

Gestión N° DAJ-DAE-01509-13

Pronunciamientos N° DAJ-AE-294-13
12 de noviembre del 2013

Licenciado
Osvaldo Madriz Ramírez

Estimado señor:

Atendemos su consulta recibida en esta Dirección el 21 de diciembre de 2012, con una ampliación a la misma recibida el 19 de febrero del presente año, no sin antes brindarle disculpas por el atraso en la contestación de la misma, atraso ocasionado por exceso de trabajo.

En su nota del 21 de diciembre usted describe las particularidades de la relación laboral que consulta, pues desea saber si se puede crear una jornada fraccionada –en al menos tres tantos y no dos como es lo acostumbrado- a una persona cuyas funciones gozan de una mínima supervisión, no sujetas a “marcar” asistencia, viven en la propiedad donde desarrollan su trabajo, pueden permanecer las 24 horas del día dentro de las instalaciones de la empresa –aunque laboran un horario determinado-, pero que por la índole de sus funciones puede ser que sean requeridos durante momentos muy específicos del día teniendo libre el resto del mismo.

En la ampliación de su consulta solicita nuestro criterio sobre si los trabajadores descritos en el párrafo anterior pueden encuadrarse en los supuestos de artículo 143 del Código de Trabajo, aclarando además que el centro de trabajo es una asociación sin fines de lucro con personal interdisciplinario que alberga menores de 18 años en riesgo social, que son supervisados durante los períodos que no están en la escuela o colegio, indicando al final que el personal objeto de esta consulta es que se conoce como “madres sustitutas”.

Para dar respuesta a sus interrogantes es necesario abordar varios temas los cuales veremos a continuación.

JORNADAS LABORALES EN GENERAL

El Código de Trabajo¹ ha reconocido tres tipos de jornadas ordinarias, que son: la Diurna, la Nocturna y la Mixta, regulando para cada una de ellas un máximo de horas a laborar, conforme lo siguiente:

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

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 peligrosa e insalubre.
2. La jornada nocturna está comprendida entre las diecinueve horas y las cinco horas, permitiéndose laborar dentro de dicho período, solamente seis horas.
3. La jornada mixta, para la cual, si bien no existe una delimitación legal como en la nocturna y en 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 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 horas, 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 22:30 horas (10:30 de la noche) o antes de la 1:30 horas (de la madrugada) ya se considera jornada ordinaria nocturna.
4. En todo caso el trabajo semanal total no podrá exceder las 48 horas cuando se habla de jornada diurna y mixta, y de 36 horas cuando se labora jornada nocturna.

Por otra parte en el Código de Trabajo encontramos en lo fundamental el artículo 143 que contiene disposiciones aplicables a trabajadores que ejecutan labores que por su especial naturaleza no se puede ejercer sobre ellos ningún tipo de supervisión, o que por el tipo de trabajo que realizan no están sometidos a una jornada y por tal son excluidos de las limitaciones de la jornada de trabajo señalada en los numerales 135 y siguientes del mismo Código de rito.

Para tener una mayor comprensión del tema pasamos a transcribir el citado artículo:

*“Artículo 143.- Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y **todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo.***

Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media.” (El resaltado es nuestro)

De la norma se pueden extraer los siguientes conceptos:

a) TRABAJADORES QUE LABORAN SIN FISCALIZACIÓN SUPERIOR INMEDIATA O SOLO SE REQUIERE SU SOLA PRESENCIA.

Cuando se habla de ausencia de fiscalización superior inmediata debemos entender que el patrono o alguno de sus representantes no vigila ni supervisa las funciones realizadas por el trabajador dentro de su jornada, aun cuando si se admite que este trabajador puede ser enterado de directrices y políticas generales dentro de la empresa, así como la variación de las mismas.

El típico caso de este tipo de trabajadores que no son fiscalizados y además se requiere su sola presencia es el de los guardas dormilones, ya que ellos pueden “dormitar” dentro de su jornada, lo que no implica que duermen despreocupadamente, y dejen de ser responsables por los daños que ocurran, pero no están sujetos a ningún tipo de control durante su jornada, es decir no hay quien vigile al guarda para determinar el tiempo que utilizó en sus descansos o si dormitó o estuvo atento durante toda su jornada laboral.

En cuanto a las labores asignadas al guarda dormilón, básicamente lo que se requiere es que esté en el centro de trabajo sin que sea necesario que desempeñe una tarea específica, más que la de estar atento a cualquier anomalía y actuar de conformidad según el caso y eso es lo que significa el hecho de que se requiera su sola presencia, lo cual nos hace pensar que llegaría a ser inocuo ejercer supervisión de un trabajador en esas circunstancias.

b) TRABAJADORES DE CONFIANZA

Originalmente el Dr. Mario de la Cueva², designa como empleados de confianza, los altos empleados, concluyendo que no son trabajadores y que la designación de un director o de un gerente se asemeja a la de un profesional liberal: se fundamenta en razones “intuitio-personae”, además señala otras causales para fundamentar su tesis, como las relativas a la jornada y a la forma de pago.

Para llegar a encontrar la naturaleza del tipo de labores de los trabajadores de confianza debemos analizar tanto el aspecto de su realización como sus objetivos.

Respecto de los objetivos, es innegable que tienden a una mayor realización de aquellos que en sí son los de la propia empresa, es decir, que los trabajadores de confianza vienen a ser los instrumentos inmediatos de la realización de los fines de la empresa. Así podemos decir – conforme a la clasificación del autor mejicano Miguel Cantón Moller- que existe un grupo que ejerce labores de planeación de la política empresarial, dentro del que se encuentran los consejeros, los asesores y los funcionarios ejecutivos del más alto nivel, encargados de fijar también las estrategias generales de la empresa.

² De la Cueva, Mario. Citado por Cantón Moller Miguel. “El Contrato de Trabajo de Confianza Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo”. Editorial Heliasta. Argentina. Pág. 854.

El segundo grupo de los trabajadores de confianza puede decirse que lo integran los ejecutores de esas políticas, es decir quienes están directamente al frente del manejo empresarial, independientemente del nombre con que se designe (Gerentes, directores, etc). Un tercer grupo puede considerarse dentro de aquellos que ejecutan la supervisión inmediata de los trabajos a que se dedica la empresa; éstos pueden ser técnicos o profesionales, pero su actividad en sí, por ejercerse sobre grupos que no realizan labores concretas y porque se involucran en cierto modo en las labores de organización o de planeación, también cabe considerarlos como trabajadores de confianza.

Otro grupo más lo podemos encontrar en aquellas personas que tienen bajo su responsabilidad los resultados del producto, es decir, de quienes depende la posibilidad de llegar adecuadamente a los mercados, como son los que se refieren a los controles de calidad ya que como consecuencia, requieren vigilar el cuidado de la maquinaria y el equipo, la conservación de los edificios y otros similares que pudieran afectar los resultados. También deben considerarse dentro de las actividades de naturaleza de confianza quienes tienen a su cargo la vigilancia y la seguridad de las instalaciones, la conservación de las existencias y de los almacenes y en muchos casos inclusive la entrada y salida de personal.

Un último aspecto se refiere al de aquellos trabajadores que por su cercanía con el patrono –y en caso de las empresas, su cercanía al órgano social de dirección- pudieran tener acceso a informaciones sobre políticas o actitudes patronales.

Lo cierto es que el empleado de confianza es aquel que por la responsabilidad que tiene, las delicadas tareas que desempeña y la honradez que para sus funciones se exige, cuentan con fe y apoyo especiales por parte del empresario o de la dirección de la empresa³.

Respecto al carácter laboral, por su concepto, la posición de los empleados de confianza es distinta a la de los restantes trabajadores; como su nombre lo indica, para ellos basta la pérdida de confianza depositada por el empresario, para que el contrato no pueda proseguir, sobre todo por cuanto esa confianza la invierten estos trabajadores en la ejecución de labores y la toma de decisiones de mutuo propio, es decir, bajo su entera responsabilidad, a sabiendas que cuentan con el apoyo irrestricto de su superior.

c) TRABAJADORES CON LABORES DISCONTÍNUAS

Siempre es preciso aclarar que no es lo mismo hablar de jornada discontinua que de funciones discontinuas, tema último que procederemos a tratar y del cual nos hemos encontrado alguna jurisprudencia que pasamos a transcribir:

³ Ver en este sentido, Voto de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, número 179 de las 9:50 hrs, del 10 de noviembre de 1989.

“En el sub-júdice, ha quedado acreditado que los actores laboran como (choferes administrativos) del Departamento de Servicios Generales del Poder Judicial. Esta circunstancia implica que su prestación de servicios depende de que sean requeridos para un servicio de transporte específico que necesite la institución en un determinado momento; ahora bien, en caso de que esa situación no se presente o una vez terminada la diligencia para la que fueron requeridos, permanecen en espera de que les asignen otra tarea, lo cual implica que sus labores son de naturaleza discontinua. Además de ello, en la mayoría de los casos, laboran sin fiscalización superior inmediata, debido a que, cuando se les encomienda algún servicio de transporte generalmente ningún superior inmediato viaja con ellos para verificar la labor que realizan. Todas estas circunstancias llevan a concluir que la jornada de trabajo de los actores es la que establece el artículo 143 del Código de Trabajo. (Voto 239-1999 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de las 14:40 horas del 19 de agosto de 1999)” (El subrayado es nuestro).

“Tampoco es lógico que en la Aduana se hubiera hecho discriminaciones en cuanto a la jornada de trabajo, permitiendo que unos laboraran ocho horas y otros doce, por lo que debe obligarse al Estado a pagarles las horas extraordinarias que reclaman ya que no se puede admitir, como afirma el representante del Estado, que se amparan en labores no sujetas a fiscalización, porque aunque no usaban reloj marcador, tenían que mantener una vigilancia constante de las bodegas y talleres del Aeropuerto y a reportar de inmediato cualquier anomalía que notaran en el equipo de radar, que es de un costo muy elevado. No puede hablarse entonces de funciones discontinuas sino de una labor permanente de vigilancia, fiscalizada todo el tiempo por el patrono, según se comprobó en autos. Tribunal Superior de Trabajo. San José, Resolución N° 1037 de las 15:45 hrs. del 3 de agosto de 1983.”⁴ (El subrayado es nuestro)

“(...) a los actores se les ha catalogado como “empleados de confianza”, dentro del contexto del artículo 143 del Código de Trabajo, pero es lo cierto que la sentencia recurrida es clara en el sentido de que si bien se les ha ubicado dentro de los términos del citado artículo, no es porque sean empleados de confianza, sino porque realizan labores discontinuas. (...) el hecho de que los actores tuvieran que estar durante el tiempo de permanencia en el local donde se reúnen al inicio de la jornada de trabajo en “disponibilidad de servicio”, puede tener relevancia para computar el tiempo de la jornada..., pero al estar en disposición de eventuales órdenes patronales no puede considerarse como “trabajo efectivo”.

⁴ Bolaños C, Fernando, comp. Código de Trabajo Actualizado, anotado con Jurisprudencia, 2ª Edición, San José Costa Rica. Editorial Juricentro. 1999, pág 158.

Por consiguiente sus labores tienen el carácter de discontinuas. Sala Segunda, Resolución N° 74 de las 10:30 hrs del 3 de agosto de 1982.”⁵

“(…) qué se entiende por labor discontinua? Es aquella que se caracteriza por tener largos períodos de inactividad, y como uno de los ejemplos se tiene el de los vigilantes. Al respecto, la organización Internacional del Trabajo ha considerado que la discontinuidad se refiere a dos factores: el primero es la atención, que es continua; y el segundo es la actividad, que no es continua. La combinación de ambos es lo que da al trabajo la característica de intermitente. De tal suerte, que la intermitencia significa que se presenta una interrupción de las labores por espacios de tiempo, sin que durante ellos deba prestarse ninguna atención. Sala Segunda, Resolución N°54 de las 14:10 hrs del 20 de mayo de 1987.”⁶

De la jurisprudencia transcrita se desprende que la jornada discontinua se caracteriza por la existencia de periodos de actividad relacionada propiamente con las funciones para las que fue contratado el trabajador y periodos de inactividad⁷, esto no implica que la persona tenga absoluta libertad de movimiento en su tiempo libre, pues, de la jurisprudencia citada se infiere que el trabajador con funciones discontinuas permanece en su centro de trabajo toda la jornada, y esto es lógico, pues generalmente el patrono requiere que el trabajador se encuentre listo para entrar en acción en el momento en que surge la necesidad de la prestación del servicio.

Es claro que si bien es cierto se requiere de la presencia del trabajador en el centro de trabajo y de su rápida acción al momento de ser requerido, lo cual implica un cierto grado de supervisión, el patrono no puede exigirle al trabajador el realizar labores distintas para las que fue contratado durante esos lapsos de inactividad, en este caso, entre una emergencia o actividad y otra; si el patrono exigiere realizar cualquier labor en esos ratos de ocio, entonces se perdería la discontinuidad y por ende se aplicarían los artículos 136 y 139 del Código de Trabajo.

Por último, el artículo 140 del Código de Trabajo establece: “La jornada ordinaria junto con la extraordinaria, no podrá exceder de doce horas...”, siendo por ello absolutamente prohibido imponer una jornada extraordinaria a los trabajadores contemplados en el artículo 143.

d) TRABAJADORES QUE REALIZAN LABORES CUYA INDUDABLE NATURALEZA NO LOS SOMETEN A JORNADAS DE TRABAJO.

⁵ Ibid, pág. 159

⁶ Ibid . pág 159

⁷ Entiéndase como inactividad, el hecho de no realizar ni funciones propias para las que fue contratado, ni alguna otra función adicional que eventualmente pudiera ser requerida por su patrono.

Es claro lo general que resulta esta categoría mencionada en el artículo en análisis, el cual pareciera dar oportunidad al operador del derecho de ver en esta opción una suerte de *númerus apertus* para todos aquellos trabajadores cuyas tareas no se encuadran dentro de las anteriores acepciones mencionadas en el artículo 143, pero que sin embargo pareciera imposible someterlos a jornadas tales como las descritas en el artículo 136 del Código de Trabajo.

Por la generalidad de la acepción resulta imposible para quien investiga, citar un ejemplo que describa a plenitud cual tipo de trabajadores entran dentro de esta categoría, siendo necesario hacer un análisis a la luz del caso específico que se someta a consideración.

Lo cierto del caso es que por lo *sui generis* de las condiciones en las que se da el trabajo realizado por las Madres Sustitutas, es difícil enmarcar dentro de las anteriores categorizaciones descritas en el artículo 143 del Código de Trabajo, sin embargo, **por la especial naturaleza de sus funciones**, la Sala Constitucional en su **Voto 4902-95 del 5 de setiembre de 1995**, consideró la posibilidad de que sean excluidas de la limitación de jornada ordinaria del artículo 136 del Código de Trabajo, y puedan por ende incluirse dentro del artículo 143 del mismo cuerpo normativo, así mismo consideró razonable otorgar a las trabajadoras llamadas “Tías Sustitutas”, tres días de descanso por cada once días de labores, derecho al pago del plus denominado disponibilidad y pago de horas extras, dicho voto informa en lo que interesa:

“...De las normas citadas se desprende que el Constituyente y el Legislador plasmaron una limitación genérica a la jornada laboral para evitar que el exceso de trabajo pueda producir, dependiendo de cada organismo en particular, lesiones o trastornos que conducirían al deterioro físico o mental, parcial o total, transitorio o permanente del trabajador. Sin embargo, la Constitución y el Código de Trabajo autorizan excepciones calificadas a esas reglas. En el caso de las "tías sustitutas", la índole misma del trabajo hace absolutamente indispensable el establecimiento de un régimen excepcional, pues se trata, como se dijo, de personas que sustituyen a los padres de los niños, y ser padre o madre es un oficio de todas las horas y de todos los días, lo cual no quiere decir que se trata de trabajo efectivo en términos de jornada. Como ya se dijo, es necesario, para el buen desenvolvimiento del menor, que las encargadas, prácticamente, de su crianza, permanezcan diariamente y sin límite de tiempo atentas a ellos, pero no mediante una jornada laboral de veinticuatro horas como reza absolutamente la norma impugnada, abiertamente inconstitucional e, incluso, materialmente imposible de cumplir, sino mediante contratos laborales con jornadas de doce horas pero que reconozcan su disponibilidad y permanencia en el hogar, con un plus salarial por esa disponibilidad. Téngase en cuenta que, a pesar de que las promoventes permanecen efectivamente en su lugar de trabajo» el día completo, la jornada es discontinua, no sujeta a fiscalización superior inmediata y en una

función que no puede calificarse de insalubre o peligrosa. En conclusión, no es violatorio de los derechos constitucionales de las recurrentes el que deban permanecer en los centros donde cumplen su función, sin que ello implique menoscabo de sus derechos fundamentales, en el tanto se consideren funcionarias de confianza, en jornada normal de trabajo efectivo no exceda de las doce horas dichas y el que puedan tener que realizar fuera de ella o sea sólo en casos excepcionales y de urgencia y justamente remunerado como tiempo de disponibilidad. Asimismo, para la mayoría de la Sala no resulta irrazonable que la norma señale la jornada laboral de las "tías sustitutas" como de lunes a domingo, pues seguidamente prevé que la Dirección Ejecutiva del Patronato determinará los días de descanso que legalmente les corresponda. Resulta razonable, por lo expuesto, que se otorguen a estas funcionarias los tres días de descanso por cada once de trabajo, establecidas (sic), ya que así los menores a su cuidado no sufren las consecuencias que implicaría que una vez por semana quedarían bajo el cuidado de otra persona..."

Del voto anterior se desprende que la jornada laboral de las tías sustitutas, está contemplada dentro de los casos de excepción con arreglo de ley, que establece el artículo 58 de la Constitución Política, en cuanto a la limitación de la jornada de trabajo. De manera que, la jornada ordinaria laboral de estas trabajadoras no está sujeta a los límites máximos establecidos en el artículo 136 del Código de Trabajo, sino más bien al límite establecido en el párrafo final del artículo 143 de ese mismo texto de Ley, que es de doce horas días máximo. Esto quiere decir que las servidoras pueden laborar una jornada inferior, pero nunca una jornada superior a doce horas, pues ello constituiría una jornada total y absolutamente ilegal, debido a que excede el límite máximo establecido por Ley, cuyo fin es procurar salvaguardar la salud y la integridad física del trabajador evitando con esto la explotación del hombre por el hombre.

Ahora bien, en caso de que la jornada laboral exceda las doce horas máximas permitidas por Ley, la trabajadora tiene derecho a que esas horas de más, se le remuneren como jornada extraordinaria⁸, sea lo que comúnmente se llama: "a tiempo y medio", siempre que ésta no se torne en permanente, porque se estaría dando una aplicación absolutamente ilegal de la jornada extraordinaria.

Resulta importante indicar que esta Dirección no comparte el criterio emitido por la Sala Constitucional, por cuanto ha sido reiterada nuestra tesis de que la práctica de laborar el tipo de jornada como la indicada en el **Voto 4902-95 del 5 de setiembre de 1995**, es **ILEGAL**, no sólo porque nuestra legislación laboral prevé límites tanto a la jornada ordinaria como a la extraordinaria, sino también porque estos límites son producto de las grandes luchas obreras en aras de salvaguardar la salud y la integridad física del trabajador evitando con eso la explotación del hombre por el hombre, pues si dichas limitaciones no existieran,

⁸ Ver artículo 139 del Código de Trabajo.

eventualmente podrían darse abusos mediante los que se pretendería obligar a los trabajadores a laborar jornadas excesivas, y **aunque existiera acuerdo con los trabajadores en laborar tal jornada, dicho acuerdo deviene nulo en virtud del principio de irrenunciabilidad de derechos** implícito en el artículo 11 del Código de Trabajo, que protege en forma especial a los trabajadores.

No obstante lo anterior, siendo que los precedentes y la jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional son vinculantes *erga omnes*⁹, esta Dirección debe acatar lo dispuesto por la Sala Constitucional sobre este tema.

e) SOBRE EL DERECHO AL PAGO DE DISPONIBILIDAD DE LAS “TÍAS O MADRES SUSTITUTAS”

La “disponibilidad”, es un reconocimiento o compensación salarial que se otorga algunos trabajadores con el fin de que puedan estar prestos a desempeñar cierta clase de funciones de su mismo cargo, fuera de la jornada ordinaria de trabajo o bien durante la misma, en los períodos de descanso, sobre todo cuando estos son prolongados, y cuando los servicios resulten de imperiosa necesidad a la empresa o institución de que se trate.

Por lo general, es criterio comúnmente aceptado que los trabajadores que reciben el pago por “*disponibilidad*” no pueden rehusarse a prestar servicios cuando son llamados, aun cuando estén en sus respectivos hogares o en otras ocupaciones de índole privada.

Uno de los problemas que surge cuando se paga disponibilidad, es con respecto a la forma de remunerar las labores que realizan quienes reciben ese pago, ya que obviamente el porcentaje aludido no puede tomarse como pago de las labores que se ejecutan, sino únicamente el hecho de estar “*disponible*” tal como el término lo indica.

Si se trata de trabajadores que laboran con limitación de jornada, las labores que ejecuten durante el tiempo en que están disponibles, debe considerarse como jornada extraordinaria y deberá cancelarse cada hora laborada en estas condiciones a tiempo y medio según lo establece el artículo 139 del Código de Trabajo.

Queda claro entonces, que el porcentaje que se paga por disponibilidad abarca el hecho puro y simple de estar disponible y el tiempo que el trabajador deba estar en el centro de trabajo, debe ser remunerado con el pago de horas extras.

Es importante tener presente que la disponibilidad no inhibe al trabajador de entrar y salir de su centro de trabajo y dedicarse a su vida privada, como lo haría cualquier persona al concluir su jornada de trabajo, y aun cuando se ha aceptado que los límites constitucionales

⁹ Ver artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional

establecidos para la jornada diaria y semanal de un trabajador sean ampliados por el rubro de disponibilidad, no puede darse un abuso por parte del patrono, de tal manera que comprometa la vida del subalterno a un punto tal, de no tener meridiana disponibilidad de su tiempo libre, o bien no se le remunere adecuadamente ese tiempo laborado de más¹⁰.

Las horas laboradas por el trabajador cuando es llamado fuera de su jornada de trabajo ordinaria, deberán ser remuneradas como tiempo extra, o sea que el pago por disponibilidad, es independiente del pago de las horas que labore en el tiempo que es llamado por su disponibilidad.

En el caso concreto, como se desprende del Voto No. 4902-95 de cita, las Tías Sustitutas, sí tienen derecho a que se les reconozca el plus denominado disponibilidad.

En cuanto al porcentaje que debe pagarse por este concepto, en el sector privado el patrono tiene la potestad de convenir con el trabajador sobre el incentivo de disponibilidad, que se reconocerá en un porcentaje sobre la base del salario. No obstante siendo que las funciones laborales de las tías sustitutas en el sector privado, son similares o idénticas a las realizadas por las tías sustitutas contratadas por el Patronato Nacional de la Infancia, considera esta Dirección prudente que se tome como referencia el porcentaje fijado por esa Institución para dicho plus.

A mayor abundancia insertamos un extracto del Voto N° 2007-000510, emitido por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, a las 10:50 hrs. del 8 de agosto del 2007:

“...En consecuencia, se ha de condenar a la parte demandada a reconocer y pagar a cada una de las actoras las sumas equivalentes a 3 horas extraordinarias, laboradas por encima de las doce horas de jornada ordinaria, por cada día de trabajo efectivamente laborado por ellas en los albergues o aldeas infantiles de la Institución, en su condición de Tías Sustitutas ...POR TANTO: ...Se revoca parcialmente la sentencia recurrida en cuanto deniega horas extra, retroactivo de disponibilidad, diferencias de aguinaldo, intereses legales y costas; y en su lugar se condena a la parte demandada a reconocer y pagar a cada una de las actoras: a) las sumas equivalentes a tres horas extraordinarias, por cada día laborado, como Tías Sustitutas, en los albergues o aldeas infantiles, ... b) pago del sobresueldo por disponibilidad laboral, ... c) las sumas por diferencias de aguinaldo resultantes de lo anterior; d) intereses sobre las sumas debidas, por los anteriores conceptos, al tipo legal, desde el momento que cada una de esas obligaciones debieron pagarse; y e) ambas costas, fijándose las personales en el quince por ciento de la condenatoria. Las sumas debidas por los anteriores conceptos, se determinarán en vía administrativa o en ejecución

¹⁰ Sobre este tema se puede consultar el voto No. 810-91 de las 14:06 horas del 30 de abril de 1991.

de sentencia. En todo lo demás, se confirma la sentencia recurrida...” (el resaltado es nuestro)

En razón de los conceptos descritos, podemos concluir lo siguiente:

- 1) De conformidad con el **Voto 4902-95 del 5 de setiembre de 1995**, la jornada laboral de las Tías Sustitutas está contemplada dentro de los casos de excepción con arreglo de ley, que establece el artículo 58 de la Constitución Política, a la limitación de la Jornada de Trabajo, por lo que pueden laborar jornadas de hasta 12 horas diarias. Situación que es aplicable al caso por usted descrito de las “madres sustitutas”, por lo tanto, es procedente aplicar en lugar de esa jornada de 12 horas continúa, la jornada discontinua que usted menciona, siempre que no supere las 12 horas diarias.
- 2) En caso de que la jornada laboral exceda las doce horas máximas permitidas por Ley, la trabajadora tiene derecho a que esas horas de más, se le remuneren como jornada extraordinaria.
- 3) Las “madres sustitutas” sí tienen derecho a que se les reconozca el plus denominado disponibilidad. Este pago debe ser un monto fijo mensual, pero si laboran en el tiempo disponible, además se les debe pagar las horas extras en ese tiempo.
- 4) En cuanto al porcentaje que se debe pagar por este plus, considera esta Dirección prudente que se tome como referencia el porcentaje fijado presupuestalmente para el Patronato Nacional de la Infancia, aún y a pesar de tratarse de una institución privada, porque lo que se analiza es la naturaleza del servicio que es similar. Ese monto deberán ustedes consultarlo en dicha Institución.

De usted con toda consideración,

Licda. Shirley Bonilla Guzmán
Asesora

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefa

sbg
Ampo 12 E
AMPO 12 E)