

Martes 2 de marzo, 2021
AI-0049-2021

Al contestar refiérase al número de oficio; preferiblemente con el uso de firma digital, a través de la dirección correo electrónico auditoria.interna@sfe.go.cr

Ingeniero

Francisco José Estrada Garro
Estación de Control Fitosanitario Los Chiles
Departamento de Control Fitosanitario
Servicio Fitosanitario del Estado

ASUNTO: En atención a consulta planteada, se suministra información sobre la posibilidad legal que tiene el empleador de autorizar un cambio en la jornada laboral y sobre el reconocimiento de tiempo extraordinario; haciendo referencia a criterios emitidos por la Procuraduría General de la República (PGR) y la Asesoría Jurídica de la Dirección General del Servicio Civil (DGSC).

Estimado señor:

Mediante correo electrónico de fecha 1 de marzo de 2021, recibimos consulta particular relacionada con un cambio que la administración activa autorizó recientemente a su jornada laboral, cuya decisión en apariencia está lesionando sus intereses individuales; remitiéndose el día de hoy dos correos electrónicos relacionados con el tema expuesto en el citado correo electrónico remitido el día de ayer.

En primera instancia, es importante aclarar que la función asesora de la Auditoría Interna, se establece en el inciso d-) artículo 22 de la Ley General de Control Interno N° 8292 y consiste en proveer a la Administración Activa (Jerarca y/o titulares subordinados) de criterios, opiniones, sugerencias, consejos u observaciones en asuntos estrictamente de la competencia de la Auditoría Interna, con la intención de que se conviertan en insumos que le permitan tomar decisiones más informadas y con apego al ordenamiento jurídico y técnico, sin que se menoscaben o comprometan la independencia y la objetividad de la Auditoría Interna en el desarrollo posterior de sus demás competencias.

Consecuente con lo señalado en el párrafo anterior, esta Auditoría Interna en función de salvaguardar su independencia y objetividad, no se pronuncia sobre casos concretos o particulares (que incluye los de índole estrictamente laboral entre funcionarios y la administración activa; salvo que existan aspectos que a criterio de este órgano de fiscalización deban ser valorados en razón de sus competencias).

No obstante y con el único fin de colaborar, se somete a su conocimiento antecedentes normativos y criterios emitidos por la PGR y la DGSC (**ver Anexo adjunto a la presente comunicación**), los cuales tienen relación con los temas puestos a nuestro conocimiento.

Martes 2 de marzo, 2021
AI-0049-2021
Ing. Francisco José Estrada Garro
Funcionario SFE

1. ANTECEDENTES

- 1.1 El tema asociado a las jornadas ordinarias de trabajo diurno y nocturno, así como lo relativo al trabajo extraordinario, es un aspecto constitucional desarrollado en el artículo 58 de la Constitución Política.
- 1.2 Los aspectos vinculados con la jornada ordinaria de trabajo efectivo, tiempo de trabajo efectivo, jornada mixta y jornada extraordinaria, se regulan a través de lo dispuesto en los artículos 16, 137, 138, 139 y 140 del Código de Trabajo.
- 1.3 La facultad asignada a los ministros relacionada con la capacidad de dirigir y coordinar todos los servicios bajo la responsabilidad exclusiva de los ministerios, está prevista en el artículo 28 de la Ley General de Administración Pública N° 6227.
- 1.4 La jornada laboral, ordinaria y extraordinaria en el contexto del Ministerio de Agricultura y Ganadería, está regulada en el Capítulo V del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería y sus Órganos Adscritos de Desconcentración Máxima y Mínima (Decreto Ejecutivo N° 36765-MAG); en ese sentido, el tema del horario y la jornada ordinaria de trabajo se desarrollan en los artículos 9° y 10, así como la posibilidad de establecer horarios diferenciados está prevista en el artículo 11.
- 1.5 La Asesoría Jurídica de la DGSC en diferentes pronunciamientos ha analizado el tema del reconocimiento de tiempo extraordinario, ente ellos, el oficio AJ-505-2015 del 08 de octubre de 2015, en donde reitera lo siguiente:

(...) 4.- Sobre el pago del tiempo extraordinario en el Sector Público: Tal como se indicó supra, el Sector Público se encuentra sometido al Derecho Público, razón por la cual, con sujeción al bloque de legalidad, es necesario que confluyan tres elementos inseparables para que sea posible la remuneración del tiempo extraordinario:

a.- Fundamento jurídico: Que exista posibilidad legal para el pago, porque aunque haya presupuesto y autorización administrativa, debe existir norma, por sujeción al principio de legalidad. No solo la referencia a las normas generales del Código de Trabajo, sino también que en ejercicio de sus competencias, las instituciones hayan regulado esa prestación excepcional de servicios. Además, que el tiempo extraordinario no exceda los límites establecidos en las normas. Esta podría ser la oportunidad para regular expresamente el tratamiento que determinada institución diseñe para resolver la remuneración de las fracciones de tiempo extraordinario, por ejemplo, definiéndolas.

Martes 2 de marzo, 2021
AI-0049-2021
Ing. Francisco José Estrada Garro
Funcionario SFE

b.- Disponibilidad presupuestaria: *Que haya presupuesto, porque si no hay, se estarían comprometiendo fondos públicos inexistentes, debiendo el servidor presentar el respectivo reclamo para el pago, con la consecuente responsabilidad del funcionario que autorizó el tiempo extraordinario.*

c.- Autorización Administrativa: *Que se siga el procedimiento, porque siempre debe ser autorizado y ordenado por el jefe o quien tenga competencia para autorizar y no dependa de la voluntad del servidor, ya que, si así fuera, el funcionario podría prolongar la jornada cada vez que necesitara mayor pago. Si confluyen estos elementos, no existe impedimento legal alguno para que cualquier fracción, porción o parte de tiempo, sea susceptible de ser reconocido con pago extraordinario..."*

El destacado no corresponde al original

1.6 La Procuraduría General de la República, se ha pronunciado en forma reiterativa sobre:

- a) La diferencia que existe entre jornada laboral y el horario de trabajo; como referencia se cita el dictamen C.202.2003.
- b) Sobre el "lus Variandi", que consiste en "... la potestad que normalmente ostenta el empleador para modificar, en forma unilateral, las condiciones de la relación contractual, en el ejercicio de las potestades de mando, dirección, organización, fiscalización y disciplina que le confiere el poder directivo del que goza dentro de la contratación. Esta facultad puede ejercerse en el tanto en que las medidas tomadas no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni menoscaben los beneficios del trabajador ..."; como referencia se cita el dictamen C-250-2015.
- c) Asimismo, la PGR en el citado dictamen C-250-2015, señaló que el empleador legalmente puede establecer cambio en la jornada laboral, señalando que "... el ejercicio de esa potestad, atribuida al "superior jerárquico supremo", no puede ir en contra del fin público que persigue el órgano o el ente respectivo, sobre todo en los casos en los cuales los recursos humanos sean insuficientes para el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas."
- d) La Asesoría Jurídica de la Dirección General de Servicio Civil, se ha pronunciado con relación a la posibilidad legal de modificar la jornada laboral; emitiendo criterios consistentes con lo que ha venido señalando la PGR; como referencia de ello, se encuentran los oficios AJ-043-2019 y AJ-241-2019. En el oficio AJ-043-2019, entre otros aspectos, se indicó: "Los fallos citados son precisos en indicar, que la jornada laboral, a diferencia del horario de trabajo, se constituye en un elemento esencial del contrato individual de trabajo, que establece un límite importante a la potestad o posibilidad que tiene el patrono en su intención de modificarla, especialmente cuando de esa acción puede derivar un perjuicio en las condiciones particulares del trabajador o funcionario, el cual no había manifestado previamente su anuencia a dicho cambio."

Martes 2 de marzo, 2021
AI-0049-2021
Ing. Francisco José Estrada Garro
Funcionario SFE

2. COMENTARIOS DE LA AUDITORÍA INTERNA (NO VINCULANTES)

- 2.1** Tomando en cuenta el contexto del correo electrónico que se nos remitió, el mismo se registró como una consulta (solicitud de información), situación que permitió emitir la presente comunicación.
- 2.2** Entendería esta Auditoría Interna que para un análisis integral de las instancias competentes, a las que se estime necesario acudir, (por ejemplo autoridades administrativas del MAG, jurisdicción laboral o bien contenciosa administrativa), los sujetos con intereses en conflicto (funcionario y administración activa) deben fundamentar adecuadamente sus posiciones; en el caso de las jefaturas del SFE, a través de un acto administrativo debidamente motivado, emitido por la instancia competente (referencia artículo 11 Decreto Ejecutivo N° 36765-MAG) y en el caso del funcionario con la demostración clara, precisa y circunstanciada del perjuicio que estima que la administración le está ocasionado con esa decisión, así como la identificación de la normativa que considera está siendo infringida.
- 2.3** En el correo electrónico de consulta, se indica que el caso fue expuesto ante la Unidad de Asuntos Jurídicos (UAJ), situación que nos parece muy acertada, por cuanto la naturaleza del tema sujeto a consulta, es meramente jurídico; por tal razón, es conveniente conocer la posición de la UAJ sobre este particular. En caso de que la UAJ no se haya pronunciado, sería conveniente que tome conocimiento de la presente comunicación.
- 2.4** En el contexto de los antecedentes antes descritos, se puede indicar lo siguiente:
- a) Los conceptos "jornada laboral" y "horario de trabajo" no son sinónimos; la "jornada laboral" es el número de horas establecido en que se debe prestar el servicio por parte del funcionario (diario, semanal, etc.); por otro lado, el "horario de trabajo" es el lapso dentro del cual se cumple la jornada laboral.
 - b) El "ius variandi" de conformidad con la jurisprudencia consultada es la potestad que ostenta el empleador para modificar, en forma unilateral, las condiciones de la relación contractual; lo anterior en el tanto, dicha facultad se ejerza sin que atente contra las cláusulas esenciales del contrato, ni menoscaben los beneficios del trabajador.
 - c) El Poder Ejecutivo a través del artículo 11 del Decreto Ejecutivo N° 36765-MAG, le otorgó al Ministerio de Agricultura y Ganadería, la potestad de establecer horarios diferentes para que los servidores realicen sus funciones; siendo responsabilidad de las jefaturas, determinar las jornadas en que las mismas se deben realizar, conforme a las necesidades institucionales; las cuales deben definirse en el contexto de lo dispuesto en el Código de Trabajo. Para que lo definido adquiera eficacia, deberá en forma previa contar con la

Martes 2 de marzo, 2021
AI-0049-2021
Ing. Francisco José Estrada Garro
Funcionario SFE

aprobación de la Oficina de Gestión Institucional de Recursos Humanos del MAG; situación que estaría generando la fundamentación del acto administrativo respectivo.

- d) El reconocimiento y remuneración del tiempo extraordinario debe ajustarse al ordenamiento jurídico que regula esta materia; debiendo la administración activa garantizar, en todo momento, una actuación ajustada al principio de legalidad.

2.5 Es importante señalar, que la presente comunicación es de carácter público.

Atentamente,



Lic. Henry Valerín Sandino
Auditor Interno

HVS/CQN/IRJ

Ci Archivo

Referencia: Oficio AI-0049-2021

1. ANTECEDENTE NORMATIVO

1.1 Constitución Política

ARTICULO 58: “La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de lo sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley”

1.2 Código de Trabajo

ARTICULO 136.-

La jornada ordinaria de trabajo efectivo no podrá ser mayor de ocho horas en el día, de seis en la noche y de cuarenta y ocho horas por semana.

Sin embargo, en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, podrá estipularse una jornada ordinaria diurna hasta de diez horas y una jornada mixta hasta de ocho horas, siempre que el trabajo semanal no exceda de las cuarenta y ocho horas.

Las partes podrán contratar libremente las horas destinadas a descanso y comidas, atendiendo a la naturaleza del trabajo y a las disposiciones legales.

(Nota de Sinalevi: De conformidad con el numeral 4° de la ley N° 308 del 16 de diciembre de 1948, se estableció que quedan en suspenso los efectos de los artículos 136 y 139 del Código de Trabajo, y toda otra disposición en cuanto se opongá)

ARTICULO 137.-

Tiempo de trabajo efectivo es aquél 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 ().*

() (Así adicionado la frase anterior por el artículo 1° inciso c) de la ley N° 31 del 18 de noviembre de 1943)*

ARTICULO 138.-

Salvo lo dicho en el artículo 136, la jornada mixta en ningún caso excederá de siete horas, pero se calificará de nocturna cuando se trabajen tres horas y media o más entre las diecinueve y las cinco horas.

ARTICULO 139.-

El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado.

No se considerarán horas extraordinarias las que el trabajador ocupe en subsanar los errores imputables sólo a él, cometidos durante la jornada ordinaria.

El trabajo que fuera de la jornada ordinaria y durante las horas diurnas ejecuten voluntariamente los trabajadores en las explotaciones agrícolas o ganaderas, tampoco ameritará remuneración extraordinaria.

(Así suprimido del párrafo anterior el vocablo "propiamente", por el artículo 1° inciso a) de la ley N° 56 de 7 de marzo de 1944)

(Nota de Sinalevi: De conformidad con el numeral 4° de la ley N° 308 del 16 de diciembre de 1948, se estableció que quedan en suspenso los efectos de los artículos 136 y 139 del Código de Trabajo, y toda otra disposición en cuanto se oponga)

ARTICULO 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.

1.3 Ley General de Administración Pública N° 6227

Artículo 28.-

1. El Ministro será el órgano jerárquico superior del respectivo Ministerio.

2. Corresponderá exclusivamente a los Ministros:

a) Dirigir y coordinar todos los servicios del Ministerio;

...

e) Resolver las contiendas que surjan entre los funcionarios u organismos de su Ministerio;

...

j) Las demás facultades que les atribuyan las leyes.

Artículo 103.1

El jerarca, o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo y el poder de organizar ésta mediante reglamentos autónomos de organización y servicio

1.4 Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería y sus Órganos Adscritos de Desconcentración Máxima y Mínima (Decreto Ejecutivo N° 36765-MAG)

Artículo 9º—El personal del Ministerio está obligado a desempeñar sus tareas durante todos los días hábiles y en el horario previamente establecido.

Artículo 10. —La jornada ordinaria de trabajo para el personal del Ministerio es acumulativa y continua, de lunes a viernes. Se inicia a las ocho horas y concluye a las dieciséis horas. Dentro de esta jornada el personal disfrutará de cuarenta y cinco minutos para almorzar y de diez minutos en la mañana y diez minutos en la tarde para tomar un refrigerio. Los (as) jefes serán responsables directos de que el personal a su cargo cumpla con esta jornada de trabajo.

Artículo 11. —El Ministerio podrá establecer horarios diferentes para servidores (as) que realicen funciones especiales, quedando bajo la responsabilidad de la jefatura respectiva determinar la jornada en que éstas deben realizarse según las necesidades institucionales, pero no podrán ser menores a las horas establecidas para las jornadas diurna, mixta y nocturna que señala el Código de Trabajo. De todo lo actuado se deberá informar a Gestión Institucional de Recursos Humanos para su debida aprobación.

2. ANTECEDENTE PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

2.1 Dictamen C-202-2003 (desarrolla la diferencia entre jornada laboral y el horario de trabajo)

(...)

II.- DIFERENCIA ENTRE LA JORNADA LABORAL Y EL HORARIO DE TRABAJO:

(...)

Para aclarar el punto, interesa tener presente la diferencia que existe entre los conceptos de "jornada laboral", utilizado por el inciso c) del artículo 34 de la Ley General de Control Interno, y el de "horario de trabajo".

La "jornada laboral" es el número de horas de servicio (diario, semanal, etc.) que se compromete a prestar un funcionario.

Por ser un asunto de interés público, la jornada máxima ha sido regulada, incluso, por la propia Constitución Política, cuyo artículo 58 dispone, en lo que interesa, que "La jornada ordinaria de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y

treinta y seis a la semana". Esa disposición ha sido desarrollada legalmente, entre otros, en los artículos 135 y siguientes del Código de Trabajo.

Por su parte, el "horario de trabajo" es el lapso dentro del cual se cumple la jornada laboral. Según la doctrina, consiste en "... la determinación de los momentos precisos en que cada día se ha de entrar y salir del trabajo según la jornada, y sitúa, por tanto, con exactitud cuándo, dentro de cada día, la prestación es debida; se suma así la prestación de tiempo determinado, la prestación en tiempo determinado" ALONSO OLEA, (Manuel), *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Cívitas, decimoquinta edición, 1997, página N° 263).

Es claro entonces que los conceptos "jornada laboral" y "horario de trabajo" no son sinónimos,

Cabe indicar que no necesariamente el "horario de trabajo" de un servidor específico (o de un grupo de ellos) debe coincidir con el horario durante el cual está abierta la atención al público en la institución para la que presta sus servicios. Por muy variadas circunstancias, la jornada laboral puede desarrollarse en horarios "no hábiles" para el público.

(...)

2.2 Dictamen C-250-2015 (desarrolla en qué consiste el Ius Variandi)

II. Sobre el Ius Variandi

El *ius variandi* de conformidad con la jurisprudencia judicial es: "...la potestad que normalmente ostenta el empleador para modificar, en forma unilateral, las condiciones de la relación contractual, en el ejercicio de las potestades de mando, dirección, organización, fiscalización y disciplina que le confiere el poder directivo del que goza dentro de la contratación. Esta facultad puede ejercerse en el tanto en que las medidas tomadas no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato, ni menoscaben los beneficios del trabajador. En efecto, si el empleador ejerce su derecho de manera abusiva o en forma arbitraria en perjuicio de los intereses del colaborador, ello autoriza a este último a colocarse en una clara situación de despido injusto (en este sentido, consúltense también las sentencias de esta Sala, números 567, de las 9:15 horas del 8 de noviembre de 2002; 80, de las 9:50 horas del 22 de febrero de 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 de 2007). Es decir, ese derecho potestativo del empleador de modificar las condiciones de trabajo debe ejercerse dentro de ciertos límites. Además, cabe acotar 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 del poder de dirección del empleador, quien, en uso de su potestad 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). Es importante, entonces, determinar, en cada caso, si el empleador ha ejercido sus potestades de dirección, fiscalización y organización en forma razonable o si, por el contrario, ha existido una exlimitación 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” (Resolución N° 052-2015 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del dieciséis de enero del dos mil quince. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia)

Sobre el ius variandi, este Órgano Asesor en su jurisprudencia administrativa, ha señalado lo siguiente:

“De esta forma, procede indicar que “... La locución latina ius variandi – que significa derecho de variar o facultad de modificar – se refiere a la potestad que una u otra de las partes posee para alterar las condiciones convencionales o iniciales del contrato. Más restrictivamente y por antonomasia, ius variandi es la facultad patronal de modificar, por necesidades o conveniencias de la empresa, las prestaciones del trabajador...”

El ius variandi, íntimamente relacionado con el poder directivo...le permite al patrono, a fin de dirigir, coordinar y fiscalizar la empresa, ciertas alteraciones en el régimen de prestación de los servicios; pero siempre que no atenten contra las cláusulas esenciales del contrato no mermen los beneficios del trabajador. Para determinar esto último hay que proceder a un balance de la modificación, para apreciar si ciertas restricciones o perjuicios no han tenido adecuada compensación...”

En este sentido, la jurisprudencia patria ha sido conteste con lo dicho hasta ahora y sobre la figura en estudio ha estimado que se constituye en:

“... la posibilidad de cambiar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador. Consiste además, en la facultad que tiene el empleador de poder cambiar las condiciones del trabajo dentro de ciertas limitaciones, sin ocasionar al trabajador una disminución de su salario o su jerarquía, sin producirle una situación humillante o injuriosa, sin imponerle tareas que no sean las de su especialización ni labores que entrañen peligro para la salud o incomodidades reales que no fueron previstas cuando se formalizó el contrato de trabajo, así como otras desventajas similares. Este concepto general no excluye, en modo alguno las limitaciones que contra esa forma de actuar nacen al amparo de la ley, de los convenios colectivos, de los contratos individuales, y de la costumbre misma, de allí que nuestra jurisprudencia ha establecido como precepto genérico limitativo que el mismo no debe lesionar los derechos fundamentales del trabajador, debiéndose entender por tales, no solo aquellos que se informan dentro del orden patrimonial, sino también del moral y del social. Sobre el particular, el conocido autor uruguayo Américo Plá Rodríguez expresa: “Como se sabe, éste consiste en la posibilidad de cambiar las modalidades del contrato de trabajo por decisión del empleador. Si a éste le pertenece la responsabilidad de la conducción económica de la empresa, a él le

corresponde la facultad correlativa de organizar el trabajo y ajustar las diversas modalidades de funcionamiento de la empresa y, por tanto, de la prestación de las tareas de cada uno de los trabajadores. Pero cada acto en que se ejerce este derecho debe poder justificarse desde el punto de vista de la razón, en el caso de ser controvertido o resistido. Es que esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida. Y ello significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio. Y, por tanto, debe contrapesarlas, llegado el caso, con eventuales razones invocadas por el trabajador para oponerse en la situación concreta. Si el trabajador puede justificar que la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la resistencia del trabajador. Con mayor razón aún si se demuestra que está inspirada por móviles persecutorios de represalia, sin responder al legítimo interés de la empresa. En definitiva, un derecho de la parte empleadora, tan amplio en su formulación, tiene la limitación intrínseca, derivada de que debe sustentarse no en bases arbitrarias, sino en bases razonables." (Plá Rodríguez, Américo, Los Principios del Derecho de Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2° Edición, 1978, pp. 297-298)..."

Bajo esta inteligencia, es claro que el patrono ostenta la facultad de legal de variar las condiciones de trabajo del servidor, siempre con la finalidad de mejorar la función que ejerce o el servicio que presta. Valga indicar además que generalmente tal modificación se ajusta a una decisión de oportunidad y conveniencia. Empero, tal posibilidad jurídica no es ilimitada, por el contrario, como ya se dijo, está sujeta a una serie de restricciones que resultan como consecuencia lógica del Estado de Derecho que rige esta sociedad y los respectivos principios constitucionales que imperan en nuestro ordenamiento jurídico.

En este sentido, ha sido contundente la jurisprudencia, al sostener:

"... Para la Sala, el derecho patronal de adaptar, modificar y cambiar las condiciones laborales pactadas en un principio, sin la anuencia de la contraparte o, aun, contra su voluntad (ius variandi), que es una de las manifestaciones del poder de dirección y que resulta ser una estipulación de toda relación jurídica, estatutaria o de trabajo, está sujeto a límites bien claros. Por un lado, se requiere de la existencia de una causa legítima (una necesidad real que justifique la variación) y, por el otro, no está permitido lesionar, impunemente, los derechos e intereses morales o materiales de la contraria, lo cual se produciría, por ejemplo, si se le disminuyese la categoría profesional o su retribución económica..."

A partir de lo dicho, se puede concluir que el ius variandi, deja de ser una posibilidad legalmente avalada y se torna abusivo cuando el Patrono traspasa las restricciones citadas, violentando así el límite infranqueable de los derechos del trabajador, ya sea porque su decisión es arbitraria o le provoca una lesión en su esfera moral o patrimonial." (Dictamen C-271-2009 del 2 de octubre del 2009)

2.3 Dictamen C-250-2015 (desarrolla la posibilidad legal del emplear en el cambio de la jornada laboral)

III. **Sobre el fondo**

(...)

En razón de lo expuesto, es criterio de este Órgano Asesor que el Alcalde en su condición de jefe y administrador general del ente municipal, tiene la potestad de de adaptar, modificar y cambiar las condiciones laborales (ius variandi), con la finalidad de mejorar el servicio que presta la municipalidad.

Ahora bien, en relación a la modificación de la jornada laboral por parte del empleador, este Órgano Asesor ha señalado que los jefes de la Administración Pública tienen la potestad de organizar la prestación del servicio cuya dirección se le ha encomendado (aspecto dentro del que se encuentra la jornada de trabajo), lo cual lo pueden hacer por medio de la potestad reglamentaria. Señala el dictamen C-226-2015 del 26 de agosto del 2015, lo siguiente:

“Dentro de las potestades con que cuentan los jefes de la Administración Pública se encuentra la de organizar la prestación del servicio cuya dirección se les ha encomendado, lo que les permite regular algunos aspectos de la relación de empleo, aspectos dentro de los cuales está el relacionado con la jornada de trabajo.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia n.º 749-F-04 de las 9:30 horas del 10 de setiembre de 2004, realizó un desarrollo importante con respecto a la potestad reglamentaria administrativa. En esa sentencia, la Sala se refirió a los distintos tipos de reglamentos y a las características de cada uno de ellos:

“La doctrina ius publicista señala varias clasificaciones de los reglamentos. Una de ellas, los agrupa en: 1) reglamentos autónomos, subdivididos, a su vez en: a) de organización y b) de servicio; 2) ejecutivos y 3) delegados. Los primeros, revisten la característica de no necesitar una ley previa para ser dictados y promulgados (praeten legem). De ahí, su denominación de autónomos o independientes. Tienen dos ámbitos de regulación: la organización interna y servicios. Los primeros –de organización– son aquellos referidos a la organización interna de los despachos, oficinas y la distribución de las competencias entre los diversos órganos que conforman el ente. Específicamente, se ocupan de la creación de órganos internos, sin potestades de imperio. Por regla, su destinatario es un órgano interno sin relación directa con los administrados en general o, en particular, con los usuarios de los servicios, pues en caso contrario existe reserva legal. En suma, se trata de normas de carácter interno sin incidencia fuera del ámbito en que fueron dictadas. Por su parte, los segundos –de servicio– se refieren a dos aspectos: i) el servicio público prestado por la administración pública respectiva (competencia del jefe para regular la organización en la prestación del servicio público a su cargo, aún sin necesidad de ley previa) y ii) la relación de servicio o estatutaria entre la administración pública respectiva y sus funcionarios o servidores (puede regular diversos aspectos, v.gr., régimen disciplinario, permisos, vacaciones, licencias, becas, capacitación, entre otros). Por su parte, los

reglamentos ejecutivos (secundum legem –de acuerdo con la ley–), desarrollan (aclaran o precisan), complementan y ejecutan la ley dentro de los parámetros y límites fijados por ésta. La ley puede dejar muchos o algunos aspectos de su aplicación en blanco, lo cual puede ser complementado mediante reglamento ejecutivo. Este tipo de reglamentación norma las relaciones entre los administrados y la Administración Pública para posibilitar la ejecución de la ley dentro de los presupuestos y condiciones que ella fija. Por último, los reglamentos delegados son aquellos que, por autorización expresa de ley, se refieren a la materia reservada a la ley formal, o la derogan o modifican, como si fueran leyes emitidas por el Poder Legislativo. Pueden ser de dos clases: 1) los que cubren o tratan materias reservadas a ley; 2) los que dejan sin efecto y sustituyen una ley. En ambos casos, se requiere siempre de la autorización legal concreta, expresa y manifiesta, pero en el ordenamiento jurídico costarricense no están permitidos”. (El subrayado es nuestro).

El fundamento legal para la emisión de un reglamento autónomo de servicio se encuentra en el artículo 103.1 de la Ley General de la Administración Pública, según el cual, “El jerarca, o superior jerárquico supremo tendrá, además, la representación extrajudicial de la Administración Pública en su ramo y el poder de organizar ésta mediante reglamentos autónomos de organización y servicio...”. (El subrayado es nuestro).

A juicio de este órgano asesor –como ya adelantamos– la duración de la jornada de trabajo es uno de los elementos de la relación de empleo que pueden ser regulados por medio de un reglamento autónomo de servicio, siempre que no se sobrepasen las jornadas máximas establecidas en la Constitución Política (artículo 58) y en el Código de Trabajo (artículo 136) y se respete el interés público superior que exige ejecutar eficientemente las competencias asignadas a cada uno de los órganos e instituciones que componen la Administración Pública.

A manera de ejemplo, entre los muchos casos en que se ha regulado la jornada de trabajo por vía reglamentaria, se puede mencionar al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que estableció su jornada laboral en 40 horas semanales (artículo 7 del Reglamento Autónomo de Servicio del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, emitido mediante el decreto n.º 27969-TSS del 23 de junio de 1999); al Tribunal Supremo de Elecciones, que estableció su jornada laboral en 40 horas semanales (artículo 3 del Reglamento Autónomo de Servicio del Tribunal Supremo de Elecciones, aprobado en el artículo segundo de la sesión n.º 10979, celebrada el 9 de setiembre de 1996); y al Instituto Nacional de Aprendizaje, que estableció su jornada laboral en 42 horas semanales (artículo 8 del Reglamento Autónomo de Servicio del Instituto Nacional de Aprendizaje, emitido el 28 de enero de 1982).

(...)

Nótese que si bien la normativa recién transcrita no hace referencia expresa a la situación de los choferes del MOPT, sí contempla algunos lineamientos útiles para definir la jornada de trabajo de ese tipo de servidores. En ese sentido, establece una jornada ordinaria de trabajo de cuarenta horas semanales para la generalidad de los empleados del MOPT, e indica que a aquellas personas que se encuentren en los supuestos contenidos en el artículo 143 del Código de Trabajo, no se les aplica esa jornada. Además, dispone que

corresponderá a quien ejerza los cargos de director, subdirector, jefe o subjefe, determinar, en cada caso, cuáles funcionarios trabajan sin fiscalización superior inmediata, para efectos de adecuar su jornada a lo dispuesto en el artículo 143 del Código de Trabajo. Asimismo, establece las pautas para identificar el trabajo que se realiza sin fiscalización superior inmediata, pues indica que esta última radica en el control directo y permanente que realiza el superior inmediato sobre el servidor, el cual se refleja en la supervisión diaria de las labores que ejecuta, el control de asistencia y el control sobre el cumplimiento de las obligaciones y deberes que le impone la relación de empleo.

Finalmente, a efecto de ajustar los precedentes de esta Procuraduría a lo hasta aquí expuesto, se reconsidera de oficio el dictamen C-248-2014 del 13 de agosto de 2014, en tanto negó que el jerarca tuviese la posibilidad de modificar la jornada de trabajo establecida en la institución a su cargo. Se aclara, en todo caso, que el ejercicio de esa potestad, atribuida al “superior jerárquico supremo”, no puede ir en contra del fin público que persigue el órgano o el ente respectivo, sobre todo en los casos en los cuales los recursos humanos sean insuficientes para el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas.”

En razón de lo expuesto, es criterio de este Órgano Asesor que el Alcalde Municipal tiene facultades de jefe y administrador del ente municipal de manera que debe vigilar que se dé una correcta organización, funcionamiento y coordinación del ente municipal, de manera que puede proponer un cambio en la jornada laboral siempre y cuando no vaya en contra del fin público que persigue la municipalidad, no se sobrepasen las jornadas máximas establecidas en la Constitución Política y el Código de Trabajo.

IV. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, esta Procuraduría General de la República es del criterio que:

El Alcalde Municipal en ejercicio de sus facultades de jefe y administrador del ente municipal puede proponer un cambio en la jornada laboral siempre y cuando no vaya en contra del fin público que persigue la municipalidad, no se sobrepasen las jornadas máximas establecidas en la Constitución Política y el Código de Trabajo.

3. ANTECEDENTE ASESORÍA JURÍDICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE SERVICIO CIVIL

3.1 Criterio Legal AJ-OF-043-2019 (sobre la modificación de la jornada laboral)

(...)

Ahora bien, en relación a la modificación de la jornada laboral por parte del empleador, este la Procuraduría General de la República, ha señalado que los jefes de la Administración Pública tienen la potestad de organizar la prestación del servicio cuya dirección se le ha encomendado (aspecto dentro del que se encuentra la jornada de trabajo), lo cual lo pueden hacer por medio de la potestad reglamentaria. Así lo señala el dictamen número C-226-2015 del 26 de agosto del 2015, que cita lo siguiente: “Dentro de

las potestades con que cuentan los jefes de la Administración Pública se encuentra la de organizar la prestación del servicio cuya dirección se les ha encomendado, lo que les permite regular algunos aspectos de la relación de empleo, aspectos dentro de los cuales está el relacionado con la jornada de trabajo. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su sentencia n.º 749-F04 de las 9:30 horas del 10 de setiembre de 2004, realizó un desarrollo importante con respecto a la potestad reglamentaria administrativa. En esa sentencia, la Sala se refirió a los distintos tipos de reglamentos y a las características de cada uno de ellos:

“La doctrina *ius publicista* señala varias clasificaciones de los reglamentos. Una de ellas, los agrupa en: 1) reglamentos autónomos, subdivididos, a su vez en: a) de organización y b) de servicio; 2) ejecutivos y 3) delegados. Los primeros, revisten la característica de no necesitar una ley previa para ser dictados y promulgados (*praeten legem*). De ahí, su denominación de autónomos o independientes. Tienen dos ámbitos de regulación: la organización interna y servicios. Los primeros –de organización– son aquellos referidos a la organización interna de los despachos, oficinas y la distribución de las competencias entre los diversos órganos que conforman el ente. Específicamente, se ocupan de la creación de órganos internos, sin potestades de imperio. Por regla, su destinatario es un órgano interno sin relación directa con los administrados en general o, en particular, con los usuarios de los servicios, pues en caso contrario existe reserva legal. En suma, se trata de normas de carácter interno sin incidencia fuera del ámbito en que fueron dictadas. Por su parte, los segundos –de servicio– se refieren a dos aspectos: i) el servicio público prestado por la administración pública respectiva (competencia del jefe para regular la organización en la prestación del servicio público a su cargo, aún sin necesidad de ley previa) y ii) la relación de servicio o estatutaria entre la administración pública respectiva y sus funcionarios o servidores (puede regular diversos aspectos, v.gr., régimen disciplinario, permisos, vacaciones, licencias, becas, capacitación, entre otros). Por su parte, los reglamentos ejecutivos (*secundum legem* –de acuerdo con la ley–), desarrollan (aclaran o precisan), complementan y ejecutan la ley dentro de los parámetros y límites fijados por ésta. La ley puede dejar muchos o algunos aspectos de su aplicación en blanco, lo cual puede ser complementado mediante reglamento ejecutivo. Este tipo de reglamentación norma las relaciones entre los administrados y la Administración Pública para posibilitar la ejecución de la ley dentro de los presupuestos y condiciones que ella fija. Por último, los reglamentos delegados son aquellos que, por autorización expresa de ley, se refieren a la materia reservada a la ley formal, o la derogan o modifican, como si fueran leyes emitidas por el Poder Legislativo. Pueden ser de dos clases: 1) los que cubren o tratan materias reservadas a ley; 2) los que dejan sin efecto y sustituyen una ley. En ambos casos, se requiere siempre de la autorización legal concreta, expresa y manifiesta, pero en el ordenamiento jurídico costarricense no están permitidos”.

Por lo tanto con lo analizado hasta ahora, se concluye que la duración de la jornada de trabajo es uno de los elementos de la relación de empleo que pueden ser modificados, siempre que no se sobrepasen las jornadas máximas establecidas en la Constitución Política (artículo 58) y en el Código de Trabajo (artículo 136) y se respete el interés público

superior que exige ejecutar eficientemente las competencias asignadas a cada uno de los órganos e instituciones que componen la Administración Pública.

3.2 Criterio Legal AJ-OF-241-2019 (sobre la modificación de la jornada laboral)

(...)

En tratándose de instituciones públicas, y siempre sobre el tema en análisis, el Tribunal de Trabajo Sección Primera del Segundo Circuito Judicial de San José, ha advertido que:2 “...Las principales disposiciones legales y constitucionales atinentes tanto a jornada ordinaria como extraordinaria, estipulan el tiempo máximo laborable dentro de cada una de las jornadas. El artículo 58 Constitucional estipula: "La jornada de trabajo diurno no podrá exceder de ocho horas diarias y cuarenta y ocho a la semana. La jornada ordinaria de trabajo nocturno no podrá exceder de seis horas diarias y treinta y seis a la semana. El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados. Sin embargo, estas disposiciones no se aplicarán en los casos de excepción muy calificados, que determine la ley " . Tal disposición es desarrollada por los artículos 135 a 146 inclusive, del Código de Trabajo, donde se define la diferencia entre jornada diurna y nocturna, el número de horas que componen cada jornada, la jornada acumulativa semanal, la jornada total, extraordinaria y algunos tipos de jornadas especiales. En tales disposiciones quedan definidos los límites máximos que componen las jornadas ordinaria y extraordinaria de trabajo, pero ello no excluye en modo alguno que el patrono fije jornadas laborales por debajo de tales extremos. Es en consecuencia factible que el patrono fije, en beneficio del trabajador, forjadas menores a tales extremos. En los casos en que así sucede, todo aumento posterior en el número de horas laborables ha de estar plenamente justificado, sin detrimento del derecho del trabajador a exigir la compensación correspondiente. La fijación de las condiciones laborales en esos términos, en modo alguno contradice la tesis sostenida reiteradamente por la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que, tratándose de funcionarios públicos, vinculados en una relación de servicio de naturaleza estatutaria, la vigencia del principio de legalidad impide la aplicación del contrato realidad que abiertamente es aceptado en contrataciones de derecho privado. Si desde el momento en que fue contratado, como agente de seguridad del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, en noviembre de 1984, el actor se ha desempeñado dentro de una jornada laboral de cinco días a la semana, para un total de cuarenta horas laborales, debe concluirse que la contratación del actor fue en esas condiciones. En este caso no estamos ante el restablecimiento a su jornada correcta de trabajo, porque como se indicó, desde el inicio de la relación laboral esa fue la jornada exigida, la cual se ha de considerar entonces como su jornada ordinaria de labores. " (En este sentido podrá ser consultado el voto No. 361-01 de las ocho horas treinta minutos del cinco de julio del dos mil uno, también de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, respecto del cual ha hecho referencia el recurrente). (Se agrega el subrayado).

Los fallos citados son precisos en indicar, que la jornada laboral, a diferencia del horario de trabajo, se constituye en un elemento esencial del contrato individual de trabajo, que establece un límite importante a la potestad o posibilidad que tiene el patrono en su

intención de modificarla, especialmente cuando de esa acción puede derivar un perjuicio en las condiciones particulares del trabajador o funcionario, el cual no había manifestado previamente su anuencia a dicho cambio.

(...)

3.3 Criterio Legal AJ-505-2015 (sobre la procedencia de pago de horas extra)

(...)

Como primer punto resulta ineludible establecer que el fundamento legal del tiempo extraordinario encuentra su base en el artículo 143 del Código de Trabajo que al respecto indica:

“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 puesto 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”

De aquí que resulte de vital importancia, en una primera instancia, determinar si el funcionario o funcionaria a quien se le cuestiona el pago de horas extra se encuentra dentro de los contenidos en el artículo 143 transcrito supra, ya que es a partir de estas características especiales y particularidades de sus funciones, que se puede concluir si un funcionario se encuentra o no, sometido a las jornadas ordinarias de trabajo.

Adicional a este primer punto, consideramos para efectos de historia, hacer del conocimiento del consultante que en el año 1983, mediante Decreto Ejecutivo Número 14638 del 23 de junio de 1983, se creó la llamada Comisión de Recursos Humanos, misma que emitía las llamadas “Normas para la Autorización y Pago de Tiempo Extraordinario en las Entidades del Sector Público Centralizado” misma que estuvo vigente hasta el 1 de agosto del año 2006, momento en que fue eliminada mediante Decreto Ejecutivo Número 33308.

Resulta interesante que mediante este Decreto se reconoció la importancia de que cada institución ejerciera la competencia de auto-regularse en esta materia: “12.- Que la Comisión de Recursos Humanos comparte el criterio esgrimido por las instituciones públicas, en el sentido de que éstas son las competentes para definir las necesidades en cuanto a la autorización del tiempo extraordinario, así como de la utilización correcta del mismo.”.

Como un segundo punto consideramos que resulta relevante para los efectos de su consulta, compartir un extracto del criterio número AJ- 766-2013 del 4 de julio del 2013 de esta Asesoría Jurídica, en el cual se enumeró una serie de requisitos para determinar la

procedencia del pago del tiempo extraordinario en el sector público, conocidos como la “Triada del tiempo extraordinario”:

“...4.- Sobre el pago del tiempo extraordinario en el Sector Público: Tal como se indicó supra, el Sector Público se encuentra sometido al Derecho Público, razón por la cual, con sujeción al bloque de legalidad, es necesario que confluyan tres elementos inseparables para que sea posible la remuneración del tiempo extraordinario:

a.- Fundamento jurídico: Que exista posibilidad legal para el pago, porque aunque haya presupuesto y autorización administrativa, debe existir norma, por sujeción al principio de legalidad. No solo la referencia a las normas generales del Código de Trabajo, sino también que en ejercicio de sus competencias, las instituciones hayan regulado esa prestación excepcional de servicios. Además, que el tiempo extraordinario no exceda los límites establecidos en las normas. Esta podría ser la oportunidad para regular expresamente el tratamiento que determinada institución diseñe para resolver la remuneración de las fracciones de tiempo extraordinario, por ejemplo, definiéndolas.

b.- Disponibilidad presupuestaria: Que haya presupuesto, porque si no hay, se estarían comprometiendo fondos públicos inexistentes, debiendo el servidor presentar el respectivo reclamo para el pago, con la consecuente responsabilidad del funcionario que autorizó el tiempo extraordinario.

c.- Autorización Administrativa: Que se siga el procedimiento, porque siempre debe ser autorizado y ordenado por el jefe o quien tenga competencia para autorizar y no dependa de la voluntad del servidor, ya que si así fuera, el funcionario podría prolongar la jornada cada vez que necesitara mayor pago. Si confluyen estos elementos, no existe impedimento legal alguno para que cualquier fracción, porción o parte de tiempo, sea susceptible de ser reconocido con pago extraordinario...”

(...)