
DAJ-AE-256-06
31 de marzo de 2006

Señor
Melvin Ramos León
Área Recursos Humanos
ECOLÓGICA CRH S.A.
PRESENTE

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 05 de diciembre de 2005, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, en relación a la forma en que en la empresa para la que labora se disfruta el descanso dentro de la jornada laboral.

Usted nos comenta que la jornada es de cuarenta y seis horas semanales, de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. y los sábados de 6:00 a.m. a 12:00 m.d., la cual no se cumple a cabalidad, puesto que de lunes a viernes los trabajadores disfrutan de una hora de descanso dentro de la jornada y no de media hora como se establece en el artículo 137 del Código de Trabajo y los sábados de media hora, y además trabajan de lunes a viernes hasta la 1:00 p.m. y los sábados hasta las 11:30, aduciendo que se retiran para almorzar en sus casas.

Dado que no existe documento que avale éstos beneficios, usted desea saber si la empresa está a derecho al pretender dar solamente media hora por concepto de almuerzo, por cuanto el pago de esta media hora de más representa una importante erogación económica para la misma, si los trabajadores pueden alegar derecho adquirido por esa hora de almuerzo que toman y si esto constituyera derecho adquirido, si los empleados pueden solicitar que el descanso sea tomado al final de la jornada, para así retirarse con el argumento de que van a almorzar a la casa. Además, si es derecho adquirido el que los trabajadores ejerciten su derecho al descanso en la jornada para retirarse a sus casas y cual sería el procedimiento que debería aplicar la empresa para hacer constar que por su propia decisión se toma la hora de descanso en sus hogares.

Para dar respuesta a la presente, nos parece importante exponer lo que se entiende por jornada continua y fraccionada.

La jornada continua, se caracteriza por no sufrir interrupciones durante el tiempo dispuesto para la ejecución de labores, de modo que los descansos que se otorgan durante ese lapso deben considerarse también **tiempo efectivo de trabajo**.

En cuanto al descanso que se le debe conceder al trabajador para alimentación dentro de la jornada continua de trabajo, el Código de Trabajo establece en su artículo 137 lo siguiente:

“Artículo 137.- Tiempo de trabajo efectivo es aquel en que el trabajador permanezca a las órdenes del patrono o no pueda salir del lugar donde presta sus servicios durante las horas de descanso y comidas.

En todo caso se considerará como tiempo de trabajo efectivo el descanso mínimo obligatorio que deberá darse a los trabajadores durante media hora en la jornada, siempre que ésta sea continua.”

De la normativa transcrita podemos concluir que, en una jornada continua de trabajo el patrono está obligado a conceder un descanso mínimo de media hora al trabajador, considerándose ese tiempo de descanso como tiempo efectivo de trabajo. Esto quiere decir, que el trabajador durante este tiempo continúa bajo las órdenes del patrono.

No obstante, es necesario hacer la aclaración, de que el hecho de que el descanso en la jornada continua sea considerado tiempo de trabajo efectivo, *“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 sus 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.”*¹

Debe quedar claro además que, si bien es cierto el tiempo mínimo de media hora para la jornada continua está establecido por la norma supra transcrita, el límite máximo de este descanso no está regulado por ley, lo que significa que el patrono puede concederlo, en más de media hora, de acuerdo a su voluntad, siempre que sea pagado.

Por otro lado, cuando la jornada de trabajo es **discontinua o fraccionada**, el patrono debe conceder una hora de descanso como mínimo, pudiendo ser más, tiempo en el cual 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. ²

¹ Según criterio de DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo, Vol.III, 2da edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977. Pag. 94

² La calificación de la jornada fraccionada ha sido dada por la jurisprudencia, en ese sentido la resolución de la Sala Segunda de la Corte, N° 89-97 de las 9:10 hrs. Del 9 de mayo de 1997 expresa la define del siguiente modo: *“La discontinua o fraccionada, es aquella, en la que el trabajo diario se*

De acuerdo con lo expuesto, la jornada que se desarrolla en la empresa para la que usted labora es continua, ya que según lo que usted nos explica, la hora de descanso que actualmente toman los trabajadores de lunes a viernes y la media hora los días sábado, es remunerada por la empresa, situación que se ha dado por una decisión voluntaria de la empresa, y que como se verá más adelante, ahora no puede modificarse en perjuicio del trabajador.

En cuanto a la disminución del descanso diario de una hora a media hora y la posibilidad de que los trabajadores aleguen un derecho adquirido sobre la misma, es importante aclararle que el derecho adquirido es el creado al amparo de una legislación y que choca con una nueva disposición legal que lo modifica o suprime. En principio, por efecto de la irretroactividad de las leyes, salvo expresa disposición en contrario, los derechos adquiridos son respetados por esa nueva ley.

De acuerdo con la explicación dada, en el presente caso no nos encontramos en presencia de un derecho adquirido en los términos expuestos, sino ante la aplicación de una de las reglas del Principio Protector del derecho laboral, que se refiere a la norma de “la condición más beneficiosa”, en virtud de la cual supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable para el trabajador, de tal suerte que la modificación que se introduzca debe ser para ampliar y no para disminuir los derechos de aquel, ya que si el trabajador en algún aspecto goza de una protección superior, ésta resulta inoperante.

De esta manera, si la empresa aplica una costumbre cuyos beneficios son mayores que los estipulados en la propia ley, no sería posible su modificación unilateral, pues con ello se violenta el citado principio general del Derecho del Trabajo.

Para que una costumbre sea considerada como fuente de derecho, deben darse, según la doctrina, dos elementos. El primero de ellos es el elemento material que “Consiste en la existencia de “un hábito, nacido en el lugar de trabajo y seguido de manera regular y continua en la localidad y en la profesión”³. Así las cosas en la formación de la costumbre participan patrono y trabajador de manera regular y continua hasta que dicha costumbre se convierte en una norma consuetudinaria. En segundo lugar tenemos el elemento intelectual, sea “la convicción sobre la necesidad de aplicar una norma consuetudinaria, convicción a la que han llegado los

distribuye en dos medias jornadas, frecuentemente iguales, las que se encuentran divididas por un descanso, intermedio, en el cual se interrumpen las labores diarias, a fin de tomar alimentos dentro o fuera del lugar de trabajo y descansar durante el mismo; 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 o de más horas...”²

³ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Departamento Jurídico. “Las Teorías Generales del Derecho del Trabajo”. San José, Costa Rica. 1996. Pág.53.

contratantes, de tal suerte que el uso en cuestión se convierte en regla de derecho de aplicación obligatoria para las partes.”⁴

La importancia de la costumbre por un lado es que llena los vacíos que tengan las leyes y la reglamentación, pero sobre todo por su adaptabilidad puede individualizar las condiciones propias de un trabajo.

La costumbre se caracteriza por no estar codificada, siendo hasta cierto punto imprecisa por ser una regla no escrita, lo que dificulta al juez determinar su contenido.

Nuestro Código de Trabajo habla de las costumbre en dos de sus artículos. En primer lugar tenemos el artículo 15, el cual la cita como fuente supletoria del derecho laboral y segundo término el artículo 19, el cual la menciona como fuente principal cuando de establecer el contenido de las obligaciones del contrato de trabajo se trata.

La Sala Segunda ha hecho un análisis respecto a la definición y características que debe contener una costumbre al indicar:

“De tal manera, la cuestión a determinar es si existe, en el sub lite, una costumbre empresarial que imponga una obligación a la demandada de pagar al actor lo que pretende, o si, por el contrario, los hechos acreditados no permiten tenerla por establecida.

La costumbre debe ser entendida como el producto de un “hacer”, y no de un “omitir el hacer”; consiste en la reiteración constante y uniforme de una forma de conducta consciente y deliberadamente procurada, admitida, por quienes componen el entorno dentro del que se sucede, al grado de que la observen y toleren con notoriedad por estimarla obligatoria para ellos.

Para que esa conducta “acostumbrada” sea fuente formal de producción de Derecho, que genere obligatoriedad para quienes converjan en ese entorno social en que tiene lugar, debe reunir ciertos rasgos, y ser demostrada, fehacientemente, por la parte que la alegue como correlato de su derecho.

Todos los sujetos, respecto de los que tenga vigencia, deben conocer en forma diáfana la costumbre, de tal manera de que se considere una conducta a realizar siempre en determinadas circunstancias, y ante un contexto general de individuos, objetivamente determinado, o determinable.

Esto nos lleva acordar que, la costumbre. debe ser una conducta reiterada por una generalidad o núcleo social, más o menos amplio,

⁴ Ibid.

según sea el ámbito de la empresa en que se pretenda que tiene vigencia la costumbre.

Unido a ello, la reiteración debe ser constante y uniforme, o lo que es lo mismo, no verse interrumpida por largos espacios temporales en que cobre suceso otra forma de actuar distinta a la costumbre, y en las mismas condiciones. Se ha dicho que la obligatoriedad de la costumbre trae consigo que el Estado intervenga haciéndola cumplir cuando, por alguna razón, uno de los sujetos cuyo quehacer viene a normar, la desconozca (...). Que en armonía con lo anterior, el hecho de que, en el seno de la demandada, se pagara auxilio de cesantía a dos agentes que renunciaron a su puesto, no es suficiente para tener por configurada, de acuerdo con el artículo 15 del Código de Trabajo, por la vía consuetudinaria y con rango jurídico, la norma en virtud de la cual, en el caso de tales renunciaciones, dicha parte tenga la obligación de pagar a sus empleados y, en particular, a los gerentes, la prestación aludida, porque no se llenan los requisitos de generalidad, continuidad y reiteración.⁵

Así mismo ha dicho la jurisprudencia:

“Que de conformidad con la abundante prueba que pende de los autos, tanto documental como de testigos, se ha acreditado fehacientemente que, por medio de una costumbre en la empresa demandada, al liquidarse a sus trabajadores, por cualquier motivo, se le cancelaba a éstos el importe del auxilio de cesantía sin tope legal alguno.

Ahora bien, dispone el inciso d) del artículo 29 del Código de Trabajo, que “en ningún caso podrá exceder dicho auxilio de cesantía de ocho meses”, pero fue la propia demandada la que, en virtud de costumbre o práctica de empresa, como lo denomina la doctrina laboralista, instauró un nuevo sistema de reconocimiento del auxilio de la cesantía sin tope legal alguno, lo cual sucedió con varios de los trabajadores que han dejado de laborar para la demandada.

Esta conducta patronal, repetida en el transcurso del tiempo, se incorpora a los contratos de trabajo, máxime cuando benefician al trabajador, como en el sub-júdice, aceptado con suma complacencia por los trabajadores, sin que pueda entenderse como actos de liberalidad esporádicos, como lo pretende hacer ver el recurrente.

No desconoce esta Sala que este tipo de actuaciones no se repiten constantemente, ya que no son todos los días en que se despide o renuncia un trabajador con más de ocho años de

⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Res 125-91 de las 9:05 horas del 9 de agosto de 1991.

servicio, situación por la cual, este hábito es requisito que se mantenga en cada rompimiento del contrato de trabajo y si la prueba testimonial, así como la documental, lo acreditan sin lugar a dudas, esta práctica de empresa ha de considerarse como una fuente formal que integra el ordenamiento jurídico laboral, al tenor del artículo 15 del Código de Trabajo.⁶ (el subrayado es nuestro)

Vemos entonces que la jurisprudencia es clara al considerar que el patrono cuya práctica reiterada, continua y general de conceder un beneficio al trabajador en condiciones diferentes y más favorables que las establecidas en la legislación, hace constituir a favor de los trabajadores un derecho incorporado a los contratos de trabajo, toda vez que se tiene como una costumbre jurídicamente relevante al tenor de lo establecido en el artículo 15 del Código de Trabajo.

Por ende, al ser la costumbre considerada una fuente de derecho y aunque no conste autorización escrita que lo autorice, los trabajadores actuales de la empresa tendrían el derecho a seguir disfrutando de una hora de descanso dentro de la jornada, con lo cual, para poder cambiar dicha práctica, deben contar con el consentimiento de todos y cada uno de los trabajadores, o bien pagarles a estos los extremos laborales pertinentes (preaviso, cesantía, vacaciones y aguinaldo) e iniciar una nueva relación laboral con sus trabajadores bajo nuevos lineamientos contractuales.

Ahora bien, dado que la costumbre únicamente genera derechos para los trabajadores que actualmente laboran en la empresa, bien podría estipularse en los contratos de los trabajadores que se contraten a futuro, que el descanso dentro de la jornada es de media hora, pero esta exclusión deberá quedar expresamente indicada en cada contrato, y aplicarla en esos términos, ya que de lo contrario, los trabajadores nuevos podrían alegar la costumbre y tendrán derecho a que se les aplique el beneficio.

Por último, en cuanto al momento en que se disfruta el descanso dentro de la jornada, nos parece importante aclararle que doctrinalmente se ha considerado ese tiempo de descanso, como una pausa 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.

En virtud de lo anterior, no resulta procedente que el descanso se otorgue al final de la jornada para que los trabajadores se retiren a almorzar a sus casas, ya que el mismo los obliga a laborar siete horas sin que exista una pausa, no solo para

⁶ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Res 300-94 de las 9:10 horas del 07 de octubre de 1994. Igualmente puede verse las siguientes resoluciones: 125-91; 243-92; 328-94; 102-95 y 58-94, todas de la Sala Segunda.

que el trabajador se alimente, sino para que pueda reponer sus fuerzas para continuar con su trabajo.

Así las cosas, en cuanto a la posibilidad de modificar el momento en que los trabajadores toman el descanso dentro de la jornada, le indicamos que 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.

Ahora bien, este poder dispositivo del patrono no es absoluto, pues tiene sus limitaciones, siendo la más importante de ellas que su ejercicio no puede recaer sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo salario, jornada y la jerarquía, entre las más importantes .

Conforme con lo dicho hasta aquí, decimos que el patrono se encuentra facultado para hacer modificaciones de horarios, dentro de las cuales encontramos el cambio en el momento en que se toma el descanso dentro de la jornada, debiendo el trabajador aceptarlo, salvo que pueda demostrar un verdadero perjuicio (entrada de un centro de estudio, retiro puntual de hijos de escuela o guardería, etc).

Cuando el cambio contractual es legalmente factible, el trabajador estaría en la obligación de acatarlo, so pena de ser despedido sin responsabilidad patronal. Sin embargo, como se indicó en líneas atrás, si el trabajador logra demostrar que el cambio promovido le ocasiona un perjuicio directo; y el empleador persiste en llevar a cabo tal modificación laboral aún por encima del daño ocasionado debidamente demostrado, el trabajador podrá dar por terminado el contrato laboral con responsabilidad patronal.

En conclusión, no resulta posible disminuir el tiempo otorgado a los trabajadores actuales de la empresa para su descanso dentro de la jornada, puesto que constituye una costumbre instaurada en la empresa. No obstante, sí deben modificar el momento en el que el mismo se disfruta, el cual es nuestro criterio, debería concederse a la mitad de la jornada.

De Usted, con toda consideración,

Licda. Adriana Benavides Víquez
ASESORA

Licda. Ivannia Barrantes Venegas
JEFE

ABV/ihb
Ampo: 12 B-