

Gestión DAJ-DAE-01595-13

Pronunciamento N° DAJ-AE-339-13
19 de diciembre del 2013

Señor
Jenner Hernández Espinoza
Coordinador Unidad de Vehículos
SERVICIO NACIONAL DE SALUD ANIMAL (SENASA)
Presente

Estimado señor:

Me refiero a su nota recibida en este Ministerio el 9 de octubre de 2013, mediante la cual consulta sobre los requisitos y procedimientos que debe cumplir una institución para contar con horarios como los de la Policía de Tránsito o Policía Penitenciaria, en las que laboran horarios de 3x2 y así evitar el pago de tantas horas extras.

Sobre la facultad de modificar las jornadas:

Entre las facultades del patrono encontramos, el poder de dirección, que consiste “*en la facultad que tiene el patrono de dictar normas de naturaleza técnica y de carácter general y permanente que deben ser observadas por los empleados*”¹

Este poder de dirección le permite al patrono, dirigir, coordinar y fiscalizar la empresa, así como llevar a cabo ciertas alteraciones en el régimen de la prestación de los servicios, siempre que no atenten contra los elementos esenciales del contrato, como son: salario, **jornada** y categoría, ni afecten los intereses de los trabajadores, en el sentido que le cree una situación humillante o injuriosa o que le obligue a un esfuerzo mayor para adaptarse a nuevas tareas que no son las de su especialidad, o bien que el cambio le traiga aparejado un peligro para su salud o incomodidades reales que no fueron previstas cuando se formalizó el contrato, etc. Esta facultad del patrono es lo que se conoce como “*IUS VARIANDI*”.

La decisión de llevar a cabo variaciones en las condiciones contractuales, debe estar inspirada en imperativos de la producción y en las necesidades de la empresa, lo cual es lícito,

¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral. Tomo I, tercera edición, editorial Heliasta S.R.L., pág. 498.

en el tanto como repetimos, no se cause al trabajador un daño o perjuicio de importancia. Si se trata de las condiciones esenciales del contrato, no podrán variarse, salvo por disposición expresa de la Ley o por mutuo acuerdo de las partes, además de un aumento salarial cuando lo requiera. Por un solo trabajador que no acepte la variación, a las condiciones esenciales del contrato, no podrán aplicarse, salvo que liquide prestaciones completas para dar por terminados los contratos de trabajo e inicie nuevos contratos con condiciones nuevas.

Sobre 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:

- 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.²
- 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.³
- 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 exceder de siete horas⁴, 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.⁵
- 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.

² Ver artículos 135 y 136 del Código de Trabajo

³ Ibídem

⁴ Ver artículo 138 del Código de Trabajo

⁵ Así lo dispone el artículo 136 del Código de Trabajo

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.

En este punto es importante aclarar que la jornada extraordinaria ha sido establecida, para atender situaciones especiales, excepcionales, que por la emergencia, el patrono requiera a sus trabajadores para cubrir las necesidades, por tanto, una vez que se regule la situación, se restablece la jornada ordinaria. Es por esta razón, que la jornada extraordinaria no puede de manera alguna, volverse permanente, porque sería absolutamente ilegal.

En este sentido, si una empresa aplica jornada extraordinaria permanentemente, lo único que refleja es la necesidad de contratar más personal, a fin de que cubra turnos, y se puedan de esta manera establecer jornadas ordinarias legales las 24 horas.

Sobre la jornada de excepción de 12 horas:

Esta jornada se encuentra regulada en el artículo 143 del Código de Trabajo, a saber:

“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 ocupen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia, y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidos 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.”

Estas personas, como se desprende de la norma, por lo general laboran con un alto grado de independencia funcional, técnica y administrativa, y con flexibilidad de horarios, por la índole de las funciones que realizan en su trabajo, o bien, no tienen a una persona que esté realizando la función fiscalizadora o supervisora de su actividad.

Es decir que esta norma se refiere tanto a gerentes, administradores, apoderados y en general altos empleados que gozan de un tratamiento especial, así como aquellos **empleados de confianza** que aún no teniendo rango jerárquico dentro de la empresa, en el desempeño de sus labores, concurren circunstancias especiales, como la falta de control efectivo en cuanto al término de duración de su prestación de servicios.

Es importante señalar que un trabajador de confianza es aquel que desempeña labores de índole tan especial que solo él las puede efectuar, que no tiene supervisión inmediata de su jefe por lo que habrá veces en las que se va más temprano de lo normal y otras más tarde dependiendo del trabajo que tenga. No tiene control de horario, generalmente tiene a su cargo labores de mando y dirección en ausencia del patrono y es usual que se devengue un salario bastante superior al de cualquier trabajador, en virtud de la responsabilidad que este tipo de puesto implica.

Este tipo de trabajadores pueden laborar hasta 12 horas diarias y deberán tener un descanso a la mitad de la jornada de una hora y media, de conformidad con el artículo 143 del Código de Trabajo ya mencionado y no pueden laborar horas extra.

Debe tenerse en cuenta que el patrono **deberá** poner en conocimiento al trabajador que su puesto se considera “de confianza” con las implicaciones que este nombramiento conlleva, no puede ser que cuando el trabajador efectúe un reclamo el patrono eluda su responsabilidad diciendo que el trabajador es de confianza, pues esta debe ser una condición puesta en conocimiento del trabajador desde el inicio.

La excepción que establece el artículo 143 a las jornadas ordinarias, no pretende que los empleados tengan que laborar siempre esa jornada de doce horas, pues debe entenderse que lo dicho en la norma es que “no están obligados a laborar más de doce horas”, sino que tienen libertad de laborar hasta doce horas, pudiendo también laborar menos horas. De aquí se deduce que los trabajadores comprendidos en la excepción de jornada del artículo 143 citado, no pueden laborar jornada extraordinaria, pues en sí esa jornada cumple el tope de las doce horas permitidas entre la ordinaria y extraordinaria.

Sobre su consulta:

Las jornadas 3 x 2 refieren a horarios de 3 días con jornadas de 12 horas diarias, para descansar 2 días, jornadas que pretenden ser aplicadas por muchas empresas, para todos sus trabajadores, aún cuando no se trata de puestos que lo ameritan, tal y como lo establece el artículo 143, con el objetivo de evitar, como usted mismo lo indica, el pago de horas extraordinarias. En este sentido, la aplicación de este tipo de jornada (3x2) resulta total y absolutamente ilegal.

Conviene aclarar en este sentido, que la jornada laboral de los funcionarios policiales, está contemplada dentro de los casos de excepción, que establece el artículo 58 de la Constitución Política, a la limitación de la jornada de trabajo. De manera que, la jornada ordinaria laboral de estos funcionarios policiales no está sujeta a los límites máximos establecidos en el artículo 136 del Código de Trabajo, si no más al límite establecido en el párrafo final del artículo 143 de ese mismo texto de Ley, que es de doce horas diarias.

Veamos lo que al efecto ha dicho la Procuraduría General de la República, mediante el Dictamen C-282-2001 del 09 de octubre del 2001, que a su vez hace referencia a lo dicho por la Sala Constitucional:

“... De conformidad con la anterior norma legal, en concordancia con el artículo 58 constitucional transcrito, es posible admitir excepciones a los límites máximos de las jornadas de trabajo, siempre que encuentren justificación en la especial naturaleza del trabajo que se realiza. Dentro de esas excepciones se puede situar la jornada de trabajo de los servidores policiales, cuya no sujeción a tales límites ha sido respaldada por diferentes resoluciones de la Sala Constitucional.

En ese sentido, resulta oportuno transcribir, en lo que nos interesa, el Voto de la Sala Constitucional n.º 6846-93, emitido a las 9:34 horas del 24 de diciembre de 1993:

"Como se desprende del propio libelo y de las disposiciones legales aplicables - artículos 8 y 12 de la Ley Orgánica del Ministerio de Seguridad Pública y 143 del Código de Trabajo- los servidores policiales califican dentro del régimen de excepción que contempla el artículo 58 transcrito, dadas las funciones que deben cumplir, por lo que no resulta aplicable a ellos la limitación de cuarenta y ocho horas semanales de trabajo específico - máxime que su función no se limita al tiempo de su servicio- . Igual régimen de excepción resulta aplicable en lo que al día de descanso y a las vacaciones se refiere, pues el propio artículo 59 de la Carta Magna dispone la posibilidad de que el legislador en casos muy calificados, como lo es el de los servidores de la fuerza pública, establezca <<excepciones>> a lo allí estipulado." (En sentido similar puede consultarse la resolución de esa misma Sala número 723-94 de las 10:36 horas del 4 de febrero de 1994 y la número 5020-94 de las 16:12 horas del 6 de setiembre de 1994)..."

Con base en lo anterior, esta Dirección es del criterio que la práctica de laborar el tipo de jornada como la indicada en su nota, es total y absolutamente 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, 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.

El hecho que se respete el límite semanal de horas laborales, y que se den tres o cuatro días libres a la semana, no implica que se pueda extender el número de horas diarias que se permite laborar (doce), pues la limitación, como lo prevé el numeral 136 de repetida cita, es primero diaria y después semanal, aunque se labore jornada acumulativa, por lo que es criterio de esta Dirección, como se señaló líneas atrás, que este tipo de horarios es totalmente ilegal; y que las mismas no se pueden justificar en las jornadas establecidas para los cuerpos policiales, porque como vimos, éstas responden a leyes especiales y a lo dispuesto por la misma Constitución Política.

En razón de todo lo expuesto, le indicamos que la propuesta de establecer una jornada laboral 3 x 2 en esa institución, no puede llevarse a la práctica, no sólo porque no encuentra sustento jurídico, sino también porque implicaría una modificación de jornada, elemento esencial para el cual el patrono se encuentra inhibido para hacerlo.

Si la institución no cuenta con una ley especial que respalde la aplicación de esa jornada, no puede aplicarla jornada y debe por tanto buscar soluciones alternas que eviten la aplicación de jornadas extraordinarias permanentes, como sería la contratación de más recurso humano, que pueda cubrir las necesidades horarias de esa institución.

Atentamente,

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
ASESORA

LCR/ lsr
Ampo 12-E