

DAJ-C-42-3-2019

14 de marzo, 2019.

Señora

Amparo Pacheco Oreamuno

Viceministra de Planificación Institucional y Coordinación Regional.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN PÚBLICA

Asunto: Respuesta a correo electrónico del 12 de marzo de 2019.

Estimada señora:

Reciba un cordial saludo. Se atiende la solicitud de pronunciamiento planteada en el correo electrónico de cita, "...sobre la aplicación o no de lo establecido por el artículo 143 del Código de Trabajo, el cual limita la posibilidad de reconocimiento de pago de jornada extraordinaria antes de las doce horas, para las clases de puesto profesional Jefe de Servicio Civil 1, 2 y 3 y Gerente 1, 2 y 3."

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En relación a la aplicación del artículo 143 del Código de Trabajo ya esta Dirección trató el tema mediante el DAJ-072-C-2016, el cual se trae a colación en lo que interesa:

"(...)

I. Tiempo extraordinario

Sobre las características que debe tener la jornada extraordinaria, esta Dirección, basada en la legislación, jurisprudencia y doctrina ha abordado el tema repetidas veces, haciendo énfasis en el carácter excepcional, temporal, procedente en situaciones de emergencia e

impostergables. De modo que su aplicación no puede constituir un elemento normal y permanente del vínculo laboral, ya que sólo es posible en caso de trabajos eminentemente ocasionales y discontinuos, que no pueden ser ejecutados durante la jornada ordinaria por el personal correspondiente, pues se entiende que las funciones habituales deben realizarse en el transcurso de la jornada ordinaria de labores. Así, debe existir una necesidad imperiosa para la Administración que amerite laborar fuera del límite de la jornada ordinaria, en el entendido que deben sopesarse siempre los derechos del trabajador, lo que implica el necesario respeto por otras áreas de su vida: familia, salud, religión, recreación, cultura, entre otros; de ahí que se han establecido limitaciones de índole legal para su aplicación, entre estas destaca la Ley de Equilibrio Financiero, Ley de Contingencia Fiscal y el propio Código de Trabajo que señala en su numeral 140 lo siguiente:

“Artículo 140.- La jornada extraordinaria, sumada a la ordinaria, no podrá exceder de doce horas, salvo que por siniestro ocurrido o riesgo inminente peligren las personas, los establecimientos, las máquinas o instalaciones, los plantíos, los productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio, no puedan sustituirse los trabajadores o suspenderse las labores de los que están trabajando.”

De la norma anteriormente transcrita, se desprende que la jornada extraordinaria sumada a la ordinaria, no puede exceder de doce horas diarias, salvo las excepciones expresamente señaladas.

II. Jornada laboral: Empleados de confianza y trabajadores sin supervisión inmediata

Nuestra Constitución Política en su artículo 58 señala los topes máximos para las jornadas laborales diarias y semanales diurnas y nocturnas; asimismo, el Código de Trabajo además de las mencionadas, introduce la jornada mixta, de manera que nuestro ordenamiento jurídico regula en forma expresa, las diferentes clases de jornadas laborales

que existen; no obstante lo anterior, el referido artículo 58 constitucional, posibilita establecer por vía legal, para casos muy calificados, jornadas especiales que superan aquellos límites. En este contexto, el numeral 143 del Código de Trabajo, expresamente establece:

“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 desempeñen 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”

En igual sentido, el artículo 4 del Estatuto del Servicio Civil dispone expresamente:

“Artículo 4º.- Se considerará que sirven cargos de confianza:

(...)

e) Los oficiales mayores de los Ministerios y los choferes de los Ministros.

f) Los servidores directamente subordinados a los ministros y viceministros, hasta un número de diez (10). Tales servidores serán declarados de confianza, mediante resolución razonada de la Dirección General de Servicio Civil. No podrá afectarse a funcionarios incluidos actualmente dentro del Régimen de Servicio Civil.

g) Los cargos de directores y directores generales de los Ministerios, así como los de las oficinas adscritas a ellos, las desconcentradas y descentralizadas dependientes de los Ministros o Viceministros. Queda entendido que estos funcionarios deberán cumplir con el requisito de idoneidad para el desempeño de un cargo, de carácter técnico.”

Por su parte, el Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Educación Pública, Decreto Ejecutivo No. 5771 indica:

“Artículo 16.- La jornada ordinaria diaria de trabajo será continua de ocho horas, de lunes a viernes inclusive y tendrá el siguiente horario:

Hora de entrada: a las 7 horas

Hora de Salida: a las 15 horas

Sin embargo, cuando la necesidad del servicio lo justifique, las distintas dependencias de las Oficinas del Ministerio de Educación Pública podrán establecer otro tipo de horario o jornada laboral. En tal caso, el horario y jornada definidos deberá ser comunicado al funcionario al momento de su nombramiento. Se deberá laborar la jornada mínima general correspondiente y ajustándose a la normativa aplicable al efecto.

*Artículo 17.- Quedarán excluidos de la limitación de la jornada a que se refiere el artículo anterior, los empleados que ocupan puestos de confianza, los que trabajan sin supervisión superior inmediata, los que desempeñen funciones discontinuas o que requieren su sola presencia y los que realizan labores que, por su indiscutible naturaleza, no están sometidos a jornadas de trabajo, **quienes ocasionalmente deberán permanecer en sus labores hasta doce horas como máximo**, en cuyo caso tendrán derecho a un descanso mínimo de una hora y media. El Departamento de Personal se encargará de levantar y mantener al día y tramitar una lista de los funcionarios y servidores cubiertos por esta disposición.”*

a. Puestos de confianza

Así las cosas, el régimen de empleo público contempla dos panoramas, dentro del marco del numeral 192 constitucional¹: por un lado, el típico régimen de idoneidad comprobada con estabilidad, y por otro lado, puestos que no están cubiertos por estos principios,

¹ ARTÍCULO 192.- Con las excepciones que esta Constitución y el estatuto de servicio civil determinen, los servidores públicos serán nombrados a base de idoneidad comprobada y sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos.

contemplados también en el artículo 140 inciso 1 de la Carta Magna², puestos de los cuales, la Dirección de Recursos Humanos mantendrá una lista actualizada.

En cuanto a esta figura, el Tribunal Constitucional ha desarrollado su análisis en los siguientes términos:

“Es obvio que en la mente del constituyente estaba la idea de que no todos los servidores públicos podían estar cubiertos por el régimen especial, pues la forma de escogencia, las especiales capacidades, las funciones de cada cargo, las relaciones de confianza y dependencia no son iguales en todos los casos, de ahí que los principios derivados del artículo 192 son aplicables a ciertos funcionarios -la mayoría- no a todos. La Constitución misma señaló varios casos de funcionarios de libre escogencia y remoción como son los ministros de gobierno, los miembros de la fuerza pública, los directores de instituciones autónomas, representantes diplomáticos, y en general, "los empleados y funcionarios que ocupen cargos de confianza" (art. 140 inciso 1), dejando a la ley (Ley de Servicio Civil dice el artículo 140) la determinación de otros funcionarios, que en casos muy calificados, pudieran ser excluidos del régimen general. ... También por ley especial se han excluido los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas, que son de nombramiento del ejecutivo, y en general, una serie de funcionarios, nombrados casi siempre a plazo fijo, y cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices, en unos casos; o bien, en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función. Esta relación de confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de elementos objetivos nacidos de una comunidad ideológica (política en el buen sentido del término), necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a planes y programas. Los casos de excepción, está claro, han de

² ARTÍCULO 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: 1) Nombrar y remover libremente a los miembros de la fuerza pública, a los empleados y funcionarios que sirvan cargos de confianza, y a los demás que determine, en casos muy calificados, la Ley de Servicio Civil; (...)

ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual.”³

La doctrina al referirse a estos servidores sostiene que “... ocupan puestos de vigilancia superior y se encuentran investidos de funciones directivas, con amplia libertad en su gestión dentro de la empresa, por fiscalizar la actividad de los empleados inferiores y tener además potestad disciplinaria, causa por la cual su propia condición los releva del cumplimiento de horarios estrictos; ... y si bien muchas veces las necesidades de la empresa hacen que deban superar la jornada máxima, en general pueden organizar su actividad y disponer de su tiempo con mayor latitud.”⁴

De modo que los mencionados puestos de confianza se establecen dentro de esta categoría en atención a las características especiales de las funciones que ejecuta y de ahí deriva la excepcionalidad de la jornada a aplicarles, donde deben cumplir necesariamente ocho horas con una disponibilidad máxima de doce, sin tener obligación de alcanzar este tope de forma permanente.⁵

b. Servidores sin supervisión inmediata

Por su parte, los funcionarios nombrados en puestos sin supervisión inmediata, igualmente son incluidos en las normas transcritas, por ello es fundamental determinar el concepto de la ausencia de fiscalización directa, el cual ha sido abordado por la Procuraduría General de la República al manifestar:

“... si se logra constatar que las labores realizadas son controladas y supervisadas diariamente por un superior, que existe el deber por parte del trabajador de marcar

³ Sala Constitucional, Sentencia No. 1619-1993.

⁴ CABANELLAS, G. Tratado de Derecho Laboral. Editorial Heliasta R.L. Tomo II Volumen 2. Buenos Aires, 1988

⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen C-191-2007

su horario (Sic.), o bien la obligación de rendir informes día con día de las labores realizadas ante su superior inmediato, entre otras, se hace suponer que se ejerce tal fiscalización, con lo cual no podría considerarse que se esté en presencia de puestos de la naturaleza de los referidos en el numeral 143 ya mencionado.

A contrario sensu, si se logra determinar que el trabajador realiza sus labores con independencia, siguiendo lineamientos generales de la entidad en la que labora tal como corresponde, si existe jornada laboral no limitada a cumplir únicamente con el horario establecido, además de ejercer labores de dirección y fiscalización, se configura una clara referencia a los trabajadores que pueden ser incluidos dentro de la categoría de los mencionados en tal normativa, a los cuales no les es aplicable la jornada ordinaria laboral, por las razones apuntadas supra. (...)

Prima facie, los elementos que han sido apuntados podrían coincidir con el tipo legal descrito en el artículo 143 de repetida cita, en cuanto a las tareas de dirección y administración de personal que corresponde a los puestos señalados. Sin embargo, para el análisis de la determinación de si les es o no aplicable el contenido de tal numeral del Código de Trabajo, no obstante lo descrito en el manual de clases, habrá que tomar en cuenta lo que en la realidad impera". (OJ-44-2003 del 18 de marzo del año 2003, el destacado no corresponde al original).

“Tras una minuciosa lectura del artículo 143 del Código de Trabajo, es criterio de este Órgano Asesor que la primera de las categorías indicadas en dicha norma contempla un único supuesto: la ejecución de labores sin fiscalización superior inmediata. Obsérvese que el elemento característico y distintivo de esa categoría es justamente e laborar sin esa fiscalización, de tal forma que la mención que en ella se hace a los “gerentes, administradores y apoderados” lo es a manera de ejemplo, pues se presume que ese tipo de empleados trabaja sin fiscalización superior inmediata, independientemente de la denominación que se le asigne al puesto (gerente, administrador, apoderado, etc., tratándose del ámbito privado: o, director, jefe, subjefe, etc., tratándose del sector público). En ese sentido, la Procuraduría ha indicado que la omisión del legislador de enumerar expresamente

a los directores y jefes, no excluye la posibilidad de aplicarles esa norma cuando las circunstancias del caso así lo ameriten:

“... del texto de la norma en análisis se puede notar a primera vista, la no inclusión de los que realizan las citadas labores de jefatura debido a una omisión involuntaria del legislador, pero no obstante ello, se encuentran contemplados implícitamente en dicha disposición legal. (...) No obstante, esa decisión legislativa, estimamos que, pese a tal medida, perduró en el espíritu de la norma la intención original del legislador, en el sentido de excluir de la limitación de la jornada de trabajo los puestos de vigilancia superior, vigilancia que, según dijimos deriva, o es una consecuencia del poder de mando del que están investidos los trabajadores que ejercen cargos de dirección.” (Dictamen C-193-94 del 16 de diciembre de 1994. El subrayado no es del original).”

(...)

En los dictámenes C-383-83 del 15 de noviembre de 1983, C-193-94 del 16 de diciembre de 1994 y C-224-95, esta Procuraduría señaló que, en principio, **las jefaturas que ejercen cargos de dirección y vigilancia superior están excluidas del límite de la jornada ordinaria de trabajo, siempre y cuando sus titulares trabajen sin fiscalización superior inmediata. La determinación de cuáles jefaturas se encuentran bajo ese tipo de fiscalización y cuáles no, es un asunto que compete a la Administración activa, pues ello debe examinarse caso por caso, atendiendo las especiales circunstancias de cada uno de los puestos.**

La “fiscalización superior inmediata” es un concepto jurídico indeterminado. Por ello, no es posible reducirlo a una única definición, ni enlistar taxativamente los elementos que lo integran. Por el contrario, la delimitación de sus alcances debe responder, caso por caso, a lo que el concepto en sí mismo evoca y a la razonabilidad jurídica. Esta Procuraduría, desde hace muchos años, al analizar algunos casos específicos, se ha referido a circunstancias o elementos que definen positiva o negativamente esa “fiscalización superior inmediata”, y ha concluido

que el elemento determinante es el control directo de la actividad realizada por el servidor.”⁶

De lo expuesto se extrae que el elemento medular para que exista fiscalización superior inmediata es el control directo de la ejecución de las labores, mismo que tiene distintas manifestaciones: la supervisión directa, la rendición de reportes diarios o periódicos, el deber de marcar la entrada y salida de la institución, entre otros, por lo que requiere ser precisado en el momento de aplicación a casos concretos, resorte de la Administración.

III. Tiempo extraordinario y su reconocimiento a empleados de confianza

Si bien es cierto existe la limitación legal de laborar hasta doce horas diarias sumada las jornadas ordinarias y extraordinarias, mencionada en el primer apartado y sostenida por nuestros tribunales, en los supuestos contemplados en el artículo 143 del Código de Trabajo, la Procuraduría ha sostenido el criterio que una vez que se ha superado el lapso de 12 horas diarias laboradas, procede el pago de horas extra a ese personal, justamente porque no existe obligación de permanecer más de ese tiempo en su trabajo, aspecto aplicable entonces a los funcionarios que no tienen supervisión inmediata.⁷

Para el caso específico de los empleados de confianza, la Procuraduría General de la República ha manifestado en repetidas ocasiones los extractos que se transcriben a continuación:

“Como puede verse, si bien los funcionarios o servidores de confianza se encuentran excluidos de la limitación de la jornada ordinaria de trabajo, ciertamente el precitado numeral 143, establece que no estarían obligados a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo, lo cual significa que en el eventual caso de que se les requiera de manera excepcional y temporal para trabajar fuera de ese límite de tiempo, resulta procedente el pago

⁶ Procuraduría General de la República, Dictamen C-128-2010. Véase en igual sentido AJ-346-2009 y AJ-588-2009 de la Dirección General de Servicio Civil.

⁷ Procuraduría General de la República, dictámenes C-331-2009, C-128-2010 y C-274-2013.

salarial correspondiente, tal y como lo disponen los artículos 58 constitucional y 139 del cuerpo normativo laboral.

(...)

En conclusión, por ser un derecho constitucionalmente reconocido, si el funcionario excede en sus labores el máximo de la jornada por la que se ha contratado, jornada que en el caso de los servidores de confianza es de doce horas —siempre y cuando ello no responda a la subsanación de errores que le sean imputables— tiene derecho a percibir el pago de las horas extras que haya laborado.” (Dictamen No. C-331-2009.)

“Asimismo, este Órgano Consultor ha advertido, mediante el Dictamen No. C-191-2007 del 13 de junio del 2007, que la jornada máxima de doce horas que se establece para la clase funcional en cuestión, debe entenderse como la disponibilidad máxima que ese personal debe cumplir dentro de un determinado centro de trabajo, pero que no es la jornada a la que está obligado a cumplir, pues bien puede darse el caso de que sea menor, es decir, que la misma puede variar entre ocho y doce horas de labor sin que se genere el derecho a exigir el pago de horas extraordinarias durante ese lapso.

Por otra parte, ha observado también este Despacho que al encontrarse dichos funcionarios excluidos de la jornada de trabajo, pero que no están obligados a trabajar más allá de las doce horas, es claro que la posibilidad de que trabajen jornada extraordinaria debe ser por razones sumamente excepcionales e impostergables, habida cuenta de que una jornada excesiva, aunque sea temporal, podría ocasionar consecuencias negativas sobre todo para el trabajador.” (Dictamen C-166-2010 del 09 de agosto del 2010)

“... hemos concluido que el personal de confianza, como regla de principio, estaría sujeto a una jornada ordinaria de hasta doce horas, en los términos del referido artículo 143; razón por la cual, el tiempo que exceda ese límite —aún cuando el numeral 140 del Código de Trabajo, lo prohíbe salvo calificadas excepciones- constituye indudablemente trabajo extraordinario, y por consiguiente, en la medida en que se haya laborado efectivamente, debe remunerarse como jornada extraordinaria...” (Dictamen C-180-2006)

IV. Conclusiones

Del análisis efectuado se extrae:

- a. La jornada extraordinaria es de carácter excepcional y su aplicación se encuentra debidamente regulada en el ordenamiento jurídico.
- b. La jornada extraordinaria sumada a la ordinaria, no puede exceder de doce horas diarias, salvo excepciones expresas.
- c. Las jornadas laborales diarias y semanales están reguladas en la normativa nacional.
- d. El artículo 58 constitucional, posibilita establecer por vía legal, para casos muy calificados, jornadas especiales que superan los límites de las jornadas.
- e. El Código de Trabajo y Reglamento Autónomo de Servicios del Ministerio de Educación Pública, Decreto ejecutivo N°-5771, establecen los casos de excepcionalidad de la jornada entre los cuales se subrayan los empleados de confianza y los que trabajan sin fiscalización superior inmediata, lo que implica que deben cumplir necesariamente ocho horas con una disponibilidad máxima de doce, sin tener obligación de alcanzar este tope de forma permanente y sin tener la posibilidad de cobro por jornada extraordinaria en dicho lapso de tiempo.
- f. Una vez que se ha superado el lapso de 12 horas diarias laboradas, resulta procedente (SIC) el pago salarial de tiempo extraordinario al personal incluido en el numeral 143 del código de Trabajo, debido a que no existe obligación de permanecer más de ese tiempo en su trabajo, siempre respetando la naturaleza de la jornada extraordinaria. (...)"

Visto lo anterior, para la determinación de si existe “supervisión inmediata” sobre un determinado puesto se debe valorar el control directo de la ejecución de las labores, mismo que tiene distintas manifestaciones: la supervisión directa, la rendición de reportes diarios o periódicos, el deber de marcar la entrada y salida de la institución, entre otros,

por lo que requiere ser precisado en el momento de aplicación a casos concretos. Siendo así, la determinación de esta condición de fiscalización superior inmediata en los puestos de Jefe de Servicio Civil 1, 2 y 3 y Gerente 1, 2 y 3 es una labor que debe ser realizada por la Administración Activa en cada caso concreto.

Mario Alberto López Benavides

Director

Elaborado por: María Gabriela Vega Díaz, MBA, Jefa Dpto. de Consultas y Asesoría Jurídica