

DAJ-AE-201-10  
1 de octubre de 2010

Personal de Spoon

Estimados consultantes:

Procedemos a dar respuesta a su consulta del 18 de noviembre del 2009, donde solicitan nuestro criterio jurídico acerca de la situación que les está afectando, concretamente es referente a la variación de la jornada de trabajo. Inicialmente en el contrato se estipuló de ocho horas continuas, con el respectivo descanso para tomar alimentos de treinta minutos, y quince minutos para el café, tiempos que se consideraban como pagos, y ahora ustedes mencionan que de forma unilateral y sin su consentimiento, el patrono arbitrariamente cambió el horario dividiéndolo, para dejar como efectivas ocho horas y que el tiempo de almuerzo igual fuera de 30 minutos y treinta minutos desayuno. Es importante antes de emitir nuestro criterio tener claro conceptos relacionados con su consulta.

### **De las Jornadas Laborales**

Nuestra legislación 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, como se ve de seguido:

- 1- 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, siempre que la actividad que se lleva a cabo no sea insalubre o peligrosa.<sup>1</sup>
- 2- La jornada nocturna está comprendida entre las siete de la noche y las cinco de la mañana, permitiéndose laborar dentro de dicho período, solamente seis horas.<sup>2</sup>
- 3- La jornada mixta, para la cual si bien no existe una delimitación legal como la nocturna y la diurna, la misma constituye un híbrido entre las dos, de tal manera que será jornada mixta, cuando se trabaje antes y después de las siete de la noche o, antes y después de las cinco de la mañana; pero en ambos casos la jornada ordinaria no puede exceder de tres horas y media después de las siete de la noche, ni antes de las cinco de la mañana, pues se convierte en nocturna. Esto quiere decir que si un trabajador, dentro de la jornada ordinaria mixta labora después de las 10:30 de la noche o antes de la 1:30 de la madrugada, ya se considera jornada ordinaria nocturna. Este tipo de jornada no puede

<sup>1</sup> Ver artículos 135 y 136 del Código de Trabajo

<sup>2</sup> Ibídem

exceder de siete horas<sup>3</sup>, salvo que se trate de trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosas, en cuyo caso podrá ser de hasta ocho horas.<sup>4</sup>

- 4- En todo caso, el trabajo semanal total no podrá exceder nunca las 48 horas durante la jornada diurna o las 36 horas durante la jornada nocturna.

Ahora bien, cuando se labora una jornada diurna de hasta diez horas y una jornada mixta de hasta ocho horas, siempre que no exceda de 48 horas en la semana, decimos que se labora una jornada acumulativa, concepto que alude a una ficción jurídica, que toma el sábado como día efectivamente laborado, aunque no se labore, pues sus horas están siendo laboradas de lunes a viernes.

Asimismo cuando la jornada se establece con menos horas que los límites legales citados, decimos que se trata de una jornada disminuida.

El trabajo que se ejecute fuera de estos límites indicados, de conformidad con el artículo 139 del Código de Trabajo, debe considerarse como tiempo extraordinario y por tanto remunerarse como tal, es decir con un 50% más sobre el salario que ordinariamente recibe.

### **Tiempo de Descanso:**

En cuanto al descanso de media jornada diaria, la doctrina la ha considerado como una pausa dentro de la jornada laboral, la cual es dada al trabajador para reponer sus fuerzas y poder continuar el resto de la jornada, con el descanso y claridad suficientes a fin de realizar el trabajo de la mejor manera posible.

De conformidad con el artículo 136 del Código de Trabajo, las partes son las que determinan el tiempo de descanso, el cual puede establecerse en forma continua o fraccionada.

Tal y como lo establece el artículo 137 del mismo cuerpo legal, la jornada continua es aquella en la que el patrono está obligado a conceder un descanso mínimo de media hora al trabajador, considerándose ese tiempo de descanso como tiempo efectivo de trabajo y por tanto remunerado. El límite máximo de este descanso no está regulado por ley, lo que significa que el patrono puede concederlo de acuerdo a su voluntad, siempre que sea pagado.

Por otro lado, cuando la jornada de trabajo es fraccionada, el patrono debe conceder como mínimo una hora de descanso, conforme lo ha establecido por la jurisprudencia<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Ver artículo 138 del Código de Trabajo

<sup>4</sup> Así lo dispone el artículo 136 del Código de Trabajo

En este tiempo de descanso, el trabajador no se encuentra bajo la dirección del patrono, puede salir de las instalaciones de la empresa y desplazarse donde bien considere, toda vez que este lapso de tiempo no es remunerado.

Es importante indicar además, que para determinar el fraccionamiento de una jornada, deben tomarse en cuenta factores tales como la situación geográfica de la empresa, la existencia cercana de lugares adecuados donde los trabajadores puedan alimentarse, la distancia de los centros donde ellos puedan comprar sus alimentos, etc.

De no darse los supuestos señalados, no procede el fraccionamiento de la jornada, y por lo tanto ésta debe considerarse continua y el descanso destinado a alimentación deberá ser remunerado.

Ahora bien, en cuanto a **los demás descansos** que en la práctica se conceden durante la jornada, **para tomar la merienda o café**, debemos aclararle que los mismos no están regulados por nuestra legislación, por tanto provienen de un gesto totalmente voluntario del patrono, de forma tal que su duración y condiciones son impuestas por él. No obstante, una vez establecidos, constituyen una práctica que por su constancia y continuidad en el tiempo se convierten en un beneficio de los trabajadores, no pudiendo el patrono eliminarlo, salvo por abuso de los trabajadores, en cuyo caso, se podrá suprimir el beneficio sólo a los infractores.

### **Ius Variandi:**

El empleador o patrono, como organizador y coordinador del trabajo, se puede ver obligado en ocasiones a variar las condiciones de la prestación de servicios haciendo uso de la facultad del llamado **“IUS VARIANDI”**, sea la potestad que tiene el patrono de modificar unilateralmente y aún contra la voluntad del trabajador, cuando exista una justa necesidad de la empresa, las condiciones en que se ha venido prestando la relación laboral. Sin embargo, este poder dispositivo del patrono no es absoluto, pues tiene sus limitaciones, la más importante de ellas es que su ejercicio no puede recaer sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo –salario, **jornada** y la jerarquía, entre las más importantes -.

El IUS VARIANDI responde al concepto más o menos elástico del poder de dirección, en sentido técnico o administrativo, y a veces disciplinario pero, lejos de ser absoluto, se desenvuelve dentro de ciertos límites que no pueden llegar a anular o disminuir

---

<sup>5</sup> “La discontinua o fraccionada, es aquella en la que el trabajo diario se distribuye en dos medias jornadas, frecuentemente iguales, las que se encuentran divididas por un descanso intermedio éste que no se computa en la jornada como tiempo de trabajo efectivo. De ahí que, el descanso entre las dos sesiones de trabajo o medias jornadas, puede ser de una hora o más horas, según la índole de la actividad que se ejecuta y las necesidades de ésta”. Sala Segunda de la Corte, N° 8997 de las 9:10 hrs. Del 9 de mayo de 1997.

el principio de la invariabilidad de la prestación de servicios. Por eso, el empleador puede hacer uso de dicha facultad siempre que la medida no entrañe para el trabajador una disminución de su jerarquía, modificación radical de las funciones para las que fue contratado, le cree una situación humillante o injuriosa, le obligue a un esfuerzo mayor para adaptarse a nuevas tareas que no son las de su especialidad, o que el cambio le traiga aparejado un peligro para su salud o incomodidades reales que no fueron previstas cuando se formalizó el contrato.<sup>6</sup>

Conforme lo dicho hasta aquí, el patrono no se encuentra facultado para hacer modificaciones de Jornada, por cuanto tal modificación se daría en uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, ajenos al poder de dirección patronal, configurándose así un uso abusivo del Ius Variandi al operarse una modificación unilateral por parte del patrono que escapa a su poder de dirección.

Respecto de este tema el autor Guillermo Cabanellas manifiesta:

*“Si el patrono tiene la facultad de dirigir, coordinar y fiscalizar la empresa, es natural que de ella se deduzca la potestad de orientar el trabajo de sus subordinados, en forma tal que la prestación se desarrolle de acuerdo con las exigencias de la producción. Por esa causa ciertas alteraciones en el régimen de la alteración de los servicios forman parte del poder directivo del empresario; pero estas variaciones no comprenden la facultad de modificar las cláusulas esenciales del contrato, como la cuantía del salario (salvo para aumentarlo), y los beneficios que el trabajador tiene en su prestación de servicios. Los cambios se limitan, generalmente, a la propia prestación del trabajo... Dos principios conciernen especialmente al ejercicio del IUS VARIANDI. En primer término, debe fundarse necesariamente en los poderes discrecionales de organización, dirección y jerarquía que el empresario o patrono tiene dentro del establecimiento, pero con la finalidad exclusiva de desarrollar la producción. De otra parte, es necesario que ese ejercicio se desarrolle de manera que cause el mínimo daño al trabajador; y, en todo caso, se le conceda a éste una compensación suficiente cuando la alteración presuponga un perjuicio de tipo moral o económico.”<sup>7</sup>*

<sup>6</sup> Al respecto ver Sentencia N° 3115 del Tribunal Superior de Trabajo de las 8:25 horas del 6 de diciembre de 1982.

<sup>7</sup> CABANELLAS, Guillermo. Tratado de Derecho Laboral, Tomo II. Editorial Heliasta, Tercera Edición. Pág. 69.

En el mismo sentido la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha dispuesto:

*“Se ha denominado “ius variandi” al derecho potestativo del empleador de modificar las condiciones de trabajo, dentro de ciertos límites, en cuanto a la forma y modalidades de la prestación. Debe tomarse en cuenta que determinadas variaciones de la prestación de trabajo, tanto en su contenido como en sus condiciones, no son sustanciales y, en consecuencia, pertenecen a la esfera de la potestad de dirección del empleador, quien, en uso de su poder de ius variandi, puede concretar o especificar el contenido necesariamente genérico de la prestación laboral en el marco de un contrato que, como el de trabajo, es de tracto sucesivo o ejecución continuada en el tiempo. Según expone Rodríguez Pastor: “El empresario tiene reconocido por el ordenamiento jurídico un poder de especificación o concreción de la prestación laboral (ius variandi) que implica la modificación no sustancial de las condiciones de trabajo.” (Rodríguez Pastor, Guillermo. La Modificación del horario del trabajo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1997, p.48). Además, se ha indicado que “el ejercicio del jus variando se realiza mediante un acto o negocio jurídico unilateral receptivo: la declaración de voluntad del empleador de variar la forma o modalidades de la prestación laboral dirigida (notificada) al trabajador y que llega a su conocimiento, basta para que el cambio sea vinculante y despliegue todos sus efectos, sin precisarse, en ninguna circunstancia, que el trabajador exprese a su vez una nueva declaración.” (SACO BARRIOS, Raúl. Jus Variando. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral. Lima, CIAT/OIT, 1993, p.165). En nuestro país, esta Sala se ha referido al tema en numerosas ocasiones, para lo cual ha considerado:*

*“Con la locución latina “ius variandi”, se denomina la potestad, normalmente del empleador, de modificar, en forma unilateral, las condiciones de la relación contractual, en el ejercicio de las potestades de mando, de dirección, de organización, de fiscalización y de disciplina que le confiere el poder directivo del que goza dentro de la contratación. Ahora bien, esta facultad, puede ejercerse en el tanto en que las medidas tomadas, no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni mermen los beneficios del trabajador. En efecto, si el patrono ejerce su derecho de manera abusiva o arbitrariamente, en perjuicio de los intereses del empleado, lo autoriza a éste a colocarse en una clara situación de despido injusto.” (Voto número 300, de las 10:50 horas del 29 de setiembre de 1999.) (En este*

*sentido, consúltense también las sentencias de esta Sala, números 567, de las 9:15 horas del 8 de noviembre del 2002; 80, de las 9:50 horas del 22 de febrero del 2006; 227, de las 10:00 horas del 13 de abril y 294, de las 9:35 horas del 11 de mayo, estas dos últimas del 2007.)*

*Es importante, entonces, determinar, en cada caso, si el empleador ha ejercido sus potestades de dirección, fiscalización y organización en forma razonable o, si bien, ha existido una extralimitación capaz de modificar las condiciones esenciales del contrato de trabajo en perjuicio del trabajador, dado que, en este segundo supuesto, se estaría ante un evidente abuso del ius variandi, lo que implicaría la posibilidad del trabajador de dar por rota la relación laboral con responsabilidad patronal.”<sup>8</sup>*

De las anteriores citas se colige que la facultad patronal para modificar las condiciones de los contratos, se encuentra limitada y no puede ser ejercida en forma arbitraria, ni sobre los elementos esenciales como lo es la jornada.

En el caso en consulta, si la jornada con la que fueron originalmente contratados, era de ocho horas, con treinta minutos de almuerzo y 15 minutos de café, estamos hablando de una jornada continua, en la que los tiempos de descanso, son parte de la jornada y por tanto son tiempos remunerados.

Si la intención del patrono es variarla, para que en adelante ni el tiempo de descanso de media jornada ni el de café sean considerados tiempo efectivo de trabajo, además del consecuente aumento de 15 minutos a treinta minutos en el tiempo del café, puede desprenderse con claridad que la intención sería dejar una jornada efectiva de ocho horas, excluyendo los tiempos de café, lo cual es total y absolutamente ilegal.

La jornada seguiría siendo continua, lo cual obliga a que ese tiempo de descanso de media jornada de 30 minutos, siga siendo parte efectiva de la jornada y por tanto remunerada, conforme lo aquí explicado, de modo que ese cambio no sería del todo legalmente procedente.

Asimismo en cuanto los tiempos de café, ni es razonable que se aumenten a 30 minutos, ni es legalmente procedente, excluirlos de la jornada, por cuanto ya son un derecho adquirido de los trabajadores y una condición incorporada por la práctica reiterada, al contrato de trabajo.

Por lo expuesto concluye que la modificación en los tiempos de café y de media jornada, para excluirlos del tiempo efectivo de trabajo, constituyen una aplicación en abusiva del Ius Variandi, es decir de la facultad que tiene el patrono de variar las condiciones esenciales del contrato de trabajo, como lo es la jornada, máxime si el cambio se da en perjuicio de los trabajadores, quienes verían aumentado su tiempo de labor efectivo de ocho horas, más los treinta minutos de almuerzo y los treinta minutos de café, es decir que se les estaría aumentando de ocho horas a nueve horas la jornada diaria, lo cual es **total y absolutamente**

En este sentido lo que procede es hacer el reclamo a su patrono a fin de que restablezca las condiciones anteriores, y advertirle (por escrito) que en caso de mantener el cambio, podrían dar por terminado su contrato de trabajo con responsabilidad patronal, de conformidad con lo establecido por el artículo 83 del Código de Trabajo.,Atentamente,

Atentamente,

**Lic. Francisco Obando Díaz**  
Asesor

**Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez**  
Jefe

AQH/lsr  
Ampo 4