



Boletín Informativo

La Uruca, San José, Costa Rica, viernes 27 de julio del 2012. Nº 7

Opinión Jurídica : 010 - J del 04/02/2009

OJ-010-2009

04 de febrero de 2009

Licenciado

Carlos Gutiérrez Gómez

Diputado Partido Movimiento Libertario

Asamblea Legislativa

Con la aprobación de la señora Procuradora General de la República, me es grato referirme a su oficio N° KL-CGG-CH-451-04-08 de fecha 9 de abril del 2008, mediante el cual solicita la asesoría técnica de este Despacho, en relación con la modificación introducida al artículo 11 del Reglamento Autónomo de Servicio de la Asamblea Legislativa.

Antes de entrar al fondo de la consultas que se nos plantean, le ofrecemos nuestras disculpas por el atraso en que hemos incurrido para dar respuesta a su gestión, todo justificado por motivos de fuerza mayor, fundamentalmente en virtud del elevado volumen de juicios que atendemos, así como de consultas previamente planteadas por otros entes estatales.

Se señala en su oficio que mediante la reforma en cuestión se le agregó un párrafo al citado artículo 11 del Reglamento Autónomo, el cual dispone lo siguiente: *“Asimismo, el patrono estará facultado para otorgar tiempo acumulado compensatorio, como alternativa adicional y excepcional al pago de tiempo extraordinario, bajo el entendido de que debe existir una necesaria proporcionalidad entre el tiempo compensado y el valor de la hora que se compensa.”*

En su misiva se manifiesta que en vista de que los términos de esta reforma parecen violar derechos consagrados en la legislación vigente, se nos plantean las siguientes interrogantes:

- a. *¿La forma de pago de tiempo extraordinario con tiempo acumulado está contemplada dentro de la legislación vigente?*
- b. *¿Esta modificación reglamentaria está por encima de las disposiciones que al efecto se contemplan dentro de la legislación vigente?*
- c. *Para efectos del cálculo del aguinaldo se toma en cuenta el tiempo extraordinario laborado durante el año. ¿Cómo se reconocería en este caso la modalidad de tiempo acumulado en el aguinaldo?*

d. Similar a la anterior interrogante surge el supuesto en el caso del cálculo para el salario escolar.

e. ¿Cómo se disfrutaría el tiempo acumulado si en el Departamento de Comisiones, por ejemplo, el tiempo extraordinario no es una excepción?

f. ¿Cuál sería el tiempo de expiración del derecho para el disfrute del tiempo acumulado?

g. En el caso de funcionarios próximos a pensionarse ¿el tiempo extraordinario forma parte del salario considerado para el cálculo de la pensión?

h. En el eventual disfrute del tiempo acumulado ¿qué sucedería a un trabajador si tuviera un accidente, estando ausente del trabajo, se encuentra o no cubierto por los beneficios del Instituto Nacional de Seguros (riesgos del trabajo)?

i. Además, con la forma de pago de tiempo acumulado no se estarían realizando los rebajos de ley de las cargas sociales y renta. ¿Se estarían incumpliendo o se exime entonces con esta reforma el pago de esas obligaciones?

I. Observación Preliminar

Conviene recordar que, de conformidad con nuestra Ley Orgánica, Ley N° 6815, la labor consultiva de la Procuraduría General se ejerce en un ámbito circunscrito a la Administración Pública. No obstante, atendiendo a su atenta solicitud, y con el afán de colaborar con el señor diputado en su labor, nos permitimos emitir una opinión jurídica no vinculante en relación con las inquietudes planteadas.

Sobre el particular, en la opinión jurídica N° OJ-165-2005 del 19 de octubre del 2005, esta Procuraduría General expresó las siguientes consideraciones:

"Resulta conveniente, desde ahora, definir la naturaleza jurídica de nuestro pronunciamiento y, consecuentemente, los efectos del criterio que se emite al respecto.

En primer lugar, debemos indicar que este Despacho despliega su función consultiva respecto de la Administración Pública. En ese sentido, el artículo 4° párrafo primero de nuestra Ley Orgánica (N° 6815 de 27 de setiembre de 1982 y sus reformas) dispone lo siguiente:

"Los órganos de la Administración Pública, por medio de los jefes de los diferentes niveles administrativos, podrán consultar el criterio técnico-jurídico de la Procuraduría, debiendo, en cada caso, acompañar la opinión de la Asesoría Legal respectiva."

(El subrayado es nuestro).

De la norma transcrita fácilmente se infiere que la Procuraduría General de la República sólo está facultada para emitir dictámenes a petición de un órgano que forme parte de la Administración Pública, en tanto ejecute función administrativa. A tales dictámenes el artículo 2° de la supracitada ley, les atribuye efectos vinculantes:

"Los dictámenes y pronunciamientos de la Procuraduría General constituyen jurisprudencia administrativa, y son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública".

Ahora bien, pese a que la actividad esencial de la Asamblea Legislativa no forma parte de la función administrativa del Estado, este Despacho ha considerado que se encuentra legitimada para requerir nuestra intervención en materias que conciernan específicamente al ejercicio excepcional, por su parte, de la función administrativa y que, en tal caso, el respectivo pronunciamiento tendrá los efectos comentados.

En lo que al presente asunto se refiere, consideramos que el señor Diputado no está indagando sobre un tema que se relacione con la función administrativa de la Asamblea, por lo que este Despacho no podría pronunciarse de manera vinculante sobre el punto.

A pesar de lo anterior, en consideración a la investidura del consultante y como una forma de colaboración para con él, emitiremos nuestro criterio sobre el referido proyecto de ley, planteando algunas reflexiones generales en torno a la normativa en cuestión, con la advertencia de que tal pronunciamiento carece de efectos vinculantes, siendo su valor el de una mera opinión consultiva (...). (en igual sentido, ver, entre otras, nuestra opinión jurídica N° OJ-139-2007 del 10 de diciembre del 2007)

Aclarado lo anterior, procedemos a entrar al tema de fondo relacionado con las consultas planteadas en el oficio arriba mencionado.

II.-Sobre el pago de horas extras

El elenco de interrogantes formuladas, de frente a la regulación introducida vía modificación a lo que sobre el particular establece el artículo 11 del Reglamento Autónomo de Servicio de la Asamblea Legislativa, impone, como primer aspecto a abordar, la naturaleza y razón de ser de las denominadas *horas extras*, como retribución por el desempeño de labores en jornada extraordinaria.

Estamos ante un tema que ha sido tratado en diversas ocasiones por este Órgano Asesor, de ahí que lo procedente sea recurrir a varios pronunciamientos que proporcionan valiosas consideraciones jurídicas para tratar el tema que aquí nos ocupa. En primer término, mediante nuestro dictamen N° C-150-2008 del 6 de mayo del 2008, señalamos lo siguiente:

“La jornada ordinaria y extraordinaria de trabajo tiene raigambre constitucional. El numeral 58 de la Carta Magna impone el límite de horas por jornada ordinaria, tanto diurna como nocturna, con excepciones muy calificadas que son determinadas por ley.

Por su parte, el Código de Trabajo establece las regulaciones correspondientes a las jornadas de trabajo, y en ese sentido, dispone al igual que el texto constitucional, el número máximo de horas que comprende cada jornada. El numeral 143 del citado código, excluye de la limitación de la jornada laboral a aquellas personas que por la índole de las funciones que realizan se hace necesario establecerles excepciones, las cuales responden básicamente a una necesidad permanente y previsible del servicio que se presta, que hace que inevitablemente deban desarrollarse esas funciones en exceso de los límites máximos previstos por la ley. Los supuestos de exclusión de la limitación de la jornada quedan entonces determinados por ley en el referido artículo 143.

Como vemos, es claro que el espíritu de las disposiciones normativas que regulan las diversas jornadas de trabajo en nuestro medio son limitativas, ya que solamente en casos excepcionales se prescinde de la limitación de la duración de la jornada laboral. Así, en dicho sentido, debe evitarse la posibilidad de que en virtud de una aplicación extensiva de la norma 143 del Código de Trabajo, se irrespeten los límites de la jornada ordinaria laboral, pues tanto el Constituyente como el legislador ordinario se inclinaron por restringir la jornada ordinaria laboral, con el fin de evitar que el exceso de trabajo produzca lesiones o trastornos físicos y mentales al trabajador. En ese sentido ha sido hartamente asentada la doctrina jurisprudencial de nuestros tribunales laborales.

Cuando proceda laborarlo, **el trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados** (arts. 58 de la Constitución Política y 139 del Código de Trabajo). “ (énfasis agregado)

Establecida así la naturaleza de la jornada extraordinaria, procede de seguido traer a colación otras consideraciones que ha vertido este Despacho, puntualmente sobre la forma de remuneración de las horas extras, retribución que siempre debe tener carácter salarial. Al respecto, nuestra opinión jurídica N° OJ-053-2005 de fecha 3 de mayo del 2005, señaló lo siguiente:

“Ahora bien, en el caso del Tribunal Supremo de Elecciones, la jornada semanal de todos los empleados, con excepción de los oficiales de seguridad, es de cinco días (art. 7º del Reglamento Autónomo de Servicio, publicado en La Gaceta N° 201 de 21 de octubre de 1996); esto es así, porque estos últimos laboran seis días continuos en el siguiente horario: Dos días de las 06:00 a m a las 14:00 p m; dos días de las 14:00 p m a las 22:00 p m y dos días de las 22:00 p m a las 06:00 a m. Después de cada jornada semanal, tienen derecho a un día de descanso completo (art. 9º *Ibidem*). Y según dispone expresamente dicho numeral, la jornada de las 14:00 p m a las 22:00 p m genera una hora extra y la de las 22:00 p m a

las 06:00 a m dos; **las cuales se retribuirán según lo establece la ley, pero con base en el salario devengado durante el mes en que se trabajó el tiempo extraordinario.**

En consecuencia, por lo expuesto y a la luz de lo que disponen los artículos 58 constitucional; 135, 136, 137 y 138 del Código de Trabajo, es jurídicamente procedente que los Agentes de Seguridad y Vigilancia del Tribunal Supremo de Elecciones laboren en jornada extra, la cual debe ser remunerada en los términos del artículo 139 del Código de Trabajo.

V.-En cuanto al cómputo y cálculo de la jornada extraordinaria

La legislación nacional no enuncia de manera expresa la forma en que deberá hacerse tanto el cómputo, como el cálculo de la jornada extraordinaria. Han sido los Tribunales de Justicia, y especialmente la Sala Segunda, la que en reiteradas sentencias ha interpretado el numeral 139 del Código de Trabajo, y en cuanto al cómputo y cálculo de la jornada extraordinaria, y en especial la de los guardas de seguridad, ha establecido en forma contundente, entre otras cosas, que: **1)** el cómputo de las horas extra es diario, no semanal ni mensual, y **2)** en cuanto al cálculo de las horas extra, lo correcto es utilizar cuatro valores: hora ordinaria diurna, hora extraordinaria diurna, hora ordinaria nocturna y hora extraordinaria nocturna.

A manera de ejemplo, transcribimos *-en lo conducente-*, al menos dos de las varias sentencias existentes sobre dichos temas, que resultan suficientemente ilustrativas:

*"(...) El recurrente muestra inconformidad con el cálculo realizado por horas extra, porque según sostiene, se debió partir de una jornada acumulativa mensual de 104 horas diurnas y 78 horas nocturnas. **Sobre el punto, debe indicarse que en reiterados pronunciamientos se ha sostenido el criterio de que el cómputo de las horas extra es diario, no semanal ni mensual.***

En el voto número 632, de las 10:00 horas, del 31 de octubre del 2003, se dijo: " Las horas extraordinarias deben computarse por día: "Como la jornada está sujeta a un límite diario y a otro semanal, se configura la hora extra de trabajo desde que se sobrepasa el límite diario, aunque no se alcance el semanal" (ALBUQUERQUE DE CASTRO (Rafael F.), "Jornada y descansos remunerados en la República Dominicana", en Jornada de trabajo y descansos remunerados (perspectiva iberoamericana), Editorial Porrea S.A., México, 1993, p.237)". Sobre el mismo tema, agregó: "III.- No son atendibles los reparos, de que el tiempo extraordinario debe calcularse por jornada semanal acumulativa, porque según se expuso en el considerando anterior, ese tiempo debe computarse, diariamente y no en forma acumulativa, semanal o mensual, porque si bien es cierto la jornada está sujeta a un límite diario y a otro semanal, en aplicación de la regla de la norma más favorable -Principio Protector- que rige esta materia (artículo 15 del Código de Trabajo), la hora extra de trabajo se configura desde que se excede el límite diario, aunque no se alcance el semanal, ello es así porque dicha condición favorece más al trabajador, toda vez que sin que exceda de la jornada semanal, perfectamente se puede hacer acreedor al pago de tiempo extraordinario por el exceso diario de la jornada. No puede pretender entonces, el empleador, hacer laborar a sus empleados una jornada máxima de doce horas diarias -suma de la jornada ordinaria con la extraordinaria- durante cuatro o cinco días a la semana, y sólo reconocerle para efectos de pago de tiempo extraordinario, el exceso de horas de la jornada ordinaria semanal -sea esta diurna, mixta o nocturna-, por resultar menos favorable para el trabajador en comparación con la jornada ordinaria diaria.". (También se pueden consultar los votos números 336, de las 9:50 horas, del 31 de marzo del 2000; 193, de las 10:10 horas del 28 de marzo del 2001 ; 587, de las 9:25 horas, del 22 de octubre del 2003; 644, de las 9:50 horas, del 5 de noviembre del 2003). Esas consideraciones son plenamente aplicables a este caso, pues, en aplicación de la normativa constitucional y legal sobre el tema, a la luz de los principios que informan la materia laboral, especialmente el protector, no es procedente, avalar para el pago de horas extra un cómputo mensual como lo pretende el recurrente, siendo que éste debe ser diario, debiendo reconocerse en este caso como jornada extraordinaria el tiempo laborado que sobrepase la jornada ordinaria diurna y nocturna por día, tal y como lo hicieron los señores jueces sentenciadores" (Resolución N° 2004-00342 op. cit.) (Lo destacado es nuestro).

Y en cuanto al cálculo de la jornada extraordinaria, la siguiente transcripción ilustra claramente la posición que ha venido sosteniendo y reiterando la Sala Segunda:

(...) A la Sala no le queda ninguna duda de que, en el salario mensual que percibía el demandante iba incluido el pago de horas extra, conclusión a la que también llegaron los juzgadores de instancia

*(...) Ahora bien, una vez establecido que, la accionada, pagaba las horas extraordinarias, **cabe examinar si las calculaba correctamente.** Para ello, y a manera de ilustración, se hará un análisis utilizando los datos correspondientes a los últimos meses, de la relación laboral. En la contestación de la demanda, se indica que el salario base que se le pagaba al demandante, era de sesenta y siete mil colones; y, además, se le cancelaba un promedio de treinta mil*

colones mensuales, para cubrir tales horas extra. Sin embargo, en los alegatos que presenta la parte demandada, ante esta Sala, esas cifras se invierten, pues se señala que el salario base, era de sesenta mil colones, y que el exceso por horas extra era de aproximadamente treinta y siete mil colones. Para realizar los cálculos, se tomarán los datos que aparecen en la contestación de la demanda, pues concuerdan con la información visible a folio 67, donde aparece la fórmula empleada, por la demandada, para esos efectos: ² Basado en un salario actual de 67.000.00 colones por mes por 208 horas laborales; valor por hora 322 colones la hora regular, extra a tiempo y medio 483 colones ². Esta fórmula resulta incorrecta, por dos razones: en primer lugar, establece el valor de la hora ordinaria, con base en una jornada acumulativa mensual de 208 horas, que es el resultado de multiplicar las 48 horas de la jornada máxima semanal por 4.33; cuando lo correcto es dividir los 67.000 colones, entre los 30 días que tiene el mes (pues el día de descanso era pagado); y ese resultado dividirlo, a su vez, entre 8 horas, que es la jornada ordinaria diurna; en segundo lugar, en la fórmula se manejan solo dos valores, la hora ordinaria a 322 colones y la hora extraordinaria a 483 colones, cuando **lo correcto es utilizar cuatro valores: hora ordinaria diurna, hora extraordinaria diurna, hora ordinaria nocturna y hora extraordinaria nocturna. Según se expuso en el Considerando anterior, las horas extra deben computarse, diariamente y no en forma acumulativa, semanal o mensual.**

(...)" (Resolución N° 2000-00336 de las 09:31 horas del 31 de marzo del 2000) (Lo destacado es nuestro).

Si bien estos lineamientos jurisprudenciales han sido vertidos en casos en los que la relación jurídico laboral era inminentemente privada -esto es: *regida por el derecho laboral común; entiéndase regulada por el Código de Trabajo*-, lo cierto es que no podemos desconocer su valor como fuente de derecho, aún para el caso de relaciones de empleo público, regidas primordialmente por el Derecho Público -*como el presente caso*-; máxime cuando el propio Reglamento Autónomo de Servicios del Tribunal Supremo de Elecciones, en su numeral 9º establece que las horas extras de los oficiales o guardas de seguridad se retribuirán según lo establece la ley; haciendo con ello expresa remisión al Código aludido; remisión que se constata con base en lo enunciado por el numeral 81 del citado Reglamento Autónomo, que reenvía supletoriamente, en lo no previsto, al Reglamento al Estatuto de Servicio Civil -*que no contiene regulación alguna sobre la materia*-, y conforme a lo dispuesto por el ordinal 51 del Estatuto de Servicio Civil -*que tampoco regula nada al respecto*-, los casos no previstos en esa ley o en sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con el Código de Trabajo."

Más allá de los detalles en cuanto a la metodología para proceder a calcular el pago de las horas extras, lo que aquí interesa rescatar de la anterior transcripción es la naturaleza propia que ostenta la retribución que deben tener las labores realizadas durante la jornada extraordinaria, retribución que, como vemos, se da por sentado que ha de ser de naturaleza estrictamente salarial, al tenerse que pagar con un 50% más de los salarios estipulados .

Esta posición por la que se ha inclinado el criterio de esta Procuraduría General se advierte con toda claridad en nuestra opinión jurídica N° OJ-206-2003 del 23 de octubre del 2003, en la que señalamos de modo contundente que la jornada extraordinaria no puede ser retribuida con tiempo de descanso, que es, a la postre, lo que se pretende con la reforma reglamentaria que aquí estamos analizando. Señala el citado pronunciamiento lo siguiente:

1) En cuanto a la retribución de tiempo extraordinario con tiempo ordinario:

La Constitución Política actualmente vigente contiene elementos esenciales, que nos permiten determinar la existencia de jornadas ordinarias de trabajo diurno y nocturno, así como horas de trabajo extraordinarias:

"Artículo 58: 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. 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" (El destacado no corresponde al texto original)

En este orden de ideas, consideramos que por referirse sus interrogantes, específicamente a la compensación o adecuación de horas extraordinarias con tiempo ordinario, las respuestas a las dudas planteadas, únicamente harán referencia a los aspectos supra dichos.

Conforme a lo anterior, debemos indicar que el legislador costarricense dispuso una regulación más precisa, que la contenida en el numeral 58 de la Carta Magna, sobre la Jornada Extraordinaria, en el Código de Trabajo.

Así las cosas, en el párrafo primero del artículo 14 del Código de Trabajo, se dispuso lo siguiente:

"Artículo 14: Esta ley es de orden público y a sus disposiciones se sujetaran todas las empresas, explotaciones o establecimientos, de cualquier naturaleza que sean, públicos o privados, existentes o que en el futuro se establezcan en costa rica, lo mismo que todos los habitantes de la República, sin distinción de sexos ni de nacionalidades" (El destacado no corresponde al texto original)

Bajo esta tesis, siendo el tema de la Jornada Extraordinaria materia de orden público, se estableció en el Título III, Capítulo II del Código de Trabajo, en los artículos 139, 140 y 141, lo referente a dichas jornadas. Rezan los numerales:

"Artículo 139: El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a estos 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 estipulados.

No se consideraran 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."

(El destacado no corresponde al texto original)

"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 maquinas o instalaciones, los plantíos, los productos o cosechas y que, sin evidente perjuicio no puedan sustituirse trabajadores o suspenderse las labores de los que están trabajando."

(El destacado no corresponde al texto original)

"Artículo 141: En los trabajos que por su propia naturaleza son peligrosos o insalubres, no se permitirá la jornada extraordinaria."

Precisamente, respecto a la justificación material de la jornada extraordinaria, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado lo siguiente:

"(...) la mayor parte de la doctrina, considera que la prolongación de la jornada de trabajo, debe obedecer a una necesidad imperiosa de parte de la empresa. se trata de una circunstancia excepcional, derivada de una situación específica que la amerite, de ahí que no cabe convertirlas en habituales con la burla consiguiente de la jornada ordinaria, que se estableció respondiendo a necesidades de orden público, interés social y en defensa de la salud del trabajador". (El destacado no corresponde al texto original). (Sala Segunda de la corte Suprema de Justicia, Sentencia número 244-92 de las 11 horas con 20 minutos del día 2 de octubre de 1992).

Es decir, la jornada extraordinaria fue establecida por el legislador costarricense, como una medida de índole excepcional y transitoria, a fin de auxiliar al patrono en situaciones de siniestro o riesgo inminente, en las cuales peligren la integridad de bienes o personas, en perjuicio de los intereses del patrono.

No es una medida que pueda ser utilizada de manera permanente, pues ello significaría la comisión de prácticas laborales abusivas, tanto del patrono que no desee pagar dichas horas extraordinarias conforme a la legislación, así como por parte del trabajador, pues ello generaría un desequilibrio presupuestario.

Asimismo, de conformidad con el principio de legalidad (artículos 11 de la Carta Magna y 11 de la Ley General de la Administración Pública), en virtud de los cuales se establece que los funcionarios públicos se encuentran investidos únicamente de aquellas facultades que la Constitución Política y la ley ordinaria les confieren, siendo que analizada en forma integral la normativa laboral, **considera este Órgano Asesor que no existe norma alguna que autorice la compensación, la adecuación o reposición de horas extraordinarias con jornada ordinaria de trabajo.**

Dicho criterio técnico-jurídico es consecuente con lo señalado por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, la cual, sobre el particular, manifestó lo siguiente:

"La compensación de horas extras, con días de descanso, NO es permitida en nuestro sistema jurídico, dado que lo que procede, en caso de que se labore tiempo extraordinario, es su remuneración con un recargo del cincuenta por ciento, según se extrae de la legislación que regula el tema". (El destacado no corresponde al texto original). (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia Número 193-01 de las 10 horas con 10 minutos del día 28 de marzo del año 2001)." (énfasis agregado)

III.-Irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos laborales

Como se advierte, el "tiempo acumulado" que se regula en el artículo 11 del Reglamento Autónomo que aquí se analiza, lo que prevé es justamente un descanso compensatorio como alternativa adicional al pago de tiempo extraordinario en la institución, posibilidad que, como ha quedado claro del análisis del régimen jurídico en materia laboral, resulta improcedente, tanto por contrariar el régimen laboral de orden público previsto en esa materia en relación con la jornada extraordinaria y su forma de remuneración, como por aparejar, a la postre, una infracción a los derechos de los funcionarios, derechos que resultan irrenunciables y por ello indisponibles.

Esa indisponibilidad implica que el reglamento en cuestión no puede suprimir el pago salarial para las horas extra –y pretender un mecanismo sustitutivo del pago a través de horas o días libres acumulados para ser disfrutados en otro momento– ni tampoco puede el trabajador consentir ni negociar tal cosa, pues aunque visto el tema a la ligera eventualmente el servidor pueda considerar como atractiva tal opción, lo cierto es que además del impedimento jurídico de orden superior que existe, en realidad ese mecanismo redundaría en un perjuicio, toda vez que ese no pago de los montos salariales que corresponden como horas extra estaría disminuyendo el pago posterior que reciba por concepto de salario escolar y de aguinaldo, pues a lo largo del año habría dejado de percibir sumas que hubieran contribuido a engrosar el monto de esos beneficios.

Y sobre el particular, debe recalcar el hecho de que estamos en presencia de un derecho no sólo protegido profusamente a nivel laboral, sino además con asiento constitucional, toda vez que la Carta Fundamental regula directa y claramente la jornada extraordinaria y su forma de pago, disponiendo expresamente el artículo 58 que "... *El trabajo en horas extraordinarias deberá ser remunerado con un cincuenta por ciento más de lo sueldos o salarios estipulados*".

En ese sentido, debemos recordar que se trata de una pauta constitucional que vincula al legislador ordinario y a los demás operadores jurídicos, como parte de los principios que nutren y sostienen el régimen general laboral, todo lo cual obedece a una percepción histórica de la especificidad y el decisivo carácter social de las relaciones laborales. De tal forma, si ese régimen constitucional deviene intangible para la ley común –ley ordinaria que sólo lo puede completar, detallar y ampliar en su elenco de ventajas, beneficios, derechos o garantías, pero nunca disminuirlo– con más razón debe ser respetado por un reglamento autónomo de servicio.

Estos conceptos han venido siendo desarrollados ampliamente a lo largo de muchos años por parte de esta Procuraduría General, por lo cual nos permitimos traer a colación algunos pronunciamientos que exponen las siguientes consideraciones:

"Sobre renunciabilidad de beneficios y derechos laborales dispone nuestro Código de Trabajo en su artículo 11:

"Serán absolutamente nulas, y se tendrán por no puestas, las renunciaciones que hagan los trabajadores de las disposiciones de este Código y de sus leyes que le favorezcan".

El numeral recién transcrito, el cual tiene también asidero constitucional, indudablemente posee una interpretación bastante amplia, como la tiene también el mismo principio que le da origen.

El principio jus laboral de la Irrenunciabilidad de Derechos, supone la prohibición de que cualquier trabajador se prive de los derechos concedidos por las leyes que les favorezcan. Esta afirmación sólo significa que el Estado ha considerado que debe excluirse la posibilidad de que las partes acuerden por decisión propia, regular la conducta de manera distinta de como lo estableció el legislador.

La premisa anterior, encuentra su fundamento en una innumerable serie de consideraciones doctrinales que no es del caso enumerar ahora, las cuales hacen que el principio de estudio se justifique coherentemente en la misma naturaleza de las normas que lo proclaman.

La doctrina laboral al tratar sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad de derecho ha sido conteste en afirmar que las normas laborales que los conceden corresponden a las clasificadas como leyes "Rígidamente Categóricas", en las cuales el legislador ha querido poner su voluntad, excluyendo por la importancia de las mismas, que la voluntad de las partes las incumplan. En este sentido nos dice el ilustre profesor uruguayo Américo Plá Rodríguez:

"Con ellas el legislador ha querido imponer su voluntad, excluyendo, por la importancia de las normas dictadas, que la voluntad de los sometidos a su observancia pueden derogarlas, ni siquiera por disposiciones intersindicales. Ni el contrato individual ni el convenio colectivo pueden derogarlas". (Los Principios del Derecho de Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma 2° edición actualizada 1978 p.88). (dictamen N° C-054-85 del 11 de marzo de 1985. En la misma línea de razonamiento puede verse nuestro dictamen N° C-041-97 del 18 de marzo de 1997)

Así, no puede perderse de vista, en relación con el Código de Trabajo, que nos encontramos en presencia de normas de orden público -artículo 14 del Código de Trabajo- situación que también incide en el asunto consultado. Ello por cuanto, como lo ha precisado la jurisprudencia laboral:

"Además, aquí se trata de una retribución que surge producto del contrato laboral, como contraprestación de los servicios dados por el empleado, en forma continua e ininterrumpida durante cuarenta y ocho o cincuenta semanas, la cual a tenor de los numerales 153, 156 y 157 del Código de Trabajo, debe conceptuarse como salario.

Finalmente, por las razones que se dieron en el caso del incentivo por antigüedad y frente al principio de legalidad, no puede quedar sujeta la aplicación de normas de orden público e inderogables a la mera voluntad de las partes." (*Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, N° 98 de las 10 horas 10 minutos del 21 de junio de 1991*)

Como corolario de todo lo hasta aquí expuesto, tenemos que el contenido de la reforma introducida al artículo 11 del Reglamento Autónomo de Servicio de la Asamblea Legislativa resulta contrario a normas de orden público que regulan derechos de carácter irrenunciable y por ello no negociables por parte del trabajador, **régimen ante el cual esa norma no puede superponerse**. En este punto, debemos tener presente que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 129 de la Constitución Política, "...No tiene eficacia la renuncia de leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa..."

Sobre el particular, resulta de sumo provecho retomar lo dicho en la ya citada opinión jurídica N° OJ-053-2005, cuando señalamos lo siguiente:

VII.-Innegable supletoriedad del Código de Trabajo en materia del cómputo y cálculo de la jornada extraordinaria, y el principio de jerarquía normativa.

Podrían esgrimirse válidamente algunos argumentos en contra de la aplicación de la jurisprudencia de comentario al caso de los oficiales de seguridad del Tribunal Supremo de Elecciones, especialmente sustentadas en el hecho de que en tratándose de empleo público, los principios protectores del Derecho Laboral privado *-en los que se fundamenta la jurisprudencia de comentario-*, ceden ante normas y principios propios del empleo público. Y subsecuentemente, podría alegarse también que ante la vigencia de normas estatutarias *-en este caso el Reglamento Autónomo de Servicio-* especialmente dictadas para regir las relaciones entre el Estado y sus servidores, no es posible acudir a otros cuerpos normativos *-incluso legales-* que no sea la propia norma estatutaria aplicable.

Es cierto que el empleo público está regulado especialmente por el Derecho Administrativo, y por principios esenciales y característicos del Derecho Público *-legalidad, igualdad, imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.-*

, distintos a los que corresponden a los demás trabajadores cuyas relaciones, ya sean laborales o profesionales, se rigen por el derecho privado (de trabajo). No obstante en el presente caso resulta innegable la complementariedad o supletoriedad del Código de Trabajo en la materia de la jornada extraordinaria, pues como bien lo ha señalado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, todo el régimen de la función pública está permeado de estándares mínimos del derecho laboral común (*Resolución N° 000254-C-00 de las 15:00 horas del 12 de abril de 2000*); y con base en lo dispuesto por el numeral 9° del Reglamento Autónomo de Servicios del Tribunal Supremo de Elecciones *-en el sentido que las horas extras de los oficiales o guardas de seguridad se retribuirán según lo establece la ley-*, resulta incuestionable la remisión al Código aludido; remisión que se constata, según dijimos, con base en lo enunciado por el numeral 81 del citado Reglamento Autónomo, que reenvía supletoriamente, en lo no previsto, al Reglamento al Estatuto

de Servicio Civil -que no contiene regulación alguna sobre la materia-, y conforme a lo dispuesto por el ordinal 51 del Estatuto de Servicio Civil -que tampoco regula nada al respecto-, los casos no previstos en esa ley o en sus reglamentos, se resolverán de acuerdo con el Código de Trabajo (Resolución N° 4571-97 de las 12:54 hrs. del 1° de agosto de 1997, Sala Constitucional) .

Así las cosas, la aplicación supletoria del Código de Trabajo en la materia, por demás autorizada por el numeral 9º.1 de la Ley General de la Administración Pública, resulta plenamente válida y legítima.

Resta entonces referirnos, a la estricta sujeción al principio de jerarquía normativa que deben tener todas las fuentes normativas en nuestro ordenamiento jurídico, incluso los Reglamentos Autónomos de Servicio.

Sobre la materia, interesa transcribir los criterios externados en el pronunciamiento C-349-2004 de 6 de noviembre de 2004; según el cual:

“Según hemos indicado en repetidas ocasiones, si bien la Administración Pública tiene la potestad de reglamentar sus relaciones de servicio, lo cierto es que el ejercicio de esa potestad debe enmarcarse estrictamente dentro del ordenamiento jurídico (principio de regularidad jurídica, como referido, en términos generales, a la conformidad de la misma con el ordenamiento jurídico), que limita la extensión y ámbito de esa potestad.

La Constitución Política regula expresamente la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo en los incisos 3 y 18 del artículo 140 de la Constitución Política, no así la de los entes autónomos, cuyo fundamento jurídico no es necesariamente el inciso 18) del citado artículo 140 constitucional, que se refiere únicamente al régimen interior de los despachos del Poder Ejecutivo, sino la potestad de autorregulación que, de principio, a través de los jefes o superiores jerárquicos supremos (Art. 103. 1 de la Ley General de la Administración Pública), se extiende a toda clase de servicios y habilita incluso para crear órganos internos o servicios, pero sin potestades de imperio, conforme lo establece el artículo 59. 2 de la citada Ley General (Remito a ORTIZ ORTIZ, Eduardo. “Tesis de Derecho Administrativo”, Tomo II, Edición 2002, Biblioteca Jurídica DIKE. pág. 52). Recuérdese que la Administración Pública, globalmente entendida, por razones técnicas y políticas, tiene la potestad de organizarse en la forma en que mejor considere que se cumple el fin público que justifica su existencia; potestad que ejerce aún cuando no haya una ley que la autorice expresamente a hacerlo, por ello se denominan preter legem, es decir, no están subordinados a ninguna ley formal previa (DIEZ, MANUEL MARIA, “Derecho Administrativo”, Tomo I, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, 1963, pp. 229-230), pero en todo caso, se encuentran sujetos a cualquier ley futura que se promulgue en la materia (Art. 59. 3 Ibídem). Como es obvio, la Ley consagra una clasificación de reglamento según su relación a la ley.

Ello en el tanto en que el reglamento no constituye una norma que ejecute la ley anteriormente emitida; sin embargo, debe respetarla (Véase al respecto, los pronunciamientos O.J.-

029-2003 de 19 de febrero del 2003, C-107-2004 de 15 de abril y O.J.- 125-2004 de 7 de octubre, estos últimos del 2004).

En efecto, en tratándose de los reglamentos autónomos, la Sala Constitucional ha indicado que éstos “encuentran su fundamento en la potestad de autoorganización de la propia administración, en tanto los reglamentos autónomos de servicio tienen su sustento en la competencia del jefe administrativo para regular la prestación del servicio que está a cargo, sin necesidad de la existencia de una ley previa en la materia. Se trata de reglamentos que crean regímenes de sujeción especial y que vienen a limitar los derechos de los ciudadanos que han entrado en relación con la Administración” (Resolución N° 9236-1999 de 20:11 horas de 23 de noviembre de 1999, 890-2000 de las 16:48 horas del 26 de enero del 2000. Y en sentido similar, la N° 6379-2002 de 15:22 horas del 26 de junio de 2002).

No obstante, como toda competencia, la de emitir reglamentos autónomos no es ilimitada. Al contrario, el ejercicio de la potestad debe sujetarse a diversas regulaciones de grado jurídico superior, lo que implica que no sólo debe sujetarse a las normas legales que regulan el ente u organismo cuyo servicio se reglamenta, sino al resto de las leyes y otras fuentes normativas superiores, es decir, deben estar apegados al ordenamiento jurídico en su conjunto y, además, debe respetar el dominio o especialidad técnica reconocida legalmente en favor de otras instituciones.

Uno de los límites fundamentales de la potestad reglamentaria es precisamente el principio de jerarquía normativa.

El ordenamiento jurídico administrativo es una unidad estructural dinámica en la que coexisten y se articulan una serie de distintas fuentes del Derecho. La relación entre esas diversas fuentes se ordena alrededor del principio de la jerarquía normativa, según el cual se determina un orden riguroso y prevalente de aplicación, conforme lo dispuesto en el artículo

6 de la Ley General de la Administración Pública; es decir, **se trata de saber cuándo una fuente es superior a otra y, en caso de conflicto, desaplicar la de inferior rango.**

Lo anterior supone, una relación de subordinación, según la cual “Las normas de la fuente inferior no pueden modificar ni sustituir a las de la superior. Es el caso de la Constitución frente a la ley y al resto de las normas del orden, y es también el caso de la ley frente al reglamento (...) en caso de contradicción prevalece siempre y necesariamente la ley. Esto expresa y aplica el principio llamado de “jerarquía”.

Conforme el artículo 6 de la misma Ley General de Administración Pública, los reglamentos autónomos son parte de las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, no obstante una de las fuentes del menor rango, y por ello deben subordinarse no solo a las fuentes superiores a la ley y a ésta misma, sino también a los reglamentos ejecutivos que hayan sido dictados por los órganos competentes. En relación con este punto en la Opinión Jurídica N° OJ-135-2003 de 7 de agosto de 2003, manifestamos lo siguiente:

“El Estatuto de Personal de un Ente es, en principio, una norma reglamentaria (cfr. OJ-078-2003 de 23 de mayo de 2003). Un estatuto de Personal tiene como objeto reglamentar las relaciones entre el patrono y los servidores. Establece normas que regirán la actuación de uno y otro. Por consiguiente, los derechos y obligaciones de los trabajadores son normados por este instrumento. En ese sentido, puede considerarse que un Estatuto de Personal se enmarca dentro de los reglamentos autónomos de servicio.

El reglamento autónomo de servicio es una norma secundaria, por lo que debe sujetarse a las normas jerárquicamente superiores. Por consiguiente, el reglamento autónomo está sujeto a la Constitución (...), así como a los tratados internacionales, las leyes y los reglamentos ejecutivos. Puesto que no es sino una manifestación de la potestad reglamentaria en el ámbito indicado, se sigue como lógica consecuencia que el Estatuto debe conformarse sustancial y formalmente a las normas jerárquicas superiores. Esa sujeción puede ser objeto de control, tanto de constitucionalidad como de legalidad”.

(...) En acatamiento del principio de jerarquía normativa, al que deben sujetarse inexorablemente los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o juridicidad administrativa, **ante la incompatibilidad entre la Ley y un reglamento autónomo de servicio, resulta indubitable que el operador jurídico debe optar por la aplicación de la primera fuente normativa, que por ser de rango superior, prevalece sobre la segunda de inferior categoría** (Sobre la preponderancia a la aplicación de leyes, Véanse las resoluciones 243-93, 7335-94, 5227-94, 0031-95, 02623-95, 2382-96, 2381-96, 0312-98, 1607-98, 0998-98, 1998-076, todas de la Sala Constitucional).

El propio Eduardo Ortiz reseñó que “Hay subordinación siempre que las normas de una fuente pueden modificar y sustituir las de otra, sin que haya reciprocidad al respecto. Las normas de la fuente inferior no pueden modificar ni sustituir a las de la superior. Es el caso de la Constitución frente a la ley y al resto de las normas del orden, y es también el caso de la ley frente al reglamento. Incluso si éste es de los llamados autónomos, porque puede regular una materia aunque todavía no haya ley de base, está supeditado a la ley futura que pudiera dictarse sobre la misma materia. Caso de contradicción prevalece siempre y necesariamente la ley. Esto expresa y aplica el principio llamado de “jerarquía” (ORTIZ ORTIZ, Eduardo. “Tesis de Derecho Administrativo”, Tomo I. Biblioteca jurídica DIKE. Edición 2002. pág. 198). Incluso afirma que “El reglamento autónomo de servicio, está subordinado, como el de organización, a la ley futura sobre su propia materia; y puede afirmarse, al respecto, que no existe una reserva reglamentaria a favor del poder administrador frente a la ley misma. Esta puede regular todo lo que regula el reglamento y derogar cualquier reglamento de servicio que se le oponga” (Ibid. pág. 271)

En consecuencia, de ningún modo las disposiciones de un reglamento autónomo de servicio pueden ir en contra o regular en forma diferente de lo dispuesto por una regulación normativa general y de orden público, contenida en una Ley posterior; admitir lo contrario en este caso, y permitir que el citado reglamento singular intente desarrollar aquella otra norma superior de una forma distinta o contraria a sus supuestos, vulneraría a la vez los principios constitucionales de jerarquía normativa, igualdad ante la ley y el interpretativo de no distinguir donde la ley no lo hace, así como el principio de legalidad financiera, según el cual, las Administraciones Públicas solo pueden contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con la ley (Sobre este último principio, pueden consultarse, entre otros, los pronunciamientos O.J.-

139-1999 de 22 de noviembre de 1999, O.J.-
120-2000 de 3 de noviembre del 2000 y O.J.-
022-2002 de 6 de marzo del 2002).”

Por lo expuesto, sin lugar a dudas, debe afirmarse que frente a la antinomia entre normas de distinto rango jerárquico, es aplicable siempre la de carácter superior; situación que acontece en relación con lo dispuesto por el artículo 9º del Reglamento Autónomo de Servicio del Tribunal Supremo de Elecciones, en lo atinente tanto al cómputo como al cálculo de la jornada extraordinaria de los oficiales de seguridad, y la interpretación jurisprudencial del ordinal 139 del Código de Trabajo, que *-como fuente formal no escrita del ordenamiento jurídico, con el mismo rango de la norma escrita que interpreta (art. 7, párrafo 2 de la Ley General)-* ha venido reiterando la Sala Segunda.

Habiéndose definido así el carácter secundario y subordinado de los reglamentos autónomos frente a la ley, en acatamiento del aludido principio de jerarquía normativa, al que deben sujetarse inexorablemente los órganos del Estado en función del llamado principio de legalidad o juridicidad administrativa, ante la incompatibilidad entre la Ley y un reglamento autónomo de servicio, resulta indubitable que el operador jurídico debe optar por la aplicación de la primera fuente normativa, que por ser de rango superior, prevalece sobre la segunda de inferior categoría .”

Así las cosas, en razón de la profusa explicación que en el pronunciamiento recién transcrito se expone sobre una situación similar a la que se configura justamente en el asunto que aquí nos ocupa, en tanto el Reglamento Autónomo de Servicio violenta el régimen legal y constitucional relativo a la forma de remuneración del trabajo efectuado en jornada extraordinaria, resulta aplicable el criterio ahí sostenido, en el sentido de que deben prevalecer las normas de superior jerarquía, de ahí que, en este caso, la posibilidad de sustituir el pago salarial de las horas extras con el denominado tiempo acumulado compensatorio (en los términos del artículo 11 del reglamento en cuestión) resulta contraria a las normas superiores y por ello no debe ser aplicada por la Asamblea Legislativa.

Antes bien, es nuestra recomendación que se promueva lo antes posible la derogatoria de los dos párrafos finales introducidos al artículo 11 del Reglamento Autónomo de Servicio, adición que se produjo en virtud del acuerdo del Directorio Legislativo N° 42-07-08, y cuyo texto fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 211 del 2 de noviembre del 2007.

IV. Sobre las interrogantes concretas formuladas

Con sustento en todas las consideraciones hasta aquí expuestas, procedemos a contestar puntual y sucintamente el elenco de interrogantes planteadas en su gestión, en los siguientes términos:

a. ¿La forma de pago de tiempo extraordinario con tiempo acumulado está contemplada dentro de la legislación vigente?

Esta posibilidad no está prevista ni autorizada por el ordenamiento jurídico en materia laboral. Antes bien, las disposiciones constitucionales y legales que regulan la materia establecen con toda claridad que el trabajo en horas extraordinarias debe ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los sueldos o salarios estipulados, y no mediante ningún otro mecanismo compensatorio de otra naturaleza.

b. ¿Esta modificación reglamentaria está por encima de las disposiciones que al efecto se contemplan dentro de la legislación vigente?

No. Como quedó visto, el régimen laboral que en esta materia cubre también a los funcionarios públicos está previsto tanto en la Constitución Política como en el Código de Trabajo, de ahí que existen normas de superior jerarquía y de orden público que regulan un derecho que no puede ser violentado por una disposición reglamentaria, ni tampoco puede ser negociado ni renunciado por el funcionario.

c. Para efectos del cálculo del aguinaldo se toma en cuenta el tiempo extraordinario laborado durante el año. ¿Cómo se reconocería en este caso la modalidad de tiempo acumulado en el aguinaldo?

En tanto esa pretendida modalidad de tiempo acumulado sustituye el pago de salario por el tiempo laborado en jornada extraordinaria, no se vería reflejado en los ingresos salariales que a lo largo del año acumula el servidor y que sirven de base para el cálculo del aguinaldo. Este es justamente uno de los perjuicios que, a la postre, se produciría para el trabajador.

d. Similar a la anterior interrogante surge el supuesto en el caso del cálculo para el salario escolar.

En igual sentido que lo señalamos en la respuesta anterior, las horas extras laboradas no se pagarían dentro del salario, y por ende ello perjudicaría al trabajador al momento de hacer el cálculo del pago de su salario escolar.

e. ¿Cómo se disfrutaría el tiempo acumulado si en el Departamento de Comisiones, por ejemplo, el tiempo extraordinario no es una excepción?

Por la forma en que evacuamos la presente consulta, es nuestra posición que resulta improcedente aplicar esa modalidad de tiempo acumulado, por lo que no cabe entrar a considerar las condiciones bajo las cuales podría disfrutarse.

En todo caso, valga mencionar que el desempeño de labores en jornada extraordinaria siempre debe ser una excepción, y por ende no puede tornarse una práctica permanente, tema sobre el cual existe profusa jurisprudencia administrativa vertida por esta Procuraduría General (ver, entre otros, nuestros dictámenes números C-002-96 del 10 de enero de 1996 y C-236-2004 del 10 de agosto del 2004).

f. ¿Cuál sería el tiempo de expiración del derecho para el disfrute del tiempo acumulado?

Reiteramos que, en tanto no consideramos viable la aplicación de esa modalidad, no procede entrar a considerar cómo podría disfrutarse; pero en todo caso, debe recordarse que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, los derechos laborales son imprescriptibles mientras se mantenga la relación de trabajo. Al respecto, la sentencia de la Sala Constitucional número 5969-93 de las quince horas con veintiún minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, estableció lo siguiente:

“...r reconocer cualquier prescripción durante la vigencia del contrato atenta contra principios fundamentales del derecho laboral -principalmente el de justicia social, consagrado por los artículos 74 de la Constitución y 1° del Código de Trabajo- que precisamente se basan en la idea de compensar mediante una legislación protectora la debilidad económica y social del trabajador, particularmente dentro de su relación con el patrono. Hacer prescribir un derecho del trabajador mientras esté vigente la relación laboral, es decir, en esa situación de dependencia, equivale a menudo, y la experiencia lo ha demostrado, a ponerlo a escoger entre efectuar el reclamo de sus derechos o conservar su empleo.

IV. Es cierto que el instituto de la prescripción no es en su esencia inconstitucional, puesto que ayuda a integrar un principio básico del ordenamiento, cual es el de la seguridad jurídica. No obstante, en el presente caso, estamos ante derechos que son, de conformidad con la norma 74 de la Constitución, irrenunciables y, por ende, merecedores de una tutela especial incluso en cuanto a su régimen de prescripción, pues como ya se dijo, ha de tenerse en cuenta como único criterio aceptable de la prescripción, el principio de seguridad jurídica, pero sin admitir, se reitera, en relación con el artículo 74, que ese plazo sea válidamente de tan solo tres meses, en perjuicio del trabajador.

V. El artículo 602, como ya se ha señalado, contiene un término de prescripción más amplio y es aplicable a los derechos cuya tutela aquí se intenta reforzar -a pesar de no ser del todo satisfactorio, también por su brevedad y en orden a las consideraciones que se han venido exponiendo-. La Sala concluye que ante, su imposibilidad de legislar, estableciendo una norma más acorde con la justicia social y la garantía a los derechos laborales, debe optar entre dejar indefinidamente exigibles los derechos del trabajador o acudir a la norma menos gravosa. La primera solución no es factible, por cuanto no se propugna aquí la inconstitucionalidad de la prescripción per se, sino que se trata de adecuarla a las necesidades y límites razonables de satisfacción y tutela de los derechos del trabajador, dado que, además, su irrenunciabilidad debe entenderse que no es solo formal y expresa, sino también sustancial, referida a cualquier forma de extinción que se base o suponga, como en el caso de las prescripciones cortas, una renuncia o abandono tácitos. Lo

procedente es, pues, declarar inconstitucional el artículo 607 del Código de Trabajo y mantener el 602 como norma aplicable a toda la legislación laboral vinculada a los derechos del trabajador frente a su empleador -y de esto no hay razón para excluir los servidores públicos, ligados por una relación de derecho público-; esto, por lo menos hasta tanto la Asamblea Legislativa no adecue la legislación a aquellos principios que la rigen.” *(el subrayado es nuestro)*

g. En el caso de funcionarios próximos a pensionarse ¿el tiempo extraordinario forma parte del salario considerado para el cálculo de la pensión?

Tal como ya ha sido explicado, precisamente uno de los problemas que presenta esa modalidad introducida por la norma reglamentaria que aquí se ha analizado, consiste en que, al no pagarse el trabajo realizado en jornada extraordinaria, ello finalmente implica en una disminución de los salarios reportados del funcionario, sumas percibidas que se utilizan para efectuar los respectivos cálculos de extremos laborales a cancelar, por ejemplo, ante la terminación de la relación de servicio en razón de aprobarse la pensión o jubilación.

h. En el eventual disfrute del tiempo acumulado ¿qué sucedería a un trabajador si tuviera un accidente, estando ausente del trabajo, se encuentra o no cubierto por los beneficios del Instituto Nacional de Seguros (riesgos del trabajo)?

Nuevamente estamos ante los problemas e inconsistencias prácticas que apareja la eventual aplicación del denominado “tiempo acumulado”, razón por la cual insistimos en que dicha modalidad resulta improcedente.

Sin perjuicio del lo anterior, estimamos que en esa figura el trabajador se supone que se encuentra disfrutando de ese “tiempo acumulado” como un tiempo disponible en el cual no se encuentra laborando, de tal suerte que en principio habrían de aplicarse las mismas reglas que operan cuando el funcionario está ausente de sus labores por otro tipo de razones (vacaciones, permisos, licencias, etc.). No obstante, se trata de un tema en el que además sería determinante el criterio del Instituto Nacional de Seguros en cuanto a la interpretación de las disposiciones que regulan los términos de cobertura de este tipo de seguro.

i. Además, con la forma de pago de tiempo acumulado no se estarían realizando los rebajos de ley de las cargas sociales y renta. ¿Se estarían incumpliendo o se exime entonces con esta reforma el pago de esas obligaciones?

Al igual que lo señalamos al comentar el tema del cálculo del aguinaldo y el salario escolar –supuestos en los cuales se afectan negativamente los derechos de los trabajadores–; igualmente en este caso el no pago dentro del salario de las *horas extras* implicarían una disminución en los ingresos del trabajador, que ciertamente conllevarían el no pago de las cargas sociales ni del impuesto sobre la renta en relación con los ingresos que el funcionario debe percibir por concepto de tiempo laborado en jornada extraordinaria, para lo cual no existe ninguna eximente, y desde luego la norma reglamentaria que aquí se ha discutido no podría considerarse como tal.

V.-Conclusiones

1.-La retribución que deben tener las labores realizadas durante la jornada extraordinaria ha de ser de naturaleza estrictamente salarial, debiendo pagarse con un 50% más de los salarios estipulados.

2.-El denominado “tiempo acumulado” que se regula en el artículo 11 del Reglamento Autónomo de Servicio de la Asamblea Legislativa prevé un descanso compensatorio como alternativa adicional al pago de tiempo extraordinario en la institución, lo cual resulta improcedente, tanto por contrariar el régimen laboral de orden público previsto en esa materia, como por aparejar, a la postre, una infracción a los derechos de los funcionarios, derechos que resultan irrenunciables y por ello indisponibles.

3.-Aunque visto a la ligera eventualmente el servidor pueda considerar como atractiva tal opción, lo cierto es que además del impedimento jurídico de orden superior que existe, en realidad ese mecanismo redundaría en un perjuicio, toda vez que ese no pago de los montos salariales que corresponden como horas extra estaría disminuyendo el pago posterior que reciba por concepto de salario escolar y de aguinaldo, pues a lo largo del año habría dejado de percibir sumas que hubieran contribuido a engrosar el monto de esos beneficios.

4.-Igualmente, para otros efectos, esta modalidad redundaría en una evasión del pago de cargas sociales y de impuesto sobre la renta que debe calcularse sobre la totalidad de los salarios percibidos.

5.-De conformidad con el análisis desarrollado en el presente dictamen, deben prevalecer las normas de superior jerarquía, de ahí que, en este caso, la posibilidad de sustituir el pago salarial de las horas extras con el denominado tiempo acumulado compensatorio –en los términos del artículo 11 del reglamento en cuestión– resulta contraria a las normas superiores y por ello no debe ser aplicada.

6.-Antes bien, es nuestra recomendación que se promueva lo antes posible la derogatoria de los dos párrafos finales introducidos al artículo 11 del Reglamento Autónomo de Servicio, adición que se produjo en virtud del acuerdo del Directorio Legislativo N° 42-07-08, y cuyo texto fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 211 del 2 de noviembre del 2007.

De usted con toda consideración, suscribe atentamente,

Andrea Calderón Gassmann

Procuradora Adjunta

ACG/msch