Por último y en lo que respecta a si se debe de pagar el viático por medio día de trabajo, resulta primordial recordar que el viático surge cuando “...se está ante un suplemento retributivo, ante una compensación, que el patrono abona al trabajador para que este haga frente a los desembolsos originados por el alejamiento transitorio de su residencia, siempre que deba efectuar una diligencia, comisión o encargo en nombre de la empresa de

---

*la que dependa./ [...] / El viático genuino comprende tanto los gastos de viaje como los mayores desembolsos por alimentación y demás, cuando ese traslado es imperativo, impuesto por la empresa, por razón del servicio que el trabajador debe prestar. Cuando éste debe viajar para prestar, por orden de la empresa, una tarea determinada, deben compensársele los gastos originados por dicho motivo; entonces la empresa debe darle, a prevención de tales gastos, una suma, que se denomina viático, y de la cual tiene que rendir cuentas el trabajador”. (Cabanellas de Torres, op.cit., p. 767).”<sup>4</sup>*

De conformidad con lo anterior y en respuesta a la consulta, debemos de indicar que los viáticos deben ser pagados con independencia del tipo de jornada en que labore el trabajador, sea ésta una jornada completa o media jornada, o menos tiempo, ya que como bien lo apunta la Sala Segunda en el extracto transcrito el viático es un “*suplemento retributivo que el patrono abona al trabajador para que este haga frente a los desembolsos originados por el alejamiento transitorio de su residencia, siempre que deba efectuar una diligencia, comisión o encargo en nombre de la empresa de la que dependa*”, de lo cual no se infiere condición alguna respecto del tipo de jornada en la que el trabajador deba laborar o del tiempo que comprenda su jornada ordinaria de trabajo; por lo tanto y de forma concreta se debe de indicar que sí se deben de pagar los viáticos al empleado por medio día de trabajo, siempre y cuando haya razón o causal para el pago de los mismos.

Cordialmente,

**Lic. Roberto Pacheco Muñoz.**  
**Asesor.**

**Licda. Ivania Barrantes Venegas.**  
**Jefa.**

RPM/lsr  
Ampo13E y 24E(2)

---

<sup>4</sup> **SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución 2010-000839 de las dieciséis horas veinte minutos del diez de junio de dos mil diez.**