

Informe de Investigación

Título: Trabajador del Mar

Rama del Derecho: Derecho Laboral.	Descriptor: Trabajador.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Trabajo del Mar, Contrato de Embarque, Pescador, Capitán de Barco, Horas Extra, Salario.
Fuentes: Doctrina, Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 02 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	3
a)El contrato de enrolamiento marítimo.....	3
b)Trabajo de la gente de mar.....	4
Terminología.....	4
Concepto.....	5
Antecedentes.....	5
Naturaleza jurídica.....	6
Convención de Génova de 1920.....	6
Convención de Ginebra de 1926.....	6
Código Internacional de la Gente de Mar.....	7
Trabajadores marítimos: modalidades.....	7
Naturaleza del contrato de ajuste.....	8
Derechos y obligaciones.....	8
Causas disolutivas.....	8
Trabajo fluvial, de cabotaje y portuario.....	9
Industria pesquera.....	9
c)Régimen de trabajo a bordo de buques argentinos.....	10
A)DEFINICIÓN.....	10
B)HABILITACIÓN.....	10
C)CONDICIONES DE TRABAJO.....	10
D) JORNADA DE TRABAJO.....	12
E)VACACIONES.....	13
F)REMUNERACIÓN.....	13
G) ENFERMEDADES Y ACCIDENTES.....	14
H) RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.....	16



d)Jurisprudencia sobre trabajo en el Mar.....	19
3 Normativa.....	20
Del trabajo en el mar y en las vías navegables	20
4 Jurisprudencia.....	24
a)Contrato laboral: Análisis sobre la normativa tanto nacional como internacional que regula las condiciones laborales de los trabajadores del mar.....	24
b)Trabajador del mar: Análisis sobre la normativa tanto nacional como internacional que regula sus condiciones laborales.....	27
c)Pescador: Forma de determinar el salario cuando los reportes hechos a la CCSS no coinciden con lo realmente devengado.....	28
d)Despido injustificado: Capitán de barco se retira temporalmente y delega su labor...32	
e)Despido injustificado: Imposibilidad de acreditar de forma fehaciente la participación de pescador en sustracción de aletas de tiburón no justifica la indemnización por daños y perjuicios.....	33
f)Trabajador del mar: Marco normativo internacional que regula las condiciones del trabajo marítimo.....	45
g)Despido injustificado: Procedimiento para determinar el salario para el cálculo de prestaciones en caso de actividad pesquera.....	56
h)Salario: Forma de determinarlo en el caso de los pescadores cuando los reportes hechos a la CCSS no concuerden con lo realmente devengado.....	63
i)Capitán de nave marítima: Análisis sobre la jornada laboral y pago de horas extra....	66
j)Horas extra: Análisis normativo en relación al trabajador del mar.....	71

1 Resumen

El presente informe desarrolla el tema del trabajador del mar. En el mismo se consigna doctrina, normativa y jurisprudencia, explicando temas como: el contrato de enrolamiento marítimo, el trabajo de la gente de mar, su terminología, la naturaleza jurídica, convenciones internacionales de sobre la gente de mar, modalidades de trabajadores marítimos, sus derechos y obligaciones, el régimen de trabajo a bordo de buques argentinos. Además jurisprudencia sobre el contrato laboral, forma de determinar el salario del pescador, el capitán de barco, las horas extra y un análisis normativo en relación al trabajador del mar, entre otros.

2 Doctrina

a) El contrato de enrolamiento marítimo

[De Litala]¹

Observamos que algunos contratos particulares de trabajo, fuera del empleo privado, han determinado, por la naturaleza del trabajo prestado, la intervención legislativa.

Nos referimos brevemente a ellos.

El contrato de enrolamiento marítimo, regulado por el Código de Comercio, es aquel mediante el que se establecen las condiciones con las cuales la gente de mar entra al servicio en una nave. La denominación del contrato deriva del documento en el cual están escritos los nombres de todos aquellos que componen el equipaje, llamado "Rol de equipaje". Para la existencia de tal contrato, la ley exige en el art. 522 del Código de Comercio, forma escrita y solemne.

El enrolamiento puede hacerse de diversos modos:

- a) **Por viaje**, cuando el marinero compromete sus servicios por una determinada navegación, fijando un salario que no se modificará aun cuando aquélla se prolongue o se abrevie;
- b) **Por mes**, cuando el marinero arrienda sus servicios por un determinado viaje, pero pacta que el salario se abonará a un tanto por mes;
- c) **Con participación del beneficio**, cuando el salario del marinero depende de los beneficios de la expedición, como ocurre especialmente en los barcos de pesca;
- d) **Con participación del flete**, cuando se atribuye a los marineros un derecho eventual sobre los beneficios que se obtengan del transporte de las personas o de las mercaderías.

La ley regula minuciosamente los emolumentos correspondientes al equipaje en el caso de ruptura de la relación, según las varias causas que la determinen.

Si el marinero cae enfermo durante el viaje, es pagado igualmente por sus salarios, a expensas de la nave y del cargo, y si resulta herido combatiendo al servicio de la nave y de la carga, es curado a expensas de la nave y de la carga. Si resulta herido o si se enferma por culpa propia, o mientras se encuentra en tierra sin autorización, es también curado a expensas de la nave, pero debe el reembolso de ello; si debe ser desembarcado como consecuencia de la enfermedad, el capitán provee a su curación y a su retorno a la patria, salvo el derecho al reembolso, y el salario se le debe en proporción del tiempo durante el cual ha servido; finalmente, si es preso y hecho prisionero cuando está en el mar o en tierra para el servicio de la nave, tiene derecho a todo el salario hasta el día en que habría terminado el servicio.

El capitán puede siempre licenciar al marinero antes del término del enrolamiento, y sin obligación

de demostrar que haya cometido culpa alguna; pero debe entregarle el despido y proveer a los medios para el retorno a la patria.

El marinero despedido sin justo motivo tiene derecho a una indemnización, que varía de un mes a cuatro, según que el permiso se dé antes o después de la partida del lugar de enrolamiento, y, según la localidad en que el despido se produjo.

Si el marinero muere durante el viaje, sus herederos tienen derecho a salario hasta el día de su muerte, cuando estaba enrolado por meses; tienen derecho a la mitad del salario si muere durante la ida o en el puerto de llegada, cuando estaba enrolado por viaje, o a todo el salario, si muere durante el viaje de retorno.

Si el marinero estaba enrolado con participación en los beneficios o en el flete, sus herederos tienen derecho al salario por entero cuando muera después del inicio del viaje. Los salarios del marinero muerto en defensa de la nave, se deben por entero si la nave llega a buen puerto. Cuando la nave se vende, durante el tiempo del enrolamiento, el equipaje tiene derecho a ser conducido a la patria a costa de la nave, además de al reembolso de los salarios.

El Código contiene otras normas referentes al privilegio de los salarios y de las indemnizaciones debidas a los marineros (art. 675, n° 7). Los salarios y las retribuciones del equipaje no pueden ser cedidos ni secuestrados sino por causa de alimentos, debidos por ley, y por débitos respecto de la nave, dependiente del servicio de la nave. El secuestro por razones de alimentos no puede superar al tercio del monto de los salarios y a otras retribuciones.

Existen disposiciones minuciosas para el caso en que el viaje se suspende por voluntad de los armadores o de los cargadores, o bien por fuerza mayor.

Caso característico de garantía en el contrato de enrolamiento es que el marinero, en garantía de la paga que se le debe, está autorizado a permanecer a bordo hasta que se verifique el pago (art. 543 del Código de Comercio).

b) Trabajo de la gente de mar

[Cabanelas]²

Terminología

El Código de Comercio argentino emplea indistintamente, para designar al tripulante del buque, las expresiones "gente de la tripulación", "hombres de mar"; y se suelen usar también las denominaciones de "tripulantes", "gente de mar" y "marinero".

En lo relativo a la regulación del trabajo de la gente de mar, tampoco está unificada la doctrina en cuanto a la denominación; se ha hablado del trabajo marítimo, de los marineros, de a bordo, de la gente de mar, y también se ha designado el contrato que obliga a éstos como trabajo a bordo, contrato de embarco y enrolamiento marítimo. El llamado contrato de embarco no es otra cosa que un contrato de trabajo que se regula por las condiciones especiales que derivan de la peculiaridad de los servicios a que se refiere y de los peligros, dificultades y problemas que la navegación

suscita.

De esas designaciones usuales o propuestas cabe impugnar, al menos en parte, por equívocas, dos de ellas: la de enrolamiento marítimo, porque esa expresión semigalicada puede inducir a confusiones con el servicio naval voluntario, donde rigen las normas de la marina de guerra, y no las del Derecho Laboral Marítimo; y la de trabajo a bordo, porque no todos los trabajos a bordo de una nave encuadran en esta regulación especial, como surge evidente con todas las operaciones que en los puertos se efectúan por las cargas y descargas y por los operarios que estén en el buque (a bordo, por tanto) y no en el muelle, y por las tareas de reparación que en las escalas también, y más aún en los astilleros, se realizan dentro de una nave por los que residen en tierra.

Lo marítimo abarca aquí (con la inclusión pertinente de lo lluvial y lo lacustre) cuanto se efectúa navegando un barco; desde que deja la costa hasta tocar de nuevo en ella, y lo que su tripulación ejecute, incluso en puertos, en su buque de afectación.

Concepto

El artículo 984 del Código de Comercio argentino define el contrato de ajuste como aquel que se celebra entre el capitán y los oficiales y gente de la tripulación de un buque y que consiste, "de parte de éstos, en prestar sus servicios para hacer uno o más viajes de mar, mediante un salario convenido; y de parte del capitán, en la obligación de hacerles gozar de todo lo que les sea debido en virtud de la estipulación o de la ley". Este contrato de ajuste configura, en realidad, una institución exclusiva del Derecho Marítimo.

Sintéticamente, DE LITALA define este contrato como "aquel por el cual se establecen las condiciones en que la gente de mar entra al servicio de una nave". Con otra técnica, más precisa, puede sostenerse que el contrato de trabajo marítimo es aquel en el cual una de las partes se obliga, en relación con la otra, que debe ser necesariamente un armador o naviero, a formar parte de la dotación o tripulación de una nave, y a prestar sus servicios a cambio de una retribución, en la cual se incluye gratuito alojamiento y comida.

Antecedentes

Antes de que se tuviera noción exacta de la posibilidad de dictar normas relacionadas con el trabajo en general, ya el de la gente de mar había sido objeto de disposiciones minuciosas, en las que se contemplaban sus derechos y obligaciones al regular el llamado contrato de embarque. Dejando a un lado precedentes muy fragmentarios de las pretéritas legislaciones, en plena Edad Media se encuentran disposiciones orgánicas sobre el trabajo marítimo. La primacía jurídica, por calidad y sistemática, corresponde al Libro del Consulado de Mar, dado en Barcelona a mediados del siglo XII, aplicado en casi toda la cuenca del Mediterráneo y en puertos atlánticos de Europa. Sus 252 capítulos, ampliados después hasta 334, son el punto de partida del Derecho Laboral de la navegación.

El notable cuerpo legal determina las obligaciones del patrono para con el marinero, regula el

despido, estatuye sobre salarios, establece la indemnización por fallecimiento, declara que el flete será garantía del salario y se ocupa de la alimentación adecuada de la genio de mar. Por último se estipula el deber de obediencia hacia el patrón o conrtramaestre y las cláusulas por las cuales puede un marinero excusarse después de ser ajustado.

Naturaleza jurídica

El de embarco o ajuste es un contrato especial de trabajo, originado en el Derecho Marítimo y remodelado por el Derecho Laboral. Los caracteres especiales que en el mismo resaltan son: a) su objeto, pues en él se formalizan prestaciones que revelan la naturaleza especial del convenio referente al trabajo a bordo de una nave y al servicio de esa finalidad; b) la subordinación, que se hace más intensiva que en los contratos comunes de trabajo; c) la naturaleza de la retribución, que se integra en buena parte por la alimentación y el alojamiento que se da al trabajador, ya que éste debe vivir en la embarcación o buque; d) la jornada de trabajo, pues si bien puede ser limitada en cuanto a su prestación intensiva, el tripulante está a la disposición del capitán durante todo el lapso que permanezca dentro de la embarcación; e) la finalidad que con la prestación se cumple, donde se encuentran en juego elementos y factores que exigen atención y cuidado muy superiores a los habituales para el trabajador de una fábrica, otra industria o comercio.

El trabajo marítimo reglamentado por los códigos de comercio y, más adelante, por leyes especiales, ha terminado por ser incluido en la legislación laboral, dada la índole de las prestaciones y el aspecto contractual. Sin embargo, debe ser reglamentado en forma distinta; por las características de estas tareas: "por un lado, un buque comprende diversas especies de trabajadores: mecánicos, domésticos, etcétera. Por otro lado, la jornada no puede reglamentarse como en tierra, porque presenta necesidades especiales. Y, finalmente, una vez que una nave ha salido de un puerto, entra necesariamente en un régimen de disciplina, cuya conservación es la preocupación primera".

Convención de Génova de 1920

En la segunda reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en Génova y en 1920, se adoptó un convenio sobre la colocación de la gente de mar, que comprende todas las personas empleadas como tripulantes a bordo de los buques dedicados a la navegación marítima, excepto los oficiales. Se prohíbe convertir en actividad lucrativa esta colocación; se aplicarán sanciones penales a los infractores. La gente de mar conservará el derecho de elegir buque; y el armador, el de escoger su tripulación. La O.I.T. asegurará la coordinación de los diversos sistemas nacionales sobre colocación de la gente de mar.

Convención de Ginebra de 1926

La asamblea de la O.I.T. celebrada en 1926 en Ginebra adoptó un régimen sobre el contrato de enrolamiento o ajuste de la gente de mar, aplicable a todos los buques que se dediquen a la

navegación marítima y estén matriculados en un país miembro de la O.I.T. Quedan excluidos del mismo los buques de guerra, los estatales no comerciales, los de cabotaje nacional, los yates de recreo, los barcos de pesca, las embarcaciones menores de 100 toneladas y ciertas naves de algunos países asiáticos.

Código Internacional de la Gente de Mar

La Conferencia Internacional del Trabajo reunida en Génova en 1920 (§ 1.176), resolvió establecer un Código Internacional de la Gente de Mar. Encuadra el mismo en el Código Internacional del Trabajo, que no es sino la presentación metódica de los convenios y recomendaciones de la O.I.T., que se actualiza periódicamente (§ 280).

La parte relacionada con la gente de mar integra el extenso Libro IX de tal compilación, en sus artículos 942 a 1.179. En sus siete títulos trata las siguientes cuestiones: formación profesional, colocación de la gente de mar, contrato de enrolamiento de la gente de mar, certificados de capacidad profesional de los oficiales, certificado mariner preferente, certificados de aptitud de los cocineros de buque, salario de los marineros preferentes, horas de trabajo, dotación, vacaciones pagadas, edad de admisión al trabajo, examen médico, seguridad social (enfermedades y accidentes, pensiones, indemnizaciones por desempleo, repatriación), alojamiento de la tripulación a bordo, alimentación y servicio de fonda a bordo, condiciones de estada de la gente de mar en los puertos, inspección del trabajo y estatutos sociales.

Trabajadores marítimos: modalidades

La dotación del buque la constituye el personal enrolado para su servicio, compuesto de oficiales, maestranza y tripulantes. Se consideran oficiales los pilotos, maquinistas navales, módicos, capellanes, sobrecargos, radiotelegrafistas y los que desempeñan a bordo cargo que requiera título profesional. La maestranza comprende a los contra maestres, practicantes, instaladores, electricistas, maestros de música, mayordomos, carpinteros primeros, cocineros, pañoleros, caldereros y los demás que presten a bordo un cargo semejante. Son tripulantes los marineros, fogoneros, operarios, enfermeros, camareros, sirvientes y los que desempeñan cometido mecánico en el buque. Cualquiera que fuere el título profesional que tenga el trabajador, se comprenderá en uno de los tres grupos anteriores, según el cargo de desempeño a bordo.

La formación de la tripulación corresponde, en principio, al capitán, el cual puede elegir al tripulante y contratarlo, ya que es él quien responde de la suerte de la expedición. El artículo 907 del Código de Comercio argentino, modificado por la Ley 17.371, establece: "Corresponde al capitán, como representante del armador, ajustar la tripulación del buque, eligiendo los tripulantes, así como también el personal no enrolado como tripulante que se dedique a bordo, durante el viaje, a otras actividades. En ningún caso se puede obligar al capitán contratar personal alguna que no sea de su satisfacción".

Naturaleza del contrato de ajuste

MALVAGNI define el contrato de ajuste como "el contrato de trabajo subordinado que se celebra entre el armador o su representante, por una parte, y el oficial o tripulante, por la otra, y en virtud del cual éstos se comprometen a prestar a bordo de un buque los servicios propios de su categoría", opinando que tal contrato se rige por las normas legales generales. Esto último, claro está, sin perjuicio de las reglas específicas aplicables al tema.

La contratación del trabajo marítimo puede hacerse: 1° por viaje; 2° por mes; 3° con participación en los beneficios; 4° con participación en los fletes; 5° por viaje redondo; 6° por tiempo determinado; 7° por tiempo indeterminado.

Derechos y obligaciones

En síntesis enumerativa, el tripulante tiene derecho a la navegabilidad del buque, alimentación, alojamiento, salario, asistencia médica y farmacéutica, indemnización por incapacidad o mutilación y repatriación. Los gastos de entierro son, en realidad un beneficio para los sucesores.

El artículo 13 de la Ley 17.371 establece que la jornada normal de trabajo efectiva a bordo de los buques será de ocho horas diarias. Estando en navegación, y en el puerto en los casos en que el capitán lo juzgue necesario, el trabajo será continuado y no será interrumpido ni los días domingos y feriados nacionales. Por cada seis jornadas completas de trabajo efectivo deberá otorgarse un día y medio de descanso compensatorio, y por cada feriado nacional trabajado, un día de descanso compensatorio. Conforme al artículo 14 de la misma Ley, la jornada de trabajo diario efectivo de cada tripulante podrá ser fraccionada, según los requerimientos del servicio que establezca el capitán. La jornada de trabajo diaria efectiva en los ambientes declarados insalubres será de seis horas (art. 17). El número máximo de horas suplementarias no podrá exceder de cuatro diarias, o veinticuatro semanales (art. 18).

Por un precepto del Código de Comercio, que no determina restricciones, el tripulante tiene derecho, por causa de enfermedad o accidente, a percibir sus salarios hasta que se encuentre perfectamente restablecido (art. 1.012).

En cuanto a la retribución sólo se considera tal la consistente en numerario, con exclusión de la manutención, que sólo es obligación patronal durante la navegación y en las escalas que no sean en el puerto de amarre. La retribución puede consistir en una cantidad fija por viaje, por día o por mes o ajustarse en un porcentaje del flete. Esto último no hace al tripulante socio, por no participar en las pérdidas. El salario se pierde por no auxiliar al capitán ante ataques o desastres y por no prestar declaraciones necesarias por actas y protestos firmados a bordo, entre otros supuestos regulados por la ley mercantil.

Causas disolutivas

El contrato del hombre de mar se extingue por las causas generales del contrato de trabajo y por



otras específicas del tráfico marítimo y de la peculiaridad de sus tareas. Entre las mismas figuran las que siguen: a) pérdida o inutilización del buque; b) requisa de la nave; c) perpetración de hechos o delitos que perturben el orden en el buque; d) insubordinación; e) las ausencias injustificadas;/) reparaciones por más de 30 días; g) falta de flete remunerador, h) embriaguez habitual; i) ignorancia del servicio;/) incapacidad física para desempeñar las tareas.

Cuando el despido sea injusto, la indemnización se regula por el básico artículo 993 del Código de Comercio, que exige la prueba de haber sido despedido sin justa causa para tener derecho al resarcimiento; que "consistirá en el tercio de los sueldos que el despedido habría verosímilmente ganado durante el viaje, si se le despide antes de salir del puerto de la matrícula; en el importe de los sueldos que habría percibido desde la despedida hasta el final del viaje, y gastos de retorno, si ha sido despedido en el curso del viaje".

Sin embargo, las normas de la LCT en materia de despido e indemnización resultan aplicables en la medida en que resulten más favorables al trabajador.

Trabajo fluvial, de cabotaje y portuario

Las empresas de transporte fluvial y de cabotaje se encuadran laboral-mente en las reglas expuestas para el trabajo marítimo en general. Por el contrario, permanecen dentro de la disposiciones genéricas de la contratación laboral los trabajadores que residen en tierra y desempeñan tareas mientras los buques están amarrados en las instalaciones portuarias; como los encargados de las operaciones de carga y descarga. En igual solución se halla catalogado el personal que se desempeña en remolcadores y en barcas o lanchones auxiliares de similares operaciones.

Para los estibadores portuarios no rige el sistema de la LCT, por el carácter transitorio y ambulante de sus prestaciones, por lo potestativo de su asistencia, por la frecuencia -diaria en ocasiones- con que se varía de patrono y por no existir la garantía de un mínimo de labor. El personal perteneciente a empresas marítimas que preste alternadamente servicios en tierra y a bordo se considera incluido en el contrato de ajuste.

El trabajo portuario se encuentra regido por el así llamado Reglamento provisorio de trabajo portuario, aprobado por la Ley 21.429.

Industria pesquera

En términos generales, el personal embarcado dependiente de esta industria se encuentra regido por las normas antes descritas sobre trabajo a bordo, particularmente a la luz de la definición del campo de aplicación que incluye el artículo 10 de la Ley 17.371.



c) Régimen de trabajo a bordo de buques argentinos.

[Vazquez]³

El régimen está regulado por las leyes 17.371, 17.823, 20.094 -de navegación-, y los arts. 891, 892, 907 y 984 a 1017 del Cód. de Comercio.

A) DEFINICIÓN.

Comprende al personal, cualquiera sea su nacionalidad, clase de ocupación o funciones en su cargo, enrolado en buques de matrícula argentina y artefactos navales, ya sea de navegación de ultramar, cabotaje marítimo y fluvial, portuaria y vías interiores, exceptuada la navegación deportiva. Comprende no sólo a los tripulantes, sino también a aquellos que se "dediquen a bordo a otras actividades, sin perjuicio de lo previsto por estatutos o reglamentaciones particulares en cuanto les fueren aplicables" (art. 10, ley 17.371; art. 106, ley 20.094).

B) HABILITACIÓN.

El armador sólo puede contratar al personal que cuente con la "habilitación técnico-profesional" otorgada por la "autoridad competente" y esté inscripto en el registro que llevarán las capitánías de puerto. Por excepción, "en caso de fuerza o en situaciones especiales", se puede "enrolar a tripulantes habilitados por autoridades competentes extranjeras hasta el regreso del buque al puerto de matrícula o de retorno habitual" (arts. 2°, 10, 24 a 27, ley 17.371; arts. 104, 110, 113 a 119, 142 y 143 -estos dos últimos restituidos por dect. 1010/04-, ley 20.094).

C) CONDICIONES DE TRABAJO.

La "dotación de seguridad" (la mínima que permita maniobrar la unidad, y la operación de sus elementos de seguridad y salvamento durante un cuarto de guardia) y de aquellos (empleos) que requieran "habilitaciones específicas", la fija la Prefectura Naval; la de explotación lo hace el propio armador, salvo los casos en que dicha autoridad, de oficio o a petición de parte, fije una determinada (arts. 30 a 70, 12 y 28, ley 17.371).

El contrato de ajuste se caracteriza por la necesaria subordinación del personal al capitán del buque, que actúa como representante del armador y que en viaje ejerce funciones de autoridad pública, por lo cual se le debe obediencia (arts. 120 a 122, 129, 130, 138, 201 y conca., ley 20.094).

El régimen de trabajo a bordo es el establecido en el Código de Comercio (art. 984 y ss.), con las modificaciones introducidas por la ley 17.371 (arts. 11, 36 a 38). El armador puede "dictar las normas del servicio a bordo que respondan a las necesidades de operación y explotación de sus unidades, respetando las disposiciones sobre seguridad en la navegación y las jerarquías del personal embarcado" (art. 29, ley 17.371; art. 144, ley 20.094). El capitán dispondrá las funciones que debe cumplir cada tripulante, que deben ser realizadas por éste "aunque no sean las de su empleo de enrolamiento", así como los trabajos de conservación y reparación que ejecute con los elementos que le provean a bordo, dentro del horario normal de trabajo (los que realice fuera del

horario se consideran horas suplementarias; arts. 30 y 31, ley 17.371, y art. 6o, ley 17.823).

El capitán, en razón del servicio, fija el horario a cada equipo de trabajo o guardia y, en su caso, le asigna tareas a cada tripulante, las que éste tiene que aceptar siempre que sean acordes con su jerarquía y no represente "un cambio permanente de empleo" (art. 6o, ley 17.823).

Las labores que deben ser cumplidas sin interrupción por un tiempo que no exceda de doce horas, pueden ser atendidas por uno de aquéllos; en tal caso, tienen derecho a un período de descanso no menor de doce horas (después de cada uno de trabajo superior a ocho horas diarias). Los mencionados servicios pueden ser cubiertos por dos equipos o guardias hasta un máximo de ciento cuarenta y cuatro horas, vencido el cual hay que otorgarle un descanso de veinticuatro horas. Las tareas que exigen una atención ininterrumpida mayor de ciento cuarenta y cuatro horas -entre descansos de veinticuatro horas cada uno-deben ser atendidas por no menos de tres guardias (art. 35, ley 17.371).

El personal de oficiales debe "cuidar su corrección y comportamiento, tanto a bordo como en tierra, guardando entre sí la debida cortesía". El capitán tiene que designar a quien ha de representarlo socialmente en su ausencia (art. 33, ley 17.371). Los tripulantes, al llegar el navio al puerto de matrícula o de retorno habitual, pueden "denunciar ante la autoridad competente, todo acto u omisión del armador o capitán que signifique el ejercicio abusivo de las facultades" que él haya observado (art. 34, ley 17.371). Si demandaren antes de terminar el viaje, perderán los sueldos vencidos. Se exceptúa el pedido de "rescisión" del contrato, que se solicita cuando el buque se halla en "buen puerto", con motivo de haber recibido maltrato o no se les hubiere suministrado el alimento correspondiente (art. 1016, Cód. de Comercio).

El contrato puede convenirse por un tiempo determinado o indeterminado, mediante un salario y bonificaciones. Las partes pueden convenir condiciones complementarias. Las pactadas se prueban por el contrato de ajuste, del cual el capitán tiene que dar una copia (art. 986, Cód. de Comercio), o a falta de él, por el libro de rol (que lleva el capitán; art. 926, inc. 3o, Cód. de Comercio; art. 85, ley 20.094) y la libreta de embarco (art. 984, párr. 1o, Cód. de Comercio; art. 107, ley 20.094). Si el libro de cuenta y razón se lleva con regularidad, hace entera fe en ausencia de los antedichos elementos (art. 987, Cód. de Comercio).

A falta de prueba por escrito, se considera que el contrato fue por "viaje redondo, o sea de ida y vuelta al lugar donde se verificó la matrícula" (art. 985, Cód. de Comercio).

Tanto en el contrato por viaje, viajes o por tiempo determinado, las partes quedan desvinculadas a su vencimiento sin necesidad de notificación. Si el plazo fijado venciera estando el buque en navegación, se considera prorrogado hasta la terminación de la descarga en el primer puerto de escala; si éste fuere otro que el de enrolamiento o retorno habitual, el empleado tiene derecho a percibir los gastos de retorno, transporte de su equipaje, alimentación y alojamiento de acuerdo con su categoría (art. 984, párrs. 4o y 5o, Cód. de Comercio).

Si se lo hubiera convenido por tiempo indeterminado, se fijarán las condiciones en que las partes pueden darlo por terminado; la notificación por escrito debe ser con cuarenta y ocho horas de anticipación, y el plazo no puede vencer con posterioridad a la salida del buque. Cualquiera de ellos puede darlo por terminado "sin previa notificación a la terminación de la descarga en el puerto de enrolamiento o de retorno habitual, después del primer viaje o cualquier otro posterior" (art. 984, párr. 6o, Cód. de Comercio).

Los derechos y obligaciones de las partes (armador y capitán, oficiales y demás tripulantes) que

comienzan a partir del enrolamiento, están definidos en los arts. 988 a 990 del Cód. de Comercio, y art. 139 de la ley 20.094.

El armador debe suministrar alojamiento (salvo casos de excepción) y alimentación (arg. arts. 1016, 1017, 1017/4 y 1017/5, Cód. de Comercio). "Cuando los tripulantes deben dormir a bordo, en razón de los servicios habituales que prestaren", debe proporcionárseles "alojamiento adecuado" (individual o colectivo, incluyendo ropa de cama) acorde con las comodidades disponibles y la categoría de revista, que permita guardar la ropa y efectos personales. La limpieza de la que corresponda a la oficialidad está a cargo del armador; la de la asignada a la tripulación debe ser realizada por ésta fuera de las horas de servicio (no se considera tarea remunerada; art. 1017/5, Cód. de Comercio).

El personal puede reclamar por escrito, primero ante el capitán y después ante las respectivas autoridades (capitanía de puerto argentino, cónsul argentino en el extranjero), por el "deficiente estado de los víveres o del agua, por la organización del almacenaje, manipuleo y preparación de los artículos alimenticios", a fin de que se subsanen las deficiencias (art. 1017/4, Cód. de Comercio). La demanda promovida contra el "buque o capitán antes de terminado el viaje", provoca la pérdida de los sueldos vencidos. Como excepción, se admite la "rescisión" del contrato, pedida mientras el barco esté en puerto seguro, por maltrato o por falta de suministro del alimento correspondiente (art. 1016, Cód. de Comercio).

D) JORNADA DE TRABAJO.

Es de ocho horas efectivas (se considera tal la que se realiza en virtud de una orden de un superior al servicio del buque), en forma continuada (cuando el buque o artefacto esté en puerto, lo es cuando así lo dispone el capitán), que puede fraccionarse por razones de servicio, incluso días domingos y feriados nacionales. Por cada seis jornadas completas de trabajo efectivo corresponde un descanso compensatorio de día y medio; y por cada feriado nacional, una jornada que se computa de cero a veinticuatro horas, no sustituibles en dinero, excepto en los casos de resolución del contrato con respecto a los francos no gozados (se calcula "sobre el salario básico y la parte proporcional de la participación, si la hubiere"; arts. 13 a 16, ley 17.371; art. 4o, ley 17.823).

El excedente de ocho horas se considera hora suplementaria, que se retribuye con un recargo del 50% en día hábil y 100% en domingo o feriado nacional, que se computa sobre el básico de convenio (art. 15, ley 17.371). El total de esas horas no puede "exceder de cuatro diarias y veinticuatro semanales" (arts. 15 y 18, ley 17.371).

No se consideran incluidas en la jornada, ni dan derecho a retribución suplementaria, las tareas que el capitán disponga: 1) en casos de emergencia para la seguridad del buque o para el salvamento de vidas humanas, sin perjuicio de la participación que pudiera corresponder por el salario de asistencia y salvamento; 2) "zafarranchos o ejercicios de entrenamiento previstos en convenciones internacionales, o en los reglamentos por la autoridad competente, con miras a la seguridad del buque, de la carga y de las vidas humanas"; 3) "el tiempo demandado por formalidades aduaneras, sanitarias o de otra naturaleza, impuestos a la tripulación por las autoridades portuarias, nacionales o extranjeras", y 4) "el tiempo originado en el relevo normal de la guardia" (art. 19, ley 17.371). El capitán puede disponer la realización de "los trabajos que considere necesarios en cualquier momento para la seguridad del buque, de la carga o de las

personas" (art. 20, ley 17.371).

La jornada en "ambientes declarados insalubres por la autoridad competente", es de seis horas. No se admite la exigencia de realizar horas suplementarias, salvo los casos en que el capitán lo disponga para la seguridad del buque, de la carga, de las personas a bordo, auxilio de otro navio, o salvamento de vidas humanas, en que se liquida el suplemento salarial (art. 17).

En los buques con comodidades requeridas para vivienda, "uno de los períodos de descanso diario tendrá normalmente una duración mínima de ocho horas consecutivas, excepto cuando los períodos de trabajo y descanso se alternen cada seis horas". En los que no cuentan con tales comodidades, deberá ser de "diez horas consecutivas como mínimo, para permitir el traslado y el descanso del tripulante". Las excepciones "deben obedecer a razones de fuerza mayor". En las tareas de carácter intermitente, la jornada diaria podrá ser fraccionada en períodos de trabajo efectivo, debiendo ser la duración mínima de uno de los lapsos de descanso de dos horas consecutivas (art. 3o, ley 17.823).

Se considera que el capitán y los oficiales están en servicio permanente (art. 22, ley 17.371). En los buques dedicados a la pesca comercial y factorías, pueden estipularse especiales condiciones de trabajo (art. 21, ley 17.371).

E)VACACIONES.

El período de ellas (que deben "ser otorgadas, a más tardar, dentro del año siguiente" al que corresponden) es de doce días corridos (dentro del mismo período); el plazo se extiende a dieciocho cuando se "hayan celebrado contratos de ajuste sucesivos con un mismo armador durante un período no menor de cinco años". "Cualquiera sea el tiempo trabajado durante el año calendario, dará derecho al goce proporcional de vacación siempre que del cómputo correspondiente resultare como mínimo un día entero" (de donde surge que el goce de aquella es proporcional al tiempo de servicio prestado). Las vacaciones deben ser gozadas en especie (salvo cuando se extingue la relación, supuesto en el cual los días se liquidan en efectivo) en el puerto de enrolamiento o de retorno habitual, a no ser que las partes, de común acuerdo, dispongan lo contrario. El armador puede conceder la licencia desde otro puerto; Qn este caso corren a su costa los gastos de traslado de ida y regreso hasta aquéllas; los días que insume el trayecto no se computan como licencia (art. 23, ley 17.371).

F)REMUNERACIÓN.

Debe ajustarse a la categoría para la que el tripulante fue "contratado", cualquiera que sea la jerarquía (superior o inferior, en los casos previstos en el art. 26, ley 17.371) de su habilitación (art. 32). "No pueden estipularse horas suplementarias como bonificación usual" (art. 18).

La misma puede convenirse por una suma global, por mes o por viaje, por un importe fijo o por una participación en el flete, el producido o la ganancia, o la combinación de las diferentes formas. Cuando se lo hace por viaje, deben fijarse las condiciones en que se aumentará si aquél se prolonga apreciablemente; no puede reducirse, si la duración se abrevia (art. 984, párrs. 2o y 3o,

Cód. de Comercio).

El pago al personal tiene que hacerse dentro de los tres días de vencido el período pactado (mes; viaje -en este caso, terminada la descarga en el puerto en que finalice cada viaje, aunque se hubiera convenido por varios-; participación, liquidada la operación; arts. 1003, 1017/1, Cód. de Comercio) en puerto y en moneda nacional o en la convenida (art. 1017/2, Cód. de Comercio). El sueldo anual complementario debe pagarse en iguales condiciones que las fijadas por la ley laboral común (art. 1017/3, Cód. de Comercio). La falta de pago hace incurrir en mora automática (art. 1017/1, Cód. de Comercio).

Los servicios extraordinarios, que deberán ser anotados en el libro diario, pueden dar lugar a una recompensa especial (art. 1009, Cód. de Comercio). Se considera que la integran el "básico y las participaciones que se hubieran pactado" y lo que corresponda por "tiempo suplementario". Se excluye alimentación, alojamiento (la solución difiere de la que establece la LCT, en el art. 105; ver § 180; pero por convenio se ha llegado a la misma solución; ver § 247, d) y las indemnizaciones correspondientes a las tareas realizadas para recoger los restos de la nave naufragada o servicios extraordinarios. El importe correspondiente a vacaciones, licencias por enfermedad o accidentes, horas suplementarias o indemnizaciones por despido, se calculan sobre el básico y la participación convenidos (art. 1017, párrs. lo a 3°, Cód. de Comercio).

Se establece la intangibilidad del salario (ver § 199, f), excepto en cuanto a: gastos de repatriación a cargo del tripulante; contribuciones a su cargo; adelantos realizados a él o a terceros por su orden por un importe no superior a un tercio de aquél; el monto de los daños causados intencionalmente "al buque, a sus elementos o a la carga", hasta un importe del 30% del monto del haber, que el armador tiene que depositar judicialmente a las resultas de las pertinentes acciones; las multas aduaneras impuestas al armador por hechos u omisiones imputables al tripulante (art. 1017, párr. 4o, incs. lo a 5o, Cód. de Comercio).

El tripulante tiene acción ejecutiva para el cobro de su crédito laboral que surja de la libreta de embarque (arts. 107, 595 y concs., ley 20.094). Gozan de los privilegios establecidos por la ley de navegación (arts. 476, 478, 482 y concordantes).

G) ENFERMEDADES Y ACCIDENTES.

Al efecto, es preciso distinguir entre:

1) Inculpables.

Las que se exteriorizan después del momento del enrolamiento, dan derecho a la prestación de asistencia médica y farmacéutica por cuenta del armador hasta el regreso del barco al puerto d'e embarque, y a la percepción de los salarios fijados hasta treinta días después de esa fecha (art. 1010, párr. lo, Cód. de Comercio, y art. lo, ley 17.823). El armador se exime de estas prestaciones en caso de dolo o culpa grave del trabajador (ver § 247, g, 3).

Si durante el viaje fuere desembarcado, tienen que abonarse los salarios por un plazo de cuatro meses, salvo que antes del término de ese período "regrese al puerto de embarque"; en tal caso cesa la obligación del armador de brindar asistencia médica, y el pago del salario se extiende por treinta días más (art. lo, párr. 2o, ley 17.823).

Vencido el citado lapso, el contrato convenido por tiempo indeterminado puede ser resuelto (art. 10, párr. 3o, ley 17.823). Los derechos y deberes de las partes son distintos de los que fija la LCT (art. 208 y ss.; ver § 208).

2) Profesionales.

Los accidentes y enfermedades provocados entre la fecha de embarco y "desembarco" en el mismo puerto, se rigen por la ley sobre riesgos del trabajo (ver § 451 y ss.), con las modificaciones que contiene la norma especial (arts. 1010, párr. 2o, y 1010/1 a 1010/5, Cód. de Comercio). La atención médica quirúrgica y farmacéutica deberá ser brindada en el buque o en tierra, si fuera necesario desembarcar al tripulante por no poder ser asistido a bordo; a tal efecto el capitán está obligado a proveer la atención y manutención al enfermo (arts. 1010/1 y 1011, Cód. de Comercio).

Durante el período de asistencia, se tiene que liquidar el salario convenido hasta cuatro meses posteriores a "su desembarco, sin haber podido regresar a su puerto de embarque" (art. 1010/3, Cód. de Comercio). Si no hubiere regresado al puerto de la matrícula, deberá abonársele el salario hasta que ello ocurra, así como los gastos de retorno (art. 1012, Cód. de Comercio).

Si a consecuencia de la enfermedad o accidente el tripulante falleciere, los salarios se abonarán a sus familiares en el orden y proporción que fija el Código Civil: a) hasta el día de su muerte, si su retribución era periódica; b) si esta retribución se hubiera pactado por viaje, se liquidará la mitad, si el deceso se produjo en el trayecto de ida, y la totalidad, si lo fue en el de regreso, y c) si lo hubiera sido con participación en el flete, producido o ganancia de la expedición, corresponde la totalidad si el fallecimiento se produce después de haber zarpado la nave del puerto inicial; si hubiere muerto antes de esa circunstancia, sólo se liquidarán los días que "hubiere trabajado de acuerdo con el salario correspondiente a los individuos de la tripulación de su categoría" (arts. 1014, 1015/1, Cód. de Comercio).

El armador tiene que disponer las medidas del caso para que los restos sean trasladados al puerto de enrolamiento, si ello no contraría las reglamentaciones particulares del puerto de escala, el deseo expreso de un familiar o que el deceso no hubiere sido consecuencia de una enfermedad infectocontagiosa. En caso de siniestro, deben agotarse los recursos para "encontrar a los desaparecidos, siempre que ello no implique riesgos graves para la seguridad de la navegación" (art. 1014/1, Cód. de Comercio).

En caso de que la muerte del tripulante se hubiera producido como consecuencia de la defensa del buque o cumpliendo en su beneficio un acto de abnegación, se lo considera "vivo para devengar sus salarios y participar de las utilidades que correspondan a los de su clase, hasta que el buque llegue al puerto de destino" (art. 1015, Cód. de Comercio).

3) Excepción de la obligación.

La ley (art. 1013, Cód. de Comercio) establece que cesa "la obligación del armador de abonar los salarios de los individuos de la tripulación y mientras dure el impedimento", cuando la lesión o enfermedad hubieren sido provocadas intencionalmente o por culpa grave de ellos, "hubieran sido disimulados voluntariamente" en la época de su ajuste, o adquirida "en tierra habiendo bajado" sin autorización. No obstante ello, el armador deberá proveer los gastos de asistencia, "que podrá descontar de los salarios".

Los mencionados casos incluyen enfermedades y accidentes de carácter profesional e inculpables.

H) RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Puede ella producirse por las siguientes causas:

1) Por el empleador, con justa causa.

El "hombre de mar... puede ser despedido con justa causa por injuria que haya hecho a la seguridad, al honor o a los intereses del armador o su representante". Se consideran a título ejemplificativo las siguientes: comisión de delitos; perturbación del orden; insubordinación; falta de disciplina, de cumplimiento o ignorancia del servicio o tarea asignada; embriaguez habitual; incapacidad para el servicio, excepto los casos indicados en el art. 1010 del Cód. de Comercio; no presentarse a tomar servicio en la fecha y hora señalada a tal efecto; ausencia injustificada del buque por más de veinticuatro horas; no hallarse a bordo a la hora señalada para la zarpada; tener a bordo mercadería en infracción a las leyes fiscales o cuya exportación en el lugar de partida o importación en el destino fueran prohibidas (art. 991, Cód. de Comercio).

En el caso, el trabajador tiene derecho a percibir "los sueldos estipulados hasta el día de la despedida, proporcionalmente a la parte de viaje que se haya hecho", o si fuera antes de empezar el viaje, por los días de servicio (art. 992, Cód. de Comercio).

2) Despido indirecto.

El miembro de la tripulación puede "rescindir su contrato en cualquier momento, pero siempre que el buque estuviere en puerto": a) si el armador alterara sensiblemente el viaje estipulado; b) si el buque estuviere en condiciones de innavegabilidad por disposición de la autoridad competente; c) si cambiare de bandera, y d) por causa grave en el cumplimiento de las obligaciones del capitán o del armador. En el caso, tiene derecho a percibir las indemnizaciones como si hubiera sido despedido sin justa causa (art. 994, Cód. de Comercio).

3) Por el empleador, sin justa causa.

En el caso, el empleado debe ser indemnizado: a) si el navio está afectado a la navegación portuaria o de cabotaje marítimo o fluvial, con diez días de salario básico, y b) si aquél lo estuviera a la navegación de ultramar, nunca menos de un mes de salario básico; si el ajuste fue por viaje y el despido se produce antes de salir del puerto de enrolamiento, con un tercio de lo que habría percibido de no haberse dispuesto la medida; si el viaje hubiera comenzado, le corresponden la totalidad de los salarios básicos hasta su terminación; si el contrato fue por tiempo determinado, la parte que corresponda al próximo viaje, si hubiera sido despedido antes de comenzar el viaje; si lo fue durante éste, el total de los importes básicos que hubiere percibido hasta el fin de viaje en curso.

Si la medida se adopta fuera del puerto de enrolamiento, el armador tiene que abonar, además, los gastos de retorno (transporte, alojamiento y comida, de acuerdo con su categoría; art. 993, Cód. de Comercio).

La disposición legal fue modificada por varios convenios colectivos de trabajo que rigen en el sector

laboral (entre otros el registrado como 370/71). Se estableció que el trabajador que haya celebrado contrato de ajuste sucesivo o alternado con el mismo armador durante un período no menor de ciento cincuenta días, dentro del año aniversario, para la navegación de ultramar y no menor de ciento veinte días para la fluvial, portuaria o lacustre, será considerado como efectivo con prescindencia del buque donde "enrole" (arts. 1o y 2o). De acuerdo con la Cámara del Trabajo, se resolvió que en ese período no se computan los cinco días de francos compensatorios no gozados, por no haber disfrutado el trabajador, durante el viaje, la licencia hebdomadaria.

El despido por una causa que no sea una de las especificadas en los arts. 991 y 1000 del Cód. de Comercio, le da derecho a percibir la indemnización que fija la ley laboral común (ahora art. 245, LCT; ver § 231, a; arts. 6o, 9o y 10). Se asimila a la situación del efectivo, la del "provisorio" contratado para reemplazar a un tripulante con licencia gremial o extraordinaria, si es despedido antes de cumplir ciento ochenta días de antigüedad (art. 7o). Además, tiene derecho a percibir un adicional de uno o dos meses de sueldo establecido en el convenio colectivo, según que su antigüedad fuera menor o mayor de cinco años (art. 12). Los períodos trabajados superiores a ciento veinte días se computan como un año (art. 17).

Los traslados de buque dentro de una misma empresa, originados en razones de servicio, no dan derecho a indemnización (art. 4o). La disposición es una aplicación del ius variandi (ver § 110). La suspensión por más de noventa días por "falta de flete y/o reparaciones del buque fehacientemente probados y no aceptada por el tripulante, da derecho a considerarse despedido y percibir el 50% de la indemnización por despido" (art. 11).

Por esa vía, se asimilan dichas situaciones a las que establece la ley laboral común (arts. 232, 245 y 247, LCT; ver § 229 y 231, a).

4) Por falta o disminución de trabajo.

En cuanto a la falta de fletes o reparación del buque, ver § 247, h, 3; art. 11, convenio colectivo de trabajo 370/71.

5) Renuncia del trabajador.

La ley admite que el tripulante pueda pedir la "rescisión del contrato": a) si prueba al armador la posibilidad de obtener un empleo de mayor jerarquía que el que desempeña, o que ello le resulta de interés fundamental, y b) "asegure su sustitución por otro tripulante competente aceptado por el armador y sin que signifique para el mismo nuevas erogaciones" (art. 5o, ley 17.823).

6) Por cambio de destino del buque.

Cuando el armador, antes de empezado el viaje, dispusiese uno distinto al declarado en la matrícula o en el contrato, tendrá que celebrarse un nuevo ajuste. Los tripulantes que no lo aceptaran, sólo tienen derecho a percibir los salarios vencidos o a retener lo que se les hubiera anticipado (art. 995, Cód. de Comercio). Si ello ocurre en el puerto de destino, después de realizada la descarga (es decir, no se emprende el viaje de retorno), los "hombres de mar", de no haber estipulación en contrario, pueden aceptar el nuevo ajuste o resolver la relación (art. 996, párr. 1o). En este caso, los gastos de transporte desde el puerto de despedida al de la matrícula o al de destino, según elijan, son a cargo del armador (art. 999).

' Si el cambio fuere hacia un puerto más próximo o se abren vias por cualquier causa, deberán abonarse la totalidad de los salarios, sea que el contrato se hubiere convenido por viaje o por mes.

Si en viaje fuera de la República, el capitán dispone cargar o descargar en un puerto libre, la tripulación no "puede despedirse", aunque tiene derecho a percibir un aumento de sueldo en proporción a la prolongación, si la hubiere (art. 996, párrs. 2° y 3o, Cód. de Comercio).

7) Fuerza mayor.

"Si el viaje se revocare en el puerto de enrolamiento por causas de fuerza mayor"; a título ejemplificati-vo se indican como tales: a) declaración de guerra o interdicción de comercio con el Estado a uno de cuyos puertos se iba a hacer el viaje; bloqueo o cuarentena de éstos; prohibición -no conocida antes del ajuste- de recibir en ellos la mercadería cargada en el buque; b) detención o embargo de éste que impida su salida por causa no imputable al armador, y c) desastre del buque que lo inhabilite para la navegación, apresamiento o confiscación, la tripulación sólo tiene derecho a percibir los sueldos vencidos (art. 1000, Cód. de Comercio). La solución que arbitra la norma es distinta de la que establece la ley laboral común (art. 247, LCT; ver § 231, d).

Si el hecho ocurriere después de iniciado el viaje y por alguna de las causas indicadas en el pto. a del párr. anterior, la tripulación será despedida en el puerto que el capitán elija como más conveniente para arribar en beneficio del buque o de su cargamento, y percibirá los sueldos por el tiempo que hubiera servido. Si el viaje continúa, pueden las partes exigirse el cumplimiento de lo convenido por el tiempo pactado. Si el hecho se debiera a detención o embargo (indicado como pto. b), el personal ajustado por mes percibirá la mitad de su salario durante tres meses, después de lo cual se resuelve el contrato sin indemnización. Si lo hubiera sido por viaje, deberán cumplir el contrato hasta la conclusión de él. Si el armador percibiese por tal motivo una indemnización, deberá abonar a la tripulación el sueldo íntegro (a los contratados por mes) y proporcionalmente por la prolongación a los que lo estuvieron por viaje.

En caso de que el hecho se produjera por apresamiento o confiscación, sólo se percibirán los salarios devengados, a menos que se hubiera producido por dolo o culpa del capitán o del piloto, en que el "culpado" deberá abonar la indemnización por los daños sufridos por la tripulación (art. 1001, Cód. de Comercio).

Si la resolución se debiera a incendio, naufragio u otro siniestro, con pérdida total o parcial del buque, el tripulante "percibirá a título de indemnización por desocupación una suma igual a los salarios que hubiere ganado de acuerdo al tipo de contrato celebrado, por todo el período efectivo de desempleo" (art. 2o, ley 17.823). La indemnización "no podrá ser superior a dos meses de salario, salvo que se estableciere que la innave-gabilidad existía antes de que el buque zarpara de su puerto de partida" y que ella "fuera determinante del siniestro, en cuyo caso el armador deberá indemnizar al tripulante por la totalidad de los daños sufridos". Si el hecho fuera causado por un tercero que tuviera que indemnizar al armador, los tripulantes deberán participar en ella por el importe de "los salarios, que debido a la rescisión" dejaron de percibir y que en su conjunto no puede exceder de un tercio del total de aquélla. Además, se les debe liquidar "un mes de salario en compensación por los efectos personales que hubieren perdido en el siniestro" (art. 1001/1, Cód. de Comercio; art. 2o, ley 17.823).

El personal contratado a "la parte, o interesados en el flete", sólo percibirá indemnización con motivo de "la revocación, demora o prolongación" del viaje causado por fuerza mayor, si ella "dیمانare de culpa de los cargadores"; en tal caso tendrán participación en lo que se le conceda al buque en la "proporción que se hubiera dividido el flete". Si el hecho se debiera a culpa del capitán o del dueño del buque, éstos deberán pagar las "indemnizaciones proporcionales respectivas" (art. 1002, Cód. de Comercio).

Los salarios correspondientes al último viaje se cobrarán con preferencia a cualquier otra deuda anterior, "hasta donde alcance el valor de la parte del buque que se hubiera salvado". Si no alcanzare, igual derecho se ejercerá "sobre los fletes que deban recibirse por los efectos que se hayan salvado" (art. 1006, Cód. de Comercio; arts. 476, 478 y 482, ley 20.094). Los tripulantes que naveguen a la parte, no tendrán derecho alguno sobre los restos que se salven del buque, sino sobre el flete del cargamento que haya podido salvarse en proporción de lo que recibiere el capitán (art. 1007, Cód. de Comercio). Deben liquidarse los "días empleados para recoger los restos de la nave naufragada"; la "actividad especial, seguida de éxito feliz", tiene derecho a una recompensa extraordinaria a título de salvamento (art. 1008, Cód. de Comercio).

d) Jurisprudencia sobre trabajo en el Mar.

[Blanco]⁴

IUS VARIANDI ABUSIVO. CAMBIO DE BARCO. También alega el recurrente, que el *jus variandi*, consiste en el ejercicio de una facultad legítima del patrono, y si es utilizado correctamente, crea una obligación para el trabajador, quien debe respetarlo y acatarlo. Sin embargo, no puede desconocerse la existencia de límites funcionales a esa facultad patronal que, caso de no ser respetados, el uso del mismo, se convierte en ilegítimo. Ello conlleva, obviamente, a una alteración unilateral del contrato de trabajo, que faculta al trabajador para dar por terminado su contrato, con responsabilidad patronal. En vista de que no existen criterios rígidos e infalibles, que permitan diferenciar ambas situaciones, corresponde al juzgador analizar el caso concreto, a fin de arribar a una solución justa y equitativa, según sea la actuación de cada parte, para la calificación del ejercicio -legítimo o ilegítimo del *jus variandi*. En el caso bajo examen, de la información probatoria que ofrece el expediente, se aprecia, de manera evidente que, el accionante, durante el largo tiempo que prestó sus servicios en la Institución demandada, fue un trabajador ejemplar, que contó con un excelente récord laboral, el cual fue reconocido y hasta compensado por sus superiores, en diferentes épocas, a través de los constantes cursos de capacitación y de las becas al exterior... Tal y como se consignó anteriormente, el actor se desempeñaba como Capitán del remolcador "Don Beto". Mediante comunicación del señor Jefe del Departamento Marino, de fecha 2 de enero de 1991, se le informó lo siguiente "A partir del 3 de enero del año en curso, usted pasará como Capitán del Remolcador don Juanillo en sustitución del señor ... Lo anterior cuenta con el visto bueno de la Presidencia Ejecutiva"... El tipo de embarcación en que venía laborando el actor, desde 1984, difiere ostensiblemente, en sus características físicas, del nuevo remolcador que se le asignó, de acuerdo con el informe pericial ... el Remolcador Don Beto, es una embarcación de modelo reciente -1983-. Las máquinas se encuentran en perfecto estado y cuenta con moderno equipo electrónico. En contraposición con esas descripciones, el barco que se le asignó al actor, fue construido en 1916 y, en términos generales, el perito evaluador que lo revisó, consideró que se encuentra en total estado ruinoso, lo cual hace que sea peligroso para la navegación, así como para las labores que desempeña, poniendo en alto riesgo la vida de sus tripulantes, así como posibles daños económicos que pueda causarle a su propietaria. Concluye el perito, indicando que el remolcador "Don Juanillo", no está habilitado para salir en alta mar... "Con este panorama fáctico, concluye la Sala que la actuación patronal, constituye una clara y evidente transgresión a los principios de buena fe y de lealtad, que deben imperar en toda relación laboral, principios éstos

que se encuentran previstos en el numeral 19 del Código de Trabajo y la doctrina que lo informa". Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No. 267-93 de las 9:50 hrs. del 17 de noviembre de 1993.

FIJACION DE CONDICIONES LABORALES. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. "No es valedera su tesis del accionante que, durmiendo en el mismo barco en que servía como guarda, permanecía las veinticuatro horas del día a la orden de su patrono; no es esa la interpretación que cabe darle a los artículos 118 y 125 del Código de Trabajo, si así fuera, habría que aceptar el caso excepcional de un trabajador que no necesita ni tiempo para reposar, ni tiempo para dormir; el contrato en el mar, para darle un nombre, se rige por disposiciones especiales que las partes acuerdan con amplia libertad, tomando en cuenta la naturaleza de sus labores, la menor o mayor urgencia de ésta en caso determinado, la circunstancia de estar la nave en el puerto o en el mar y demás factores concomitantes en que tengan interés empleado y empleador." Sala Segunda de la Corte, No. 159 de las 14:50 hrs. del 9 de noviembre de 1983.

JORNADA DE PERSONAL DE DIRECCION. HORAS EXTRAS. "Como Segundo Oficial de un buque, el actor tenía a su cargo labores de dirección y, por lo tanto, las horas extraordinarias no superiores a doce en la jornada, debieron pagársela a tiempo sencillo." Tribunal Superior de Trabajo, No. 3658 de las 14:25 hrs del 24 de setiembre de 1975.

3 Normativa

Del trabajo en el mar y en las vías navegables

[Código de Trabajo]⁵

ARTICULO 118.-

Trabajadores del mar y de las vías navegables son los que prestan servicios propios de la navegación a bordo de una nave, bajo las ordenes del capitán de ésta y a cambio de la alimentación de buena calidad y del salario que se hubieren convenido.

Se entenderán por servicios propios de la navegación todos aquéllos necesarios para la dirección, maniobras y servicio del barco.

ARTICULO 119.-

El capitán de la nave se considerará, para todos los efectos legales, como representante del patrono, si él mismo no lo fuere; y gozará también del carácter de autoridad en los casos y con las facultades que las leyes comunes le atribuyan.

Artículo 120.-

Todo pescador deberá firmar un contrato de enrolamiento con el armador del barco de pesca o su representante legal autorizado. Se entenderá como pescador toda persona que vaya a ser empleada o contratada a bordo de cualquier barco de pesca, en cualquier calidad, que figure en el rol de la tripulación.

El contrato de enrolamiento observará las formalidades apropiadas a su naturaleza jurídica y será redactado en términos comprensibles para garantizar que el pescador comprenda el sentido de las cláusulas del contrato.

El contrato de enrolamiento indicará el nombre del barco de pesca a bordo del cual servirá el pescador, así como el viaje o los viajes que deba emprender, si tal información puede determinarse al celebrar el contrato o, en su defecto, el estimado de las fechas de salida y de regreso a puerto, las rutas de destino y la forma de remuneración. Si el pescador es remunerado a la parte de captura o destajo, el contrato de enrolamiento indicará el importe de su participación y el método adoptado para el cálculo de ella; si es remunerado mediante una combinación de salario y a la parte de captura, se especificará su remuneración mínima en numerario, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social será responsable de proveer los modelos impresos en sus diversas modalidades. Dichos contratos deberán extenderse en tres tantos: uno para cada parte y otro que el patrono deberá hacer llegar a la Dirección Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dentro de los quince días posteriores a su celebración, modificación, ampliación o novación.

En el contrato de enrolamiento, el armador del barco de pesca o su representante legal autorizado declarará bajo juramento, estar al día en sus obligaciones obrero patronales con la CCSS, lo cual deberá acreditar ante la Dirección Nacional de Empleo.

Asimismo, a la Dirección Nacional de Empleo le corresponde diseñar y expedir un documento de identificación, que se denominará "documento de identidad para la gente del mar", el cual contendrá los siguientes datos relativos a su titular: a) nombre completo, b) lugar y fecha de nacimiento, c) nacionalidad, d) lugar de domicilio actual, e) fotografía y f) firma e impresión del dedo pulgar. Este documento se expedirá a favor de quien lo solicite, indistintamente de su nacionalidad, y será condición necesaria para suscribir cada contrato de enrolamiento. De dichos contratos y de cada documento de identificación se llevará un registro por parte de la Dirección Nacional de Empleo.

(Así reformado por el artículo 173 de la Ley N° 8436 de 1° de marzo de 2005).

Artículo 120 bis.-

La Dirección Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en coordinación con el Consejo de Salud Ocupacional, la Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, el Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura, la Dirección de Seguridad Marítima y Portuaria del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, deberán prever todas las demás formalidades y garantías concernientes a la celebración del contrato de enrolamiento que se consideren necesarias para proteger los intereses del pescador y el adecuado cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del armador del barco de pesca, en relación con esos contratos.

La Dirección de la Inspección General de Trabajo, en el ejercicio de su potestad de fiscalización, está compelida a actuar de oficio o por denuncia de parte interesada, en la estricta aplicación y fiel

cumplimiento de la normativa en mención, procediendo a realizar a sus infractores las inspecciones y prevenciones que corresponda. Constatado el hecho infractor, otorgará el plazo de ley, a fin de que el empleador cese el acto prevenido y restituya las condiciones de normalidad que se extrañan. En caso de desacato, reticencia o renuencia a cumplir lo exigido, se interpondrá la acción correspondiente ante los tribunales de trabajo competentes.

El armador del barco de pesca o su representante legal, antes de suscribir el contrato de enrolamiento, deberá exigir al pescador el “documento de identidad para la gente del mar” y el certificado médico que acredite su aptitud física para el trabajo marítimo para el cual va a ser empleado.

La autoridad portuaria llevará un registro permanente de navíos de pesca y su matrícula, así como de propietarios. Igualmente mantendrá un registro de permisos y licencias de pesca por navío y su respectiva vigencia.

Para otorgar el permiso de zarpe, será necesario, además del registro anterior, haber acreditado previamente ante la autoridad portuaria la lista completa de la tripulación y de las personas abordo en general, incluso al armador, e indicar sus respectivas calidades, así como adjuntar una copia de los documentos de identidad de cada uno.

Prohíbese el empleo de niños menores de dieciséis años para prestar servicios de cualquier naturaleza a bordo de navíos de pesca; se entiende como tales todas las embarcaciones, los buques y los barcos, cualesquiera sean su clase o su propiedad, pública o privada, que se dediquen a la pesca marítima. De dicha prohibición se exceptúan los buques-escuela debidamente acreditados ante las autoridades educativas costarricenses y reconocidos en dicha condición.

(Así adicionado por el artículo 173 de la Ley No. 8436 de 1° de marzo de 2005).

ARTICULO 121.-

Será siempre obligación del patrono restituir al trabajador al lugar o puerto que cada modalidad de contrato establece el artículo anterior, antes de darlo por concluido. No se exceptúa el caso de siniestro, pero si el de prisión impuesta al trabajador por delito cometido en el extranjero y otros análogos que denoten imposibilidad absoluta de cumplimiento.

ARTICULO 122.-

Si una nave costarricense cambiare de nacionalidad o pereciere por naufragio, se tendrán por concluidos todos los contratos de embarco a ella relativos en el momento en que se cumpla la obligación de que habla el artículo 121. En el primer caso, los trabajadores tendrán derecho al importe de tres meses de salario, salvo que las indemnizaciones legales fueren mayores; y en el segundo caso, a un auxilio de cesantía equivalente a dos meses de salario, salvo que el artículo 29 les diere facultad de reclamar uno mayor.

ARTICULO 123.-

No podrán las partes dar por concluido ningún contrato de embarco, ni aun por justa causa, mientras la nave esté en viaje. Se entenderá que la nave está en viaje cuando permanece en el mar o en algún puerto nacional o extranjero que no sea de los indicados en el artículo 120 para la restitución del trabajador.

Sin embargo, si estando la nave en cualquier puerto, el capitán encontrare sustituto para el trabajador que desea dejar sus labores, podrá éste dar por concluido su contrato, ajustándose a las prescripciones legales.

ARTICULO 124.-

El cambio de capitán por otro que no sea garantía de seguridad, de aptitud y de acertada dirección, o la variación del destino de la nave, serán también causas justas para que los trabajadores den por terminados sus contratos.

ARTICULO 125.-

Tomando en cuenta la naturaleza de las labores que cada trabajador desempeñe, la menor o mayor urgencia de éstas en caso determinado, la circunstancia de estar la nave en el puerto o en el mar y los demás factores análogos que sean de su interés, las partes gozarán, dentro de los límites legales, de una amplia libertad para fijar lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otras de índole semejante.

ARTICULO 126.-

Los trabajadores contratados por viaje tienen derecho a un aumento proporcional de sus salarios en caso de prolongación o retardo del viaje, salvo que esto se debiere a fuerza mayor o a caso fortuito. No se hará reducción de salarios si el viaje se acortare, cualquiera que fuere la causa.

ARTICULO 127.-

La nave con sus máquinas, aparejos, pertrechos y fletes estará afectada a la responsabilidad del pago de los salarios e indemnizaciones que correspondan a los trabajadores.

ARTICULO 128.-

Por el solo hecho de abandonar voluntariamente su trabajo mientras la nave esté en viaje, perderá el trabajador los salarios no percibidos a que tuviere derecho, aparte de las demás responsabilidades legales en que incurriere. Queda a salvo el caso de que el capitán encontrare sustituto conforme a lo dicho en el artículo 123.

El patrono repartirá a prorrata entre los restantes trabajadores el monto de los referidos salarios, si no hubiere recargo de labores; y proporcionalmente entre los que hicieren las veces del cesante, en el caso contrario.

ARTICULO 129.-

El trabajador que sufiere de alguna enfermedad mientras la nave esté en viaje, tendrá derecho a ser atendido por cuenta del patrono, tanto a bordo como en tierra, con goce de la mitad de su sueldo, y a ser restituido cuando haya sanado, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 120 y 121, si así lo pidiere.

Los casos comprendidos por la Ley de Seguro Social y las disposiciones sobre riesgos

profesionales se registrarán de acuerdo con lo que ellas dispongan.

ARTICULO 130.-

La liquidación de los salarios del trabajador que muera durante el viaje, se hará de acuerdo con las siguientes reglas:

- a. Por unidades de tiempo devengadas si el ajuste se hubiere realizado en esta forma;
- b. Si el contrato fue por viaje se considerará que ha ganado la mitad de su ajuste cuando falleciere durante el viaje de ida y la totalidad si muriere de regreso, y
- c. Si el ajuste se hizo a la parte, se pagará toda la que corresponda al trabajador cuando la muerte de éste sucediere después de comenzado el viaje. El patrono no estará obligado a ningún pago en el caso de que el fallecimiento ocurriere antes de la fecha en que normalmente debía salir el barco.

ARTICULO 131.-

Si la muerte del trabajador ocurriere en defensa de la nave o si fuere apresado por el mismo motivo, se le considerará presente hasta que concluya el viaje para devengar los salarios a que tendrá derecho conforme a su contrato.

ARTICULO 132.-

Será ilícita la huelga que declaren los trabajadores cuando la embarcación se encontrare navegando o fondeada fuera del puerto.

4 Jurisprudencia

a) Contrato laboral: Análisis sobre la normativa tanto nacional como internacional que regula las condiciones laborales de los trabajadores del mar

[Sala Segunda]⁶

Voto de mayoría

"III.- EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DEL MAR:

La Organización Internacional de Trabajo, en atención a las condiciones laborales de la gente de mar y por la necesidad de ofrecerles una protección que tome en cuenta las circunstancias en que se desarrolla este trabajo, ha desplegado una importante actividad normativa, con el fin de regular las condiciones del trabajo marítimo. Los convenios y las recomendaciones sobre la materia pueden clasificarse en diferentes grupos. En el primero pueden incluirse los que contienen disposiciones generales respecto del trabajo marítimo y pueden incluirse los Convenios 108 (sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación); 145 (sobre la continuidad del empleo -gente de



mar-); 147 (sobre la marina mercante -normas mínimas-), el Protocolo de 1996 al Convenio 147 (relativo al convenio sobre la marina mercante -normas mínimas-), así como las recomendaciones números 9 (sobre los estatutos nacionales de la gente de mar); 107 (sobre el enrolamiento de la gente de mar -buques extranjeros-); 108 (sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar); 154 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-) y 155 (sobre la marina mercante -mejoramiento de las normas-). Otros convenios hacen referencia al “*acceso al empleo,*” regulándose lo tocante a la edad mínima (Convenio 58), las condiciones físicas (Convenios 16 y 73), calificaciones profesionales (Convenios 53, 69 y 74), las condiciones para obtener las calificaciones requeridas para acceder al trabajo marítimo (Recomendación 137), y el procedimiento para acceder a dicho trabajo (Convenio 179 y Recomendación 186). En cuanto a las “*condiciones del trabajo*” se han promulgado también varios convenios y recomendaciones, entre los que se incluyen los siguientes: el Convenio número 22 sobre el contrato de enrolamiento; en relación con horas de trabajo, descanso y vacaciones, los Convenios 146 y 180 y las Recomendaciones 187 y 153; sobre la repatriación, el Convenio 166 y la Recomendación 174. Otro grupo de convenios y recomendaciones tratan sobre “*seguridad, salud y bienestar.*” En cuanto a la seguridad pueden citarse los Convenios 34 y 68, así como las Recomendaciones 78 y 142. El Convenio 164 regula lo concerniente a la salud, y el bienestar está regido por el Convenio 163 y la Recomendación 173. En cuanto al *alojamiento* pueden citarse los Convenios 92 y 133, así como las Recomendaciones 140 y 141. También pueden incluirse dentro de este grupo el Convenio 178 y la Recomendación 185, relacionadas con la inspección del trabajo y de las condiciones de vida de la gente de mar. Finalmente, en cuanto a la “*seguridad social*” pueden citarse los Convenios 8, 55, 71 y 165, así como las Recomendaciones 10, 75 y 76. (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698). Nuestro país ha ratificado varios de esos Convenios. En efecto, el número 8, Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (nafragio), 1.920, fue adoptado mediante Ley N° 6.729, del 31 de octubre de 1.982. El Convenio 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1.921, fue ratificado por la Ley N° 6.728, del 31 de marzo de 1.982. El Convenio 92, sobre el alojamiento de la tripulación, 1.949, fue adoptado por la Ley N° 2.561 del 11 de mayo de 1.960. El Convenio 145, convenio sobre la continuidad en el empleo (gente de mar), 1.976, fue incorporado mediante Ley N° 6.548, del 18 de marzo de 1.981; y, el 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1.976, fue adoptado por la Ley número 6.549, del 18 de marzo de 1.981. Aparte de esas regulaciones supraleales, debe indicarse que el Código de Trabajo contempla un capítulo especial, dedicado a regular *el trabajo en el mar y en las vías navegables*, dado las especiales características que definen este tipo de contrataciones. En el artículo 118 se establece que trabajadores del mar y de las vías navegables son aquellos que prestan servicios propios de la navegación -sea los necesarios para la dirección, maniobra y servicios del barco-, a bordo de una nave, subordinados al capitán y por una alimentación de buena calidad y del salario que se haya convenido. De acuerdo con el artículo 119, el capitán de la nave será considerado como el representante del empleador cuando él no lo fuere y gozará de autoridad, según los casos y las facultades que las leyes comunes le atribuyan. Según se desprende del numeral 120, el contrato de embarco puede pactarse por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje, requiriéndose un certificado médico en el que se establezca la aptitud física para el trabajo marítimo, que será válido por uno o dos años, según se tratase de menores de 21 años o de personas mayores de esa edad, respectivamente. En los contratos por tiempo determinado y por tiempo indefinido, las partes deberán indicar el lugar donde será restituido el trabajador y si no se indicare, se tendrá por señalado el lugar donde embarcó. En los contratos por viaje, el término se contará desde el momento del embarque y hasta que se haya concluido la descarga de la embarcación, en el puerto que expresamente se haya indicado o, en su caso, en el puerto donde tenga su domicilio el empleador. En cuanto a los requisitos del contrato, se establece que éste ha de redactarse por triplicado, uno para cada parte y la tercera el empleador debe



hacerla llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Su contenido deberá indicar el nombre y los apellidos, la edad y el lugar de nacimiento, se entiende que del trabajador; el lugar y la fecha de la celebración del contrato, el nombre del o de los barcos en los cuales se vaya a trabajar. Si fuere posible, el número de viajes que debe emprender y el cargo que va a desempeñar; el lugar y la fecha en que debe presentarse el trabajador, la modalidad del contrato y el lugar o la fecha de terminación, si es procedente. Debe dejarse constancia de la presentación del certificado médico; y, por último, ha de establecerse el importe del salario que se le vaya a cancelar. En el artículo 121 se establece la obligación del empleador de restituir al trabajador al lugar o puerto que se haya establecido, según la modalidad del contrato, antes de darlo por concluido. El empleador puede dejar de cumplir esa obligación únicamente en el supuesto de que el trabajador esté en prisión, por un delito cometido en el extranjero, u otras situaciones análogas que hagan imposible el cumplimiento. Se prevén los supuestos de que una nave costarricense cambie de nacionalidad o perezca por naufragio (artículo 122). En tales casos, los contratos de trabajo se tendrán por concluidos una vez que se cumpla la obligación de trasladar al trabajador al lugar o puerto establecido. En el primer supuesto -cambio de nacionalidad-, los trabajadores tendrán derecho al importe de tres meses de salario, salvo que las indemnizaciones legales sean mayores; y, en el segundo, a un auxilio de cesantía de dos meses, salvo que el artículo 29 les posibilite reclamar uno mayor. Por otra parte, el artículo 123 señala que el contrato no puede darse por concluido por ninguna de las partes, aún por justa causa, mientras la nave esté de viaje, entendiéndose que está de viaje siempre que no haya llegado al puerto o lugar donde el empleador deba restituir al trabajador. No obstante, si estando la nave en cualquier puerto, el capitán encontrare sustituto para el trabajador que desee dejar sus labores, podrá tener por concluido el contrato, siempre que se ajuste a las prescripciones legales. Se establecen como causas justas, que permiten a los trabajadores dar por concluidos sus contratos, el cambio de capitán, por otra persona que no garantice la seguridad y que no muestre aptitud y acertada dirección; y el cambio de destino de la embarcación (artículo 124). En el artículo 125 se dispone que las partes gozarán, dentro de los límites legales, de una amplia libertad para fijar lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otras cuestiones similares; debiéndose tener en cuenta la naturaleza de las labores que cada trabajador desempeñe; la menor o mayor urgencia de dichas labores en caso determinado, si la nave está o no en el puerto y otros factores análogos. Respecto de los trabajadores contratados por viaje, en el artículo 126 se señala que tendrán derecho a un aumento proporcional en la remuneración, cuando el viaje se prolongue, salvo que medie caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo se indica que no resulta procedente la disminución del salario si el viaje se acorta, cualquiera que sea la causa. El numeral 127 señala que la embarcación con todos sus accesorios -aparejos- pertrechos, fletes, responderá por el pago de los salarios y otras indemnizaciones que correspondan a los trabajadores. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 128, el abandono voluntario de la nave, mientras que ésta esté de viaje, implica para el trabajador la pérdida de los salarios no percibidos a los que tuviere derecho, así como cualesquiera otras responsabilidades, salvo el supuesto ya indicado, de que el capitán encontrare sustituto. Dichos salarios serán repartidos por partes iguales entre los restantes trabajadores, cuando no mediare recargo de labores; y, de lo contrario, en forma proporcional entre quienes asuman las labores del cesante. Según lo dispone el artículo 129, en caso de enfermedad durante el viaje, se establece que el empleador está en la obligación de brindar atención médica, tanto a bordo como en tierra, y deberá reconocerle al trabajador la mitad del salario, al tiempo que está obligado a restituirlo una vez que haya sanado, si el trabajador lo solicitare. En caso de muerte del trabajador durante el viaje, en el artículo 130 se establecen varias reglas respecto de la liquidación de los salarios que le correspondieren. Luego, se indica que si la muerte ocurrió en defensa de la nave o si el trabajador fue apresado por tal motivo, debe considerarse que estuvo presente hasta la conclusión del viaje, a los efectos de establecer los salarios a que tendría derecho. Por último, en cuanto al ejercicio de derechos colectivos, se establece que se considerará

ilícita la huelga, cuando la embarcación estuviere navegando o fondeada fuera del puerto (artículo 132)."

b) Trabajador del mar: Análisis sobre la normativa tanto nacional como internacional que regula sus condiciones laborales

[Sala Segunda]⁷

Voto de mayoría

"III.- EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DEL MAR:

La Organización Internacional de Trabajo, en atención a las condiciones laborales de la gente de mar y por la necesidad de ofrecerles una protección que tome en cuenta las circunstancias en que se desarrolla este trabajo, ha desplegado una importante actividad normativa, con el fin de regular las condiciones del trabajo marítimo. Los convenios y las recomendaciones sobre la materia pueden clasificarse en diferentes grupos. En el primero pueden incluirse los que contienen disposiciones generales respecto del trabajo marítimo y pueden incluirse los Convenios 108 (sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación); 145 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-); 147 (sobre la marina mercante -normas mínimas-), el Protocolo de 1.996 al Convenio 147 (relativo al convenio sobre la marina mercante -normas mínimas-), así como las Recomendaciones números 9 (sobre los estatutos nacionales de la gente de mar); 107 (sobre el enrolamiento de la gente de mar -buques extranjeros-); 108 (sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar); 154 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-) y 155 (sobre la marina mercante -mejoramiento de las normas-). Otros convenios hacen recomendaciones sobre "*seguridad, salud y bienestar*." En cuanto a la seguridad pueden citarse los Convenios 34 y 68, así como las Recomendaciones 78 y 142. El Convenio 164 regula lo concerniente a la salud, y el bienestar está regido por el Convenio 163 y la Recomendación 173. Finalmente, en cuanto a la "*seguridad social*" pueden citarse los Convenios 8, 55, 71 y 165, así como las Recomendaciones 10, 75 y 76. (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698). Nuestro país ha ratificado varios de esos Convenios. En efecto, el número 8, Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1.920, fue adoptado mediante Ley N° 6.729, del 31 de octubre de 1.982. El Convenio 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1.921, fue ratificado por la Ley N° 6.728, del 31 de marzo de 1.982. El Convenio 92, sobre el alojamiento de la tripulación, 1.949, fue adoptado por la Ley N° 2.561 del 11 de mayo de 1.960. El Convenio 145, convenio sobre la continuidad en el empleo (gente de mar), 1.976, fue incorporado mediante Ley N° 6.548, del 18 de marzo de 1.981; y, el 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1.976, fue adoptado por la Ley número 6.549, del 18 de marzo de 1.981. Aparte de esas regulaciones supraleales, debe indicarse que el Código de Trabajo contempla un capítulo especial, dedicado a regular *el trabajo en el mar y en las vías navegables*, dado las especiales características que definen este tipo de contrataciones. Según se desprende del numeral 120, el contrato de embarco puede pactarse por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje. En los contratos por tiempo determinado y por tiempo indefinido, las partes deberán indicar el lugar donde será restituido el trabajador y si no se indicare, se tendrá por señalado el lugar donde embarcó. En los contratos por viaje, el término se contará desde el momento del embarque y hasta que se haya

concluido la descarga de la embarcación, en el puerto que expresamente se haya indicado o, en su caso, en el puerto donde tenga su domicilio el empleador. En cuanto a los requisitos del contrato, se establece que éste ha de redactarse por triplicado, uno para cada parte y la tercera el empleador debe hacerla llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Su contenido deberá indicar el nombre y los apellidos, la edad y el lugar de nacimiento, se entiende que del trabajador; el lugar y la fecha de la celebración del contrato, el nombre del o de los barcos en los cuales se vaya a trabajar. Si fuere posible, el número de viajes que debe emprender y el cargo que va a desempeñar; el lugar y la fecha en que debe presentarse el trabajador, la modalidad del contrato y el lugar o la fecha de terminación, si es procedente. Debe dejarse constancia de la presentación del certificado médico; y, por último, ha de establecerse el importe del salario que se le vaya a cancelar. En el artículo 121 se establece la obligación del empleador de restituir al trabajador al lugar o puerto que se haya establecido, según la modalidad del contrato, antes de darlo por concluido. El empleador puede dejar de cumplir esa obligación únicamente en el supuesto de que el trabajador esté en prisión, por un delito cometido en el extranjero, u otras situaciones análogas que hagan imposible el cumplimiento."

c)Pescador: Forma de determinar el salario cuando los reportes hechos a la CCSS no coinciden con lo realmente devengado

Trabajador del mar: Forma de determinar el salario cuando los reportes hechos a la CCSS no coinciden con lo realmente devengado

[Sala Segunda]⁶

Voto de mayoría

"IV.- DEL SALARIO DEVENGADO POR EL ACCIONANTE: Tal y como se desprende del recurso planteado por el representante de los co-demandados, el aspecto fundamental que se pretende determinar es, si la remuneración percibida por el trabajador, fue o no debidamente fijada por los juzgadores de las instancias precedentes. Como se indicó, en el escrito inicial de demanda, don Jhonny, señaló que su salario se calculaba con base en el producto de la pesca; a cuyo valor le era rebajado el monto del "alisto" (gastos por combustible, alimentación, camada, hielo, etc.), de forma tal que de la suma obtenida se sustraía un veintiocho por ciento para retribuir a la tripulación, suma que a su vez se dividía en once partes, correspondiéndole doble parte al capitán. Según afirmó, por cada viaje, de aproximadamente dos meses de duración, su salario oscilaba alrededor de setecientos cincuenta mil colones, y el salario promedio lo fijó en ¢400.000,00 mensuales. La parte demandada, por su parte, negó que ese fuera el salario del demandante y señaló que la remuneración cancelada era la que se reportaba como tal a la Caja Costarricense de Seguro Social. Por otra parte, al folio 58, consta una certificación de fecha ocho de febrero del año dos mil uno, que proviene de la Sucursal de Puntarenas de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el cual se indica que su salario, en septiembre del dos mil fue de ¢73.500.00. Luego, el testigo Rodrigo Campos Madrigal, cuya declaración se valora con las consideraciones que el caso amerita, pues tiene una demanda planteada por las mismas razones que aquí se conocen, señaló que, efectivamente, por viaje, podían obtener una remuneración que oscilaba entre quinientos y setecientos mil colones (folio 101). Por su parte, el señor Carlos Luis Alvarado Hernández, en su declaración, señaló que el salario pagado era de aproximadamente ¢3.000,00 diarios, y no por viaje



(folios 67 y siguientes). La demandada aportó una certificación de Contador Público Autorizado, en la que se indica que, de acuerdo con los registros contables de la empresa, el total de salarios pagados al actor en el período fiscal 2.000 asciende a ¢164.150.00 (folio 129). Al folio 103, consta un depósito bancario, del 24 de octubre del 2.001 -ya iniciado el proceso-, por la suma de ¢20.519.00, por pago proporcional de vacaciones y aguinaldo. Estas sumas, no calzan con los salarios que han sido reportados a la Caja Costarricense de Seguro Social; pues, los reportados en el 2.000; que, en principio, deberían ser superiores a los de esos años anteriores, no coinciden tampoco con el monto pagado (ver folio 161). Además, se cuenta con un comprobante de pago, del 10 de octubre del 2.000, por un monto de ¢95.868.50, donde se indica que el salario diario es de ¢2.450,00; con base en el cual, el salario mensual sería de ¢73.500,00. Sin embargo, los montos reportados a la entidad aseguradora, según se indicó, resultan ser variables. Ante el órgano de alzada, como prueba para mejor proveer, se ordenó un dictamen pericial, que rindió el perito licenciado Álvaro Pérez Guevara, con base en el cual se estableció que la remuneración en la pesca de palangre es variada y depende muchas veces del tipo de embarcación; no obstante, por lo general, consiste en un porcentaje de las ganancias. Se indica en ese peritaje que en las embarcaciones de entre 20 y 22 metros, se acostumbra cancelar un porcentaje entre el veintidós y el veinticinco por ciento de las ganancias, sin que llegue a superarse el treinta por ciento. En embarcaciones más grandes, el porcentaje pagado es del 17% al 20%. En ambos casos, el capitán gana 3 partes, 1,5 partes el maquinista; 1,25 partes el enhielador, el winchero y el cocinero -cada uno-; y 1 parte, cada marinero. Asimismo, según el peritaje, si no se obtienen ganancias, tampoco procede el pago de salario alguno. En algunas ocasiones, según se indicó, y por esa circunstancia, se ha adoptado el sistema de pago fijo, que no es mensual, sino por los días que duró el viaje (folios 217 y siguientes). En cuanto al salario, esas son las pruebas que constan en los autos. Analizadas todas, en conjunto, y en relación con la posición que las partes han tenido durante la litis, y tomando en cuenta la confesional del demandante, la Sala arriba a la conclusión de que el procedimiento señalado por el accionante en su demanda era el utilizado para calcular su salario y no era una suma diaria. La parte accionada sostiene que la suma que se pagaba era fija y así lo declaró uno de los testigos ofrecidos; sin embargo, del dictamen pericial que consta en los autos, y de otras declaraciones, se desprende que la costumbre imperante es la de participación en las ganancias, sin que haya podido constatarse que la remuneración fuera única, como lo sostuvo la parte accionada. Los reportes enviados a la Caja Costarricense de Seguro Social no constituyen prueba fehaciente del salario efectivamente devengado y en relación con otras pruebas, como se indicó, se desprende que el manejo hecho por la parte empleadora no es claro. Luego, como en reiterados fallos se ha indicado y probado, existe una práctica viciada de reportar sumas inferiores o salarios que no corresponden efectivamente a los devengados por el trabajador, por lo que en el caso concreto dichos reportes no pueden servir para acreditar el salario del actor. (Al respecto, pueden consultarse las sentencias de esta Sala, números 358, de las 15:50 horas del 29 de junio; 770, de las 15:20 horas del 20 de diciembre, ambas del 2.001 y 539, de las 9:50 horas del 6 de noviembre del 2.002). En otras sentencias de esta Sala, también ha mediado pronunciamiento en el sentido de que los trabajadores del mar siempre perciben como salario parte de las ganancias; sólo que, en esas resoluciones, de las cuales se hace mención en el recurso y también se ha recurrido a ellas durante el transcurso de la litis, no se ha aceptado la costumbre imperante, en el sentido de que el trabajador pueda dejar de devengar salario, al menos el mínimo legal, cuando no se obtengan ganancias; pues, de esa manera, se trasladaría el riesgo de empresa al trabajador. Luego, está claro que en dichos fallos se señaló que la fijación ahí realizada se hacía para el caso específico, en relación con las probanzas evacuadas (En tal sentido, pueden consultarse las sentencias números 258, de las 9:00 horas del 14 de octubre de 1.998; y, 277, de las 9:50 horas del 7 de junio del 2.002). Por consiguiente, se estima que el procedimiento para determinar el salario del actor, fue el señalado por éste en el escrito inicial. Entonces, tal como se señaló, del monto total que representa el valor de la captura, ha de rebajarse el costo del "alisto"; de la suma



resultante se separa un 28% que es dividido en 11 partes, pues el capitán gana doble -eran diez tripulantes-. Ahora bien, para realizar la operación aritmética correspondiente, en los autos constan los reportes de captura y el detalle de promedios (folios 40-43). No obstante, el apoderado especial judicial del accionante ha objetado, en forma reiterada, la información que se desprende de dichos documentos. Al respecto, el representante del actor ha sostenido que las sumas ahí señaladas constituyen una manifestación unilateral del empresario, que las cantidades no son verificadas por el INCOPECA, a la vez que de conformidad con esos reportes, las ganancias serían en realidad muy pocas, casi ínfimas, para el tipo de actividad de que se trata; pues, con base en el valor de la embarcación, del gran riesgo que representa la actividad en sí, de la depreciación del valor de los barcos, entre otras cuestiones, resultaría más productiva la inversión monetaria en cualquier entidad bancaria. Señala que de las sumas reportadas al folio 42, a las ganancias habría que rebajarles no sólo el monto de la planilla, sino también lo correspondiente por cargas sociales, el mantenimiento de las naves, el costo operativo, entre otros posibles gastos, quedando muy poca ganancia, lo que resulta contrario a la lógica y la experiencia. Por otra parte, sostiene que el co-demandado Wang Shih dijo, en la denuncia penal, que el valor de las aletas de tiburón supuestamente sustraídas, tenían un valor de veintitrés mil colones el kilo, lo que contradice los documentos apuntados, donde el precio más alto fijado para dicho producto fue de dos mil quinientos colones (folios 36-37-38-39-40). Aunado a lo anterior, analizada la cantidad de kilos reportados en los diferentes viajes (28.221,50; 24.179,53; 20.515,33; 19.234,29; 20.182,90; 26.282,09 y 26.512,11), se estima, tal y como lo apuntó el apoderado especial judicial del accionante, que las ganancias resultan ser pocas. Por consiguiente, en el caso bajo análisis, con base en lo expuesto y de conformidad con la impugnación realizada por el recurrente, la Sala concluye que la documental señalada no le merece fe suficiente para fijar, con base en ella, la remuneración que efectivamente devengaba el trabajador. Ahora bien, tal y como se ha dispuesto en otros casos, procede tener como real el salario apuntado por el accionante en su demanda; pues, de conformidad con la actividad realizada, se estima razonable un salario de ¢400.000,00 por mes. Como lo ha indicado el apoderado especial judicial del demandante, la actividad de los trabajadores pesqueros se lleva a cabo en circunstancias especiales, para las cuales el pescador se ve obligado a dejar su familia por un período extenso; igualmente, en su labor diaria, los trabajadores del mar se ven expuestos a las condiciones climáticas que pueden resultar adversas y a otros peligros de la naturaleza, propios de la actividad. Asimismo deben laborar continuamente, sin gozar de día de descanso, hasta que lleguen al puerto de atraque, donde deben trabajar en las labores de descarga y alisto de la embarcación, período durante el cual no perciben remuneración alguna, sino que la remuneración por la labor realizada durante el período de pesca cubre también esta otra actividad. Esas razones y la modalidad de pago, con base en las ganancias, hacen concluir sobre la razonabilidad del monto indicado por la parte actora. Además, cabe indicar que en la reciente sentencia de esta Sala, número 411, de las 10:50 horas del 8 de agosto del 2.003, en un caso similar al que ahora se conoce, donde no habían elementos probatorios suficientes respecto del monto del salario, se indicó: *“Así las cosas, si la parte demandada tuvo la oportunidad de traer a los autos la información necesaria para tener por acreditados los verdaderos salarios de los demandantes y no lo hizo, debe atenerse a la presunción de veracidad que se le confiere a la demanda, en virtud del principio de redistribución de la carga probatoria, tal y como se hizo en las instancias precedentes.”* En efecto, de manera reiterada se ha señalado que en el Derecho Procesal Laboral, el empleador demandado es normalmente el responsable directo de tener que aportar los elementos probatorios respectivos; pues, al ser la parte más fuerte de la contratación, tiene mayor facilidad de pre-constituir, durante el transcurso de la relación de trabajo, la prueba tendiente a demostrar los normales hechos aducidos, en un juicio de naturaleza laboral. En este sentido Giglio, citado por Pasco, señala: *“Además de la diversidad de situación económica y de la desigualdad resultante de la subordinación del trabajador al empleador, otro substracto de hecho lleva a rechazar la adopción de esa doctrina (la doctrina civilista de la igualdad procesal absoluta):*

mientras los contratantes, en la esfera civil, tienen posibilidades iguales de producir prueba, en el campo laboral es notoria la inferioridad del trabajador... Urge corregir estos desequilibrios, confiriendo al empleador mayores cargas en la producción de la prueba.” (PASCO COSMOPOLIS, Mario. Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial AELE, segunda edición, 1.997, p. 69). Ahora bien, aunque de conformidad con lo anterior se entiende que sobre el empleador recae una mayor responsabilidad en cuanto a la aportación de la prueba, debe tenerse claro que ello no implica una liberación total del trabajador, de su carga probatoria; pues, respecto de ciertos hechos, sobre él pesa siempre y necesariamente aquel “onus probandi”. Sobre el tema que viene tratándose, resulta de mucha importancia citar lo expresado por Pasco, quién al respecto señaló: “En sentido estricto, al proceso común deben aplicársele dos principios, que están traducidos en sendos aforismos: “Quien afirma algo está obligado a demostrarlo” y “Si el demandante no prueba, el demandado será absuelto”. De acuerdo a ello, la carga probatoria es siempre del peticionante, quien está en la necesidad y en la obligación de acreditar con elementos de convicción que los hechos que alega son ciertos. **En el Derecho Procesal del Trabajo este criterio es deliberadamente quebrantado, subvertido: el trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el onus probandi recae en lo básico sobre el empleador, usualmente el demandado. La demanda goza, por decirlo así, de una presunción de veracidad, se le reputa cierta a priori, presunción juris tantum que debe ser destruida por el empleador con su prueba.** Giglio ... habla de redistribución y no de “reversión o inversión” de la carga probatoria que han sido las expresiones anteriormente más usadas... Redistribuir, en cambio, es atribuir de modo diverso, que en eso consiste propiamente este principio, cuando hace recaer el peso de la prueba de modo desigual, pero no necesariamente intercambiado entre las partes... Así mismo, **la sentencia deberá declarar fundada la demanda:** (i) respecto a los puntos que no hubieran sido expresamente contradichos ... y (ii) **respecto de los puntos en que, correspondiendo la carga de la prueba al demandado, éste no los hubiera probado.** Desde esta perspectiva, entonces, pueden extraerse las reglas siguientes: a) **La demanda se presume verdadera a priori,** lo que se traduce en un apercibimiento de tenerse por cierto su contenido si el demandado incumple con el trámite de contestación. b) La demanda impone la contestación específica respecto de cada uno de los extremos que contiene; la falta de contradicción expresa respecto de alguno de ellos implica un allanamiento tácito. c) El trabajador sólo tiene obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, sin que ello implique impedimento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los diversos hechos que afirma. d) Corresponde al empleador probar que no debe, que no ha incumplido o que ya pagó, que es, en esencia, lo nuclear del proceso pues son su incumplimiento, su débito o su mora lo que se discute como fondo de la controversia.” (PASCO, *op.cit.*, pp. 67-68. Énfasis suplidos). En concordancia con lo expuesto, el artículo 317 del Código Procesal Civil establece que “La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto de las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho./2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.” Según se desprende de la norma citada, la cual resulta de aplicación en el proceso laboral con los matices indicados, el problema del “onus probandi” -o de la carga probatoria- surge cuando los hechos no han logrado demostrarse; debiéndose entonces determinar sobre cuál de las partes ha de pesar las consecuencias de una omisión en probar determinado hecho. (GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *La prueba en el Proceso de Trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., primera edición, 1.994, p. 162). El problema se reduce a que no pudo determinarse el verdadero salario del actor, a pesar de que efectivamente se tuvo por demostrado que el monto que percibía no fue el señalado por los co-demandados en el escrito de contestación, sea el reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social. Tal circunstancia, en el caso concreto, no puede servir para denegar el derecho del actor, pues la posibilidad de aportar los verdaderos salarios devengados por el trabajador la tenían los co-demandados. El Derecho Laboral está



basado en los principios que rigen la doctrina de la justicia social y en el de la solidaridad. Por eso, la Constitución Política, en el artículo 74 del título referido a los derechos y garantías sociales establece que *“Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”*. El artículo 1° del Código de Trabajo, por su parte, señala que *“El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos y de Justicia Social”* y, el 17 indica que *“Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y leyes conexas, tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social.”* De conformidad con lo expuesto, resultaría contrario a los principios indicados, denegar las pretensiones del accionante pues se estaría más bien tutelando una incorrecta práctica procesal del empleador, quien teniendo los registros reales no los aporta y el trabajador queda en imposibilidad de cuantificar, con exactitud, el monto real de su salario, pues éste siempre se le pagaba en dinero en efectivo, sin que a él le quedara algún comprobante que le permita probar en juicio el verdadero salario que se le cancelaba. Le resultaría entonces muy fácil al empleador que cuenta con los registros respectivos, liberarse de su obligación; pues con sólo omitir presentarlos -lo que también sería contrario a la buena fe-, se vería exento de pagar lo que de conformidad con lo que la ley le corresponde. Por consiguiente, resultan de aplicación las reglas procesales explicadas anteriormente. Asimismo, lleva razón el recurrente en cuanto señala que la falta de contrato escrito debe serle imputada al empleador (artículo 120 en relación con el 25, ambos del Código de Trabajo)."

d) Despido injustificado: Capitán de barco se retira temporalmente y delega su labor

[Sala Segunda]⁹

Voto de mayoría

"III.- De las probanzas evacuadas en autos, se desprende que, al actor, quien capitaneaba el barco denominado "El Maleante" - cerca de Playa Panamá -, le avisaron por radio que su pequeña hija estaba enferma, por lo que entregó el mando de la nave al maquinista llamado W.R.R. -quien en otras ocasiones se hacía cargo de ella-, y se dirigió hacia la playa a tratar de llamar por teléfono a su casa, como efectivamente lo hizo. Para hacer esa diligencia, el actor no tardó mucho tiempo -alrededor de cuarenta minutos-, pues abordó de nuevo el barco y se reincorporó inmediatamente a pescar camarones (testimonial de H.F.R. a folios 18 y 19 y de W.R.R. a folios 26 y 27). IV. Del análisis de estas pruebas, no encuentra esta Sala que esa conducta tenga la gravedad o seriedad suficiente, como para que sea sancionada con un despido sin responsabilidad patronal. El despido disciplinario constituye la sanción máxima que puede imponerse ante la presencia de una acción u omisión del trabajador que se considera constitutiva de infracción laboral, falta que, naturalmente, ha de revestir el carácter de muy grave. En consecuencia, de aplicarse esa sanción ante una falta que no contiene ese grado de gravedad, se violentaría el principio de proporcionalidad. Este principio determina que, entre la falta y la medida disciplinaria, siempre debe darse una equitativa correspondencia entre la gravedad de la infracción y la magnitud de la sanción. Por consiguiente,

para una infracción leve, la sanción debe ser leve y, si la falta es grave, el despido -como sanción máxima- resultaría legal. Argumenta el recurrente que el Tribunal infringió los artículos 123, 124 y 128 del Código de Trabajo. El numeral 123 regula la prohibición para el trabajador de dar por concluido el contrato de embarco mientras la nave esté en viaje; el 124 establece que el cambio de capitán por otro sin experiencia o la variación del destino de la nave, serán causas justas que facultan a los trabajadores para resolver sus contratos, y, por último el artículo 128 sanciona con la reducción del salario al trabajador que, abandone voluntariamente su trabajo cuando la nave esté en viaje, salvo que el capitán encuentre un sustituto para el trabajador. Estas normas no resultan aplicables para este caso, dado que en el sub-júdice, el actor entregó el mando de la embarcación al maquinista, ante la necesidad urgente de realizar una llamada telefónica, tal acción no puso en peligro la nave, ni a su carga. Por consiguiente, al apreciar la prueba se concluye que el abandono que hizo el actor del barco pesquero, fue justificado por la noticia recibida acerca de la enfermedad de su hija, aunado a que -ante esas circunstancias-, dejó, temporalmente, la nave a cargo del maquinista, únicamente para hacer llamadas telefónicas a su hogar. En conclusión, el despido del que fue objeto el actor fue una sanción que excede la causa que lo generó y, por ende, deviene en injustificado."

e)Despido injustificado: Imposibilidad de acreditar de forma fehaciente la participación de pescador en sustracción de aletas de tiburón no justifica la indemnización por daños y perjuicios

[Sala Segunda]¹⁰

Voto de mayoría

"I.- ANTECEDENTES: El accionante planteó su demanda, esencialmente, para que en sentencia se condenara a los co-demandados, a pagarle lo correspondiente por aguinaldo, vacaciones, preaviso, cesantía, el salario del último viaje, los intereses y ambas costas. Luego, amplió su demanda y reclamó también los daños y perjuicios contemplados en el artículo 82 del Código de Trabajo. Para ello argumentó que había sido contratado por el señor Hung Chuan Wang Shih, conocido como Fabio Wang, para que trabajara como pescador en la embarcación denominada "Tarzán VIII," cargo que ya había venido desempeñando. Señaló que dicha embarcación realizaba giras de hasta sesenta días de duración, utilizando el método de captura conocido como "long line." Según lo indicó, su salario le era cancelado una vez que al monto total de la captura se le rebajaba la cantidad a la que ascendió el "alisto," suma de la cual se obtenía un veintiocho por ciento, cuyo importe era dividido entre once, pues el capitán recibía el doble y lo percibido por viaje podía oscilar entre quinientos y ochocientos mil colones. Agregó que el 1° de setiembre iniciaron un viaje que concluyó el 24 de octubre (ambas fechas del año 2.000), aproximadamente a las once de la noche. Ese día, se les impidió la salida, argumentándose la pérdida de algunos sacos con aleta de tiburón, por lo que tuvieron que esperar alrededor de tres horas. Fue citado junto con sus compañeros para trabajar al día siguiente, en la descarga, pero no los dejaron entrar y tampoco se les canceló el salario del último viaje. Según lo indicado, su salario promedio era de ¢325.000,00 mensuales. (folios 6-11, 13, 164-166). La demanda fue contestada en forma negativa y los co-demandados opusieron, a las pretensiones del demandante, las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación ad causam pasiva, en cuanto la demanda estuvo dirigida contra el señor Wang Shih, y la genérica *sine actione agit*. Se indicó que el salario del accionante era el reportado a la Caja



Costarricense de Seguro Social y que su despido había sido justificado, por cuanto los tripulantes habían sustraído las aletas de tiburón (folio 38-44). El juzgador de primera instancia consideró que la falta atribuida al accionante, para justificar su despido, no había sido fehacientemente acreditada, por lo que acogió sus pretensiones y con base en un salario de ¢325.000,00 mensuales, condenó a las sociedades Compañía Naviera del Pacífico Sur, Sociedad Anónima –que no había sido demandada- y a Transpomariscos El Velero, Sociedad Anónima, a cancelarle lo correspondiente por preaviso, cesantía, vacaciones, aguinaldo, el salario del último viaje, los intereses y ambas costas (folios 169-183). Lo resuelto fue recurrido por el apoderado especial judicial de los codemandados. En segunda instancia, el asunto fue resuelto por el Tribunal de Puntarenas, que revocó la condena a pagar preaviso y cesantía; así como el salario del último viaje –lo que se entendió como el cobro de una diferencia salarial-, los daños y perjuicios y las costas, aparte de que fijó el salario del accionante en la suma de ¢98.410,00 mensuales y modificó, entonces, los montos del aguinaldo y las vacaciones, al tiempo que resolvió sin especial condenatoria en costas (folios 169-183).

II.- LOS AGRAVIOS DEL RECORRENTE: En síntesis, el apoderado especial judicial del actor se muestra disconforme con lo fallado por el Ad-quem. En su criterio, los integrantes del Tribunal incurrieron en una indebida valoración de los elementos probatorios allegados a los autos, mediando violación de las reglas que rigen la apreciación de la prueba en materia laboral. Sostiene que el órgano de alzada tuvo por acreditada la existencia de un supuesto ilícito, con base en la declaración de dos extranjeros indocumentados, cercanos al señor Wang Shih, que fueron testigos complacientes e incondicionales y dieron noticia de un supuesto hurto de aletas de tiburón, de parte de los tripulantes de la embarcación. Señala que en la sede penal no logró determinarse dónde aparecieron las bolsas que contenían las citadas aletas. Según lo argumenta, por el mismo hecho se despidió a las tripulaciones de tres embarcaciones, con el único fin de no cancelarles sus derechos laborales. En cuanto a este mismo punto, señala que la ganancia que los tripulantes hubieran obtenido con la venta de las aletas hubiera resultado muy poca, en relación con el sacrificio que representaba sustraer dicho producto y tirarlo al estero, para luego tener que ir a recogerlo, cuando el largo viaje estaba concluyendo a altas horas de la noche, lo que en su criterio contradice las reglas de la lógica. Por otra parte, muestra disconformidad en cuanto al monto del salario establecido en la segunda instancia. Según lo indica, los informes de captura realizados ante el INCOPECA constituyen una manifestación unilateral del empleador, realizada con el único fin de obtener el subsidio por el combustible, y que no reflejan realmente la cantidad de producto pescado. Lo mismo sucede con los reportes realizados a la Caja Costarricense de Seguro Social, pues los montos reportados no corresponden al salario devengado por los trabajadores. En cuanto al mismo aspecto, señala que el salario fijado no corresponde a la actividad desarrollada por los pescadores, pues se trata de un trabajo peligroso, que representa grandes sacrificios; ante lo cual resultaría mejor optar por cualesquiera otra ocupación, con una remuneración similar. Asimismo, se sostiene que en el contrato debe estipularse el salario que le corresponde al trabajador y si no existe contrato su falta debe atribuírsela al empleador. A su juicio, el criterio aplicado en otros casos, donde se ha establecido que los pescadores devengan un salario base, más una parte de las ganancias obtenidas, no responde a la costumbre imperante; pues, la forma de pago, únicamente, es sobre un porcentaje de las ganancias obtenidas. Por último, muestra disconformidad con lo resuelto sobre costas, al estimar que no resulta procedente la condenatoria en contra de su representado y que, más bien, dicha condena debe serle impuesta a la parte accionada. Con base en esos argumentos pretende la revocatoria de lo resuelto, para que, en su lugar, se acojan las pretensiones apuntadas en el escrito inicial (folios 454-493).

III.- EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DEL MAR: La Organización Internacional de Trabajo, en atención a las condiciones laborales de la gente de



mar y por la necesidad de ofrecerles una protección que tome en cuenta las circunstancias en que se desarrolla este trabajo, ha desplegado una importante actividad normativa, con el fin de regular las condiciones del trabajo marítimo. Los convenios y las recomendaciones sobre la materia pueden clasificarse en diferentes grupos. En el primero pueden incluirse los que contienen disposiciones generales respecto del trabajo marítimo y pueden incluirse los Convenios 108 (sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación); 145 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-); 147 (sobre la marina mercante -normas mínimas-), el Protocolo de 1.996 al Convenio 147 (relativo al convenio sobre la marina mercante -normas mínimas-), así como las Recomendaciones números 9 (sobre los estatutos nacionales de la gente de mar); 107 (sobre el enrolamiento de la gente de mar -buques extranjeros-); 108 (sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar); 154 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-) y 155 (sobre la marina mercante -mejoramiento de las normas-). Otros convenios hacen referencia al “*acceso al empleo*,” regulándose lo tocante a la edad mínima (Convenio 58), las condiciones físicas (Convenios 16 y 73), calificaciones profesionales (Convenios 53, 69 y 74), las condiciones para obtener las calificaciones requeridas para acceder al trabajo marítimo (Recomendación 137), y el procedimiento para acceder a dicho trabajo (Convenio 179 y Recomendación 186). En cuanto a las “*condiciones del trabajo*” se han promulgado también varios convenios y recomendaciones, entre los que se incluyen los siguientes: el Convenio número 22 sobre el contrato de enrolamiento; en relación con horas de trabajo, descanso y vacaciones, los Convenios 146 y 180 y las Recomendaciones 187 y 153; sobre la repatriación, el Convenio 166 y la Recomendación 174. Otro grupo de convenios y recomendaciones tratan sobre “*seguridad, salud y bienestar*.” En cuanto a la seguridad pueden citarse los Convenios 34 y 68, así como las Recomendaciones 78 y 142. El Convenio 164 regula lo concerniente a la salud, y el bienestar está regido por el Convenio 163 y la Recomendación 173. En cuanto al *alojamiento* pueden citarse los Convenios 92 y 133, así como las Recomendaciones 140 y 141. También pueden incluirse dentro de este grupo el Convenio 178 y la Recomendación 185, relacionadas con la inspección del trabajo y de las condiciones de vida de la gente de mar. Finalmente, en cuanto a la “*seguridad social*” pueden citarse los Convenios 8, 55, 71 y 165, así como las Recomendaciones 10, 75 y 76. (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698). Nuestro país ha ratificado varios de esos Convenios. En efecto, el número 8, Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1.920, fue adoptado mediante Ley N° 6.729, del 31 de octubre de 1.982. El Convenio 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1.921, fue ratificado por la Ley N° 6.728, del 31 de marzo de 1.982. El Convenio 92, sobre el alojamiento de la tripulación, 1.949, fue adoptado por la Ley N° 2.561 del 11 de mayo de 1.960. El Convenio 145, convenio sobre la continuidad en el empleo (gente de mar), 1.976, fue incorporado mediante Ley N° 6.548, del 18 de marzo de 1.981; y, el 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1.976, fue adoptado por la Ley número 6.549, del 18 de marzo de 1.981. Aparte de esas regulaciones supraleales, debe indicarse que el Código de Trabajo contempla un capítulo especial, dedicado a regular *el trabajo en el mar y en las vías navegables*, dado las especiales características que definen este tipo de contrataciones. En el artículo 118 se establece que trabajadores del mar y de las vías navegables son aquellos que prestan servicios propios de la navegación -sea los necesarios para la dirección, maniobra y servicios del barco-, a bordo de una nave, subordinados al capitán y por una alimentación de buena calidad y del salario que se haya convenido. De acuerdo con el artículo 119, el capitán de la nave será considerado como el representante del empleador cuando él no lo fuere y gozará de autoridad, según los casos y las facultades que las leyes comunes le atribuyan. Según se desprende del numeral 120, el contrato de embarco puede pactarse por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje, requiriéndose un certificado médico en el que se establezca la aptitud física para el trabajo marítimo, que será válido por uno o dos años, según se tratara de menores de 21 años o de personas mayores de esa edad, respectivamente. En los contratos por tiempo



determinado y por tiempo indefinido, las partes deberán indicar el lugar donde será restituido el trabajador y si no se indicare, se tendrá por señalado el lugar donde embarcó. En los contratos por viaje, el término se contará desde el momento del embarque y hasta que se haya concluido la descarga de la embarcación, en el puerto que expresamente se haya indicado o, en su caso, en el puerto donde tenga su domicilio el empleador. En cuanto a los requisitos del contrato, se establece que éste ha de redactarse por triplicado, uno para cada parte y la tercera el empleador debe hacerla llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Su contenido deberá indicar el nombre y los apellidos, la edad y el lugar de nacimiento, se entiende que del trabajador; el lugar y la fecha de la celebración del contrato, el nombre del o de los barcos en los cuales se vaya a trabajar. Si fuere posible, el número de viajes que debe emprender y el cargo que va a desempeñar; el lugar y la fecha en que debe presentarse el trabajador, la modalidad del contrato y el lugar o la fecha de terminación, si es procedente. Debe dejarse constancia de la presentación del certificado médico; y, por último, ha de establecerse el importe del salario que se le vaya a cancelar. En el artículo 121 se establece la obligación del empleador de restituir al trabajador al lugar o puerto que se haya establecido, según la modalidad del contrato, antes de darlo por concluido. El empleador puede dejar de cumplir esa obligación únicamente en el supuesto de que el trabajador esté en prisión, por un delito cometido en el extranjero, u otras situaciones análogas que hagan imposible el cumplimiento. Se prevén los supuestos de que una nave costarricense cambie de nacionalidad o perezca por naufragio (artículo 122). En tales casos, los contratos de trabajo se tendrán por concluidos una vez que se cumpla la obligación de trasladar al trabajador al lugar o puerto establecido. En el primer supuesto –cambio de nacionalidad–, los trabajadores tendrán derecho al importe de tres meses de salario, salvo que las indemnizaciones legales sean mayores; y, en el segundo, a un auxilio de cesantía de dos meses, salvo que el artículo 29 les posibilite reclamar uno mayor. Por otra parte, el artículo 123 señala que el contrato no puede darse por concluido por ninguna de las partes, aún por justa causa, mientras la nave esté de viaje, entendiéndose que está de viaje siempre que no haya llegado al puerto o lugar donde el empleador deba restituir al trabajador. No obstante, si estando la nave en cualquier puerto, el capitán encontrare sustituto para el trabajador que desee dejar sus labores, podrá tener por concluido el contrato, siempre que se ajuste a las prescripciones legales. Se establecen como causas justas, que permiten a los trabajadores dar por concluidos sus contratos, el cambio de capitán, por otra persona que no garantice la seguridad y que no muestre aptitud y acertada dirección; y el cambio de destino de la embarcación (artículo 124). En el artículo 125 se dispone que las partes gozarán, dentro de los límites legales, de una amplia libertad para fijar lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otras cuestiones similares; debiéndose tener en cuenta la naturaleza de las labores que cada trabajador desempeñe; la menor o mayor urgencia de dichas labores en caso determinado, si la nave está o no en el puerto y otros factores análogos. Respecto de los trabajadores contratados por viaje, en el artículo 126 se señala que tendrán derecho a un aumento proporcional en la remuneración, cuando el viaje se prolongue, salvo que medie caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo se indica que no resulta procedente la disminución del salario si el viaje se acorta, cualquiera que sea la causa. El numeral 127 señala que la embarcación con todos sus accesorios –aparejos– pertrechos, fletes– responderá por el pago de los salarios y otras indemnizaciones que correspondan a los trabajadores. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 128, el abandono voluntario de la nave, mientras que ésta esté de viaje, implica para el trabajador la pérdida de los salarios no percibidos a los que tuviere derecho, así como cualesquiera otras responsabilidades, salvo el supuesto ya indicado, de que el capitán encontrare sustituto. Dichos salarios serán repartidos por partes iguales entre los restantes trabajadores, cuando no mediare recargo de labores; y, de lo contrario, en forma proporcional entre quienes asuman las labores del cesante. Según lo dispone el artículo 129, en caso de enfermedad durante el viaje, se establece que el empleador está en la obligación de brindar atención médica, tanto a bordo como en tierra, y deberá reconocerle al trabajador la mitad del salario, al tiempo que



está obligado a restituirlo una vez que haya sanado, si el trabajador lo solicitare. En caso de muerte del trabajador durante el viaje, en el artículo 130 se establecen varias reglas respecto de la liquidación de los salarios que le correspondieren. Luego, se indica que si la muerte ocurrió en defensa de la nave o si el trabajador fue apresado por tal motivo, debe considerarse que estuvo presente hasta la conclusión del viaje, a los efectos de establecer los salarios a que tendría derecho. Por último, en cuanto al ejercicio de derechos colectivos, se establece que se considerará ilícita la huelga, cuando la embarcación estuviere navegando o fondeada fuera del puerto (artículo 132).

IV.- RESPECTO DE LA FALTA GRAVE ATRIBUIDA AL ACTOR: Expuesto lo referente al marco normativo, procede analizar las razones por las cuales se dispuso el despido del accionante, a los efectos de definir si la destitución fue justificada o no. En el escrito inicial de demanda, se señaló que el día 24 de octubre del 2000, cuando regresaron de un viaje iniciado el 1° de setiembre, a eso de las once de la noche, a los tripulantes de la nave Tarzán VIII se les impidió la salida del muelle de atraque; pues el co-demandado Wang Shih argumentó que habían desaparecido unos sacos con aleta de tiburón y hasta que no se investigara no podrían retirarse. Se indicó que tal situación se extendió por más de tres horas y que aunque fueron citados para trabajar al día siguiente, en labores de descarga, no se les permitió entrar al respectivo muelle, indicándoles el vigilante que el co-demandado había dado órdenes para impedirle su ingreso. En la contestación, la parte demandada señaló que al regreso del viaje, la tripulación lanzó al estero parte de la captura, específicamente aletas de tiburón, en paquetes atados a una boya. De tal situación dio aviso el capitán de otra embarcación que venía atrás. Según se indica, esos paquetes fueron lanzados al estero con la finalidad de que otras personas, que estaban esperando, los recogieran en una panga. No obstante, al haber sido alertados los representantes patronales, ordenaron a varios trabajadores que se dirigieran al estero y los recogieran, llevándolos luego a las instalaciones de Mariscos Wang, Sociedad Anónima, que es una empresa del mismo grupo que las accionadas. Tal situación, según se indicó, aconteció en presencia de miembros de la fuerza pública. Ante tales circunstancias, según se indica, se procedió a solicitarles a los tripulantes una explicación respecto de lo sucedido, pero ninguno quiso hablar y al realizarse una investigación, el demandante no colaboró para esclarecer lo sucedido; razones por las cuales estimaron que la destitución estuvo justificada. Los hechos señalados fueron denunciados penalmente por el señor Wang Shih. Señaló que ese día 24 de octubre, el señor Wang Chin Hen lo llamó para que se presentara en el muelle, debido a la situación suscitada. Cuando llegó, fue informado por Tsai Chin Yen, quien venía en el navío, que la tripulación, sin poder precisar exactamente quién o quiénes, habían sustraído unos sacos de aleta de tiburón, de los cuales pudieron recuperar seis o siete, que estaban amarrados con cuerda de pescar y anzuelos y asidos a una boya que flotaba. Según lo indicó, cuando los sacos fueron lanzados al estero, detrás del Tarzán VIII venía un barco que también atracaría en el muelle de Mariscos Wang y de donde se pudo observar este hecho. Específicamente el señor Chen Min Fu, avisó a Tsai Chin Yen –capitán del Tarzán VIII-, el que salió de la cabina y al ver la boya detuvo y giró el barco, para ver de qué se trataba. Según lo denunciado, se ordenó sacar la boya y Marvin Cole la jaló con un gancho, pero llegó Roylan y en vez de levantarla intencionalmente la sacó, de forma tal que lo que estaba amarrado a ella se hundió en el estero. Una vez que el barco llegó al puerto, el señor Wang Shih le solicitó a su hermano Hung Cheng Wang Shih y a Lee An Tsuan y Huang Chen Yuan, que fueran en una panga, para esclarecer lo sucedido, y entonces encontraron los sacos con las aletas. Posteriormente, procedió a llamar a las autoridades de policía, que se hicieron presentes (ver folios 35-37). En el trámite de dicha denuncia, se recibieron las declaraciones de Tsai Chin Jen, quien venía en el Tarzán VIII y confirmó los hechos denunciados, salvo en lo tocante a la identidad de las personas que intervinieron para retirar la boya. Según lo indicó dos tripulantes, que no identificó, venían fuera de la cabina y cuando quiso salir a ver qué pasaba quisieron detenerlo, de forma que cuando llegó a la



parte trasera de la embarcación los sacos habían sido soltados de la boya. En este punto, su dicho difiere de lo denunciado; por cuanto, en la denuncia, se indicó que cuando ordenó sacar la boya, uno de los tripulantes deliberadamente soltó lo que tenía amarrado. Según su declaración, cuando llegó a la parte trasera del barco, los tripulantes le dijeron que no había sucedido cosa alguna. Declaró que el capitán se llamaba Carlos y que cuando salió de la cabina él era uno de los que estaba afuera, a los lados de ésta. Luego, señaló que él y quien venía en la embarcación de atrás – Chen Ming Fu-, fueron quienes navegaron más tarde en el estero, en una panga, para buscar los sacos, señalando que fueron cinco los recuperados. En lo que interesa, señalo que *“Respecto de las personas que se encontraban en el barco, hay una parte que sí pude verlos, otro número estaban atrás, no sé si abajo había alguien pero atrás no vi la totalidad.”* (folios 203-209). También declaró Ming-Fu Chen, quien señaló que pudo observar que en la parte de atrás del Tarzán VIII venían varios tripulantes que tiraron unas bolsas junto con la boya, por lo que procedió a avisar al dueño y a la compañía. Según lo indicó, el capitán del Tarzán VIII devolvió la nave, se acercaron a la boya, la sacaron con un gancho y las bolsas se cayeron. Una vez que llegaron al puerto, salió junto con otras tres personas en una panga y transcurridos entre cuarenta minutos y una hora, lograron sacar las bolsas, que eran cinco o seis. Luego, aclaró que él se comunicó tanto a la casa del dueño como a la embarcación y que en la panga salieron él, el hermano menor del co-demandado, Li An Chung y Tsai Chi Yen (folios 221-224). El procedimiento en la sede penal concluyó con una resolución de sobreseimiento definitivo; por cuanto se consideró que no podía individualizarse la participación de cada uno de los imputados. En lo que interesa, en dicha resolución se indicó: *“... ésta representación considera que a pesar de haber algunos elementos de prueba que podrían eventualmente incriminar a los acusados, lo cierto es que no se logró individualizar cuál fue la participación de cada uno de los imputados... Es cierto que hay tres testigos cuando recogen dichos sacos, pero a ninguno le consta quien los lanzó al estero ya que a pesar de que fue con ellos el Capitán de la Embarcación de Bandera Internacional Huang Chen éste no logró ver a ciencia cierta a la persona que lanzaba los sacos y los otros dos son testigos del hallazgo pero no de quién los lanzó... De las fotos que rolan (sic) dentro del expediente se tiene la imagen de los sacos aparentemente sacados del estero y que son los mismos que eventualmente serían los que tiraron al estero, pero en fondo del asunto (sic) cómo tener plenamente la certeza de quienes participaron en esta conducta ilícita, cómo poder atribuirle la participación a cada uno si los elementos de prueba que se han traído hasta este momento no logran individualizar quien o quienes en común acuerdo realizaron dicha conducta y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba que hagan variar la situación indicada...”* (folios 210-218). Por otra parte, en este proceso se evacuaron las declaraciones de Harry Hugo Arnett Milanés (folios 62-63), Carlos Alvarado Hernández (folios 63 bis-64) y de Adelino Núñez Parra. El primero y el último, para la época de los hechos, laboraban para la fuerza pública y declararon que tuvieron aviso de la sustracción, por lo que se hicieron presentes en el lugar de los hechos, donde pudieron observar, únicamente, los sacos que supuestamente habían sido lanzados al estero y constatar que la tripulación había sido retenida. Por su parte, el testigo Alvarado Hernández declaró que un día en la mañana recibió una llamada de una señora, quien le dijo que la noche anterior, de unas embarcaciones pertenecientes a las empresas, se habían lanzado sacos con aleta. Esta noticia se la comunicó al co-demandado, el que le pidió que lo acompañara al barrio El Carmen, para realizar averiguaciones. Al llegar, según lo indicó, pudieron observar a unas personas en una panga, en actitud sospechosa; por cuanto, apenas llegaron al lugar se desapareció entre los barcos que ahí estaban. Al preguntar sobre los hechos en el recibidor de pescado Frumar, le dijeron que ahí todo el mundo sabía de eso. Ante esa situación, indica que el señor Wang Shih le dijo que iba a realizar un operativo en el Tarzán VIII, pudiéndose descubrir que tiraron sacos con aleta al estero, que fueron recogidos, por el hermano del co-demandado, en una panga. Analizadas esas pruebas, la Sala considera que, en el caso concreto, los elementos probatorios traídos a los autos no resultan suficientes para tener por



debidamente acreditado que el demandante incurrió en la grave falta atribuida para justificar su despido. De las pruebas se desprende que medió alguna sustracción del producto pescado, pues no puede concluirse lo contrario, como lo pretende el recurrente. Tal hecho tiene sustento en la declaración del señor Ming-Fu Chen, quien declaró haber visto como de la embarcación Tarzán VIII se lanzaban bultos al mar. Si bien, se trata de una persona allegada al co-demandado, ese solo hecho no implica, necesariamente, que haya faltado a la verdad, como lo acusa el representante del actor y ya se ha indicado, en otras resoluciones, que al juzgador le corresponde realizar la valoración pertinente, en relación con los demás elementos probatorios que constan en los autos, de conformidad con las reglas que rigen la valoración de las pruebas. Sin embargo, la Sala no comparte el razonamiento de los integrantes del órgano de alzada, en el sentido de que por las dimensiones de la embarcación, ha de presumirse que todos los tripulantes tenían conocimiento de lo que estaba aconteciendo. Véase que de la declaración del señor Tsai Chin Yen, evacuada en el procedimiento penal, no puede extraerse que toda la tripulación estuviera pendiente de lo que estaba sucediendo y de que todos fueran cómplices, como lo estimó el Tribunal. En ese sentido, dicho señor señaló: *“Respecto de las personas que se encontraban en el barco, hay una parte que sí pude verlos, otro número estaban atrás, no sé si abajo había alguien pero atrás sí no vi la totalidad.”* (folio 208). De lo anterior se desprende que en la parte trasera del barco, donde se produjo la sustracción, no estaban todos los tripulantes; quienes, en principio, sí debieron tener conocimiento de lo que estaba sucediendo. Luego se argumentó, en el fallo de segunda instancia, que como estaban en labores de atraque, todos los tripulantes debieron haber estado en cubierta, pendiente de sus funciones se entiende; sin embargo está claro que aquellos que sustrajeron el pescado no lo estaban y el mismo testigo dio a entender que algunos pudieron estar en otro lugar, inclusive dentro de la nave, en la parte de abajo. El testigo bien pudo señalar cuáles eran los tripulantes que estaban en la parte trasera, indicando sus nombres o identificándolos, pero no lo hizo y está claro que no todos los tripulantes tuvieron participación. Consecuentemente, se considera que al caso concreto, por esa razón, resulta de aplicación el principio protector, en su modalidad de *in dubio pro operario*. Ya se ha indicado, en muchas otras resoluciones, que el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de esos principios clásicos lo constituye el denominado principio protector, contentivo de tres reglas específicas: la del *in dubio pro operario* citada, la regla de la norma más favorable y la de la condición más beneficiosa. El significado que se le ha dado a esta específica regla implica que *“en caso de que una norma se pueda entender de varias maneras, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador.”* (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición, 1.998, pp. 84-85). No obstante, su aplicación ha sido extendida a la valoración de las pruebas, indicándose que *“cabe aplicar la regla dentro de este ámbito en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba. No para suplir omisiones; pero sí para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso”* (*Ibid.*, p. 92). (En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias números 159, de las 9:30 horas del 2 de abril; 241, de las 9:40 horas del 28 de mayo; 292, de las 14:00 horas del 19 de junio; y, 326, de las 9:40 horas del 4 de julio, todas del 2.003). En el caso bajo análisis, como se indicó, no puede concluirse que el accionante haya participado en la sustracción de las aletas de tiburón y tampoco que él haya encubierto a sus compañeros, pues ni siquiera pudo determinarse su ubicación dentro del barco, al momento de los hechos y sin que pueda concluirse que necesariamente estaba en cubierta; por cuanto, de la declaración citada, se desprende que inclusive, podrían haber personas en la parte interna de la embarcación, quizá el actor.

V.- DEL SALARIO DEVENGADO POR EL ACCIONANTE: Como se indicó, en el escrito inicial de demanda, don Eduardo Martínez López señaló que su salario se calculaba con base en el producto



de la pesca; a cuyo valor le era rebajado el monto del “alisto” (gastos por combustible, alimentación, carnada, hielo, etc.), de forma tal que de la suma obtenida se sustraía un veintiocho por ciento para retribuir a la tripulación, suma que a su vez se dividía en once partes, correspondiéndole doble parte al capitán. Según afirmó, por cada viaje, de aproximadamente dos meses de duración, su salario oscilaba entre los quinientos y ochocientos mil colones y el salario promedio lo fijó en ¢325.000,00 mensuales. La parte demandada, por su parte, negó que ese fuera el salario del demandante y señaló que la remuneración cancelada era la que se reportaba como tal a la Caja Costarricense de Seguro Social. En lo que al salario interesa, al folio 4 del expediente, consta un documento, aportado por el actor, que proviene de la información remitida a la entidad señalada, en el cual se indica que su salario mensual, en agosto del 2000, era de ¢69.720,00 por mes. Al folio 46, también consta la información que se envía a la Caja, y de la documentación se desprende los salarios que del actor se reportaron, de abril a octubre del 2000, por las sumas de ¢69.720,00 los tres primeros meses; de ¢24.500,00, en julio y agosto; y, de ¢73.500,00 en setiembre y octubre. Luego, el señor Carlos Alvarado Hernández, en su declaración, señaló que el salario pagado era de aproximadamente ¢3.000,00 diarios, y no por viaje; agregando que la remuneración que se reportaba mes a mes es aproximada y no dependía de lo capturado (folios 63 bis-64). De otras pruebas evacuadas en procesos similares al que se conoce, concretamente la confesión del co-demandado y declaraciones testimoniales, aportadas al expediente, sin que hayan sido objetadas por la parte demandada, se tiene que el co-demandado Wang Shih, sostuvo que el salario pagado es el mismo que se reporta a la Caja Costarricense de Seguro Social (folios 87-89). También, en ese otro expediente (número 00-000763-418-LA-02, de José Manuel Aguilar Madrigal contra Fabio Wang y otros), se contó con declaraciones testimoniales. Así, el señor Joksan Luis Alvarado Hernández señaló que por viaje se ganaba entre quinientos y setecientos mil colones (folios 90-93). Santos Sánchez Martínez, por su parte, también declaró que por viaje devengaba entre seiscientos y setecientos mil colones (folios 94-96). Luego, en la confesional del co-demandado, evacuada en este proceso, negó que el salario pagado fuera mayor al que se reportaba a la Caja Costarricense de Seguro Social y admitió que la forma de pago del salario se hacía en dinero en efectivo y no por algún otro sistema como depósito bancario o cheque (folios 119-120, en relación con folios 121-122). Por otra parte, la demandada aportó una certificación de Contador Público Autorizado, en la que se indica que, de acuerdo con los registros contables de la empresa, el total de salarios pagados al actor en el período fiscal 2000 asciende a ¢680.620,00. Al folio 151, consta un recibo de aguinaldo y vacaciones del período comprendido entre el 1° de diciembre de 1998 y hasta el 30 de noviembre de 1999; por un total de ¢212.683,33. Esta suma, no calza con los salarios que han sido reportados a la Caja Costarricense de Seguro Social; pues, los reportados en el 2.000; que, en principio, deberían ser superiores a los de esos años anteriores, no coinciden tampoco con el monto pagado. Además, se cuenta con un comprobante de pago, del 1° de setiembre al 23 de octubre del 2000, por un monto de ¢ 121.621,00, donde se indica que el salario diario es de ¢2.475,00; con base en el cual, el salario mensual, sería de ¢74.250,00, que tampoco coincidiría con el monto reportado a la entidad aseguradora. Ante el órgano de alzada, como prueba para mejor proveer, se ordenó un dictamen pericial, que rindió el perito licenciado Álvaro Pérez Guevara, con base en el cual se estableció que la remuneración en la pesca de palangre es variada y depende muchas veces del tipo de embarcación; no obstante, por lo general, consiste en un porcentaje de las ganancias. Se indica en ese peritaje que en las embarcaciones de entre 20 y 22 metros, se acostumbra cancelar un porcentaje entre el veintidós y el veinticinco por ciento de las ganancias, sin que llegue a superarse el treinta por ciento. En embarcaciones más grandes, el porcentaje pagado es del 17% al 20%. En ambos casos, el capitán gana 3 partes, 1,5 partes el maquinista; 1,25 partes el enhielador, el winchero y el cocinero –cada uno-; y 1 parte, cada marinero. Asimismo, según el peritaje, si no se obtienen ganancias, tampoco procede el pago de salario alguno. En algunas ocasiones, según se indicó, y por esa circunstancia, se ha adoptado el sistema de pago fijo, que no es mensual, sino por los días que duró el viaje (folios 263-271, 284-



286). A folios del 342 al 349 constan los reportes de planillas, que en su mayoría coinciden con los montos que se desprenden del estudio de cuenta individual de la Caja Costarricense de Seguro Social; sin embargo, el último señalado, correspondientes a los meses de julio y agosto del 2.000, establece un salario de ¢120.050,00 que correspondería a ¢60.025,00 en cada mes; sin embargo, del estudio de la cuenta individual del actor se desprende un salario reportado de ¢24.500,00 en esos meses; todo lo cual, lleva a la conclusión de que las sumas realmente pagadas y las reportadas no son coincidentes y que el manejo que de los salarios hace la parte empleadora no es claro. En cuanto al salario, esas son las únicas pruebas que constan en los autos. Analizadas todas, en conjunto, y en relación con la posición que las partes han tenido durante la litis, la Sala arriba a la conclusión de que el procedimiento señalado por el accionante en su demanda era el utilizado para calcular su salario y no era una suma diaria. La parte accionada sostiene que la suma que se pagaba era fija y así lo declaró uno de los testigos ofrecidos y lo sostuvo el co-demandado al rendir confesión; sin embargo, del dictamen pericial que consta en los autos, y de otras declaraciones, se desprende que la costumbre imperante es la de participación en las ganancias, sin que haya podido constatarse que la remuneración fuera única, como lo sostuvo la parte accionada. Los reportes enviados a la Caja Costarricense de Seguro Social no constituyen prueba fehaciente del salario efectivamente devengado y en relación con otras pruebas, como se indicó, se desprende que el manejo hecho por la parte empleadora no es claro. Luego, como en reiterados fallos se ha indicado y probado, existe una práctica viciada de reportar sumas inferiores o salarios que no corresponden efectivamente a los devengados por el trabajador, por lo que en el caso concreto dichos reportes no pueden servir para acreditar el salario del actor. (Al respecto, pueden consultarse las sentencias de esta Sala, números 358, de las 15:50 horas del 29 de junio; 770, de las 15:20 horas del 20 de diciembre, ambas del 2.001 y 539, de las 9:50 horas del 6 de noviembre del 2.002). En otras sentencias de esta Sala, también ha mediado pronunciamiento en el sentido de que los trabajadores del mar siempre perciben como salario parte de las ganancias; sólo que, en esas resoluciones, de las cuales se hace mención en el recurso y también se ha recurrido a ellas durante el transcurso de la litis, no se ha aceptado la costumbre imperante, en el sentido de que el trabajador pueda dejar de devengar salario, al menos el mínimo legal, cuando no se obtengan ganancias; pues, de esa manera, se trasladaría el riesgo de empresa al trabajador. Luego, está claro que en dichos fallos se señaló que la fijación ahí realizada se hacía para el caso específico, en relación con la probanzas evacuadas (En tal sentido, pueden consultarse las sentencias números 258, de las 9:00 horas del 14 de octubre de 1.998; y, 277, de las 9:50 horas del 7 de junio del 2.002). Por consiguiente, se estima que el procedimiento para determinar el salario del actor, fue el señalado por éste en el escrito inicial. Entonces, tal como se señaló, del monto total que representa el valor de la captura, ha de rebajarse el costo del "alisto"; de la suma resultante se separa un 28% que es dividido en 11 partes, pues el capitán gana doble –eran diez tripulantes-. Ahora bien, para realizar la operación aritmética correspondiente, en los autos constan los reportes de captura y el detalle de promedios (folios 29-34). No obstante, el apoderado especial judicial del accionante ha objetado, en forma reiterada, la información que se desprende de dichos documentos. Al respecto, el representante del actor ha sostenido que las sumas ahí señaladas constituyen una manifestación unilateral del empresario, que las cantidades no son verificadas por el INCOPECA, a la vez que de conformidad con esos reportes, las ganancias serían en realidad muy pocas, casi ínfimas, para el tipo de actividad de que se trata; pues, con base en el valor de la embarcación, del gran riesgo que representa la actividad en sí, de la depreciación del valor de los barcos, entre otras cuestiones, resultaría más productiva la inversión monetaria en cualquier entidad bancaria. Señala que de las sumas reportadas al folio 29, a las ganancias habría que rebajarles no sólo el monto de la planilla, sino también lo correspondiente por cargas sociales, el mantenimiento de las naves, el costo operativo, entre otros posibles gastos, quedando muy poca ganancia, lo que resulta contrario a la lógica y la experiencia. Por otra parte, sostiene que el co-demandado Wang Shih dijo, en el proceso penal, que el valor de las aletas de tiburón



supuestamente sustraídas, tenían un valor de aproximadamente cinco millones de colones, lo que contradice los documentos apuntados. A la luz de tales argumentaciones, se confirma que el demandado, en la denuncia penal, efectivamente valoró el monto de lo sustraído –seis o siete sacos con aleta de tiburón–, en la suma de cinco millones de colones (folios 35-37). Luego, de la propia documental aportada por la parte accionada, se desprende que el valor de la aleta resulta ser diferente al señalado en los citados reportes de captura. Así, en el documento visible al folio 27, se indicó: *“El producto aquí recuperado pesó un total de 210 kilogramos lo cual representa para la empresa aquí demandada una pérdida millonaria de más de 4 millones de colones, sin tomar en cuenta el producto que no se pudo recuperar.”* De tal manifestación se extrae que el kilo de dicho producto ascendería a ¢19.047,61; sin embargo, en los reportes de captura hechos al INCOPECA, el precio más alto fijado a dicho producto resultó ser de ¢2.500,00. Aunado a lo anterior, analizada la cantidad de kilos reportados en los diferentes viajes (22.484,21; 18.104,95; 20.315,35; 22.928,50 y 30.622,46), se estima, tal y como lo apuntó el apoderado especial judicial del accionante, que las ganancias resultan ser pocas. Por consiguiente, en el caso bajo análisis, con base en lo expuesto y de conformidad con la impugnación realizada por el recurrente (véase, entre otros, el escrito de folios 50 al 55), la Sala concluye que la documental señalada no le merece fe suficiente para fijar, con base en ella, la remuneración que efectivamente devengaba el trabajador. Ahora bien, tal y como se ha dispuesto en otros casos, procede tener como real el salario apuntado por el accionante en su demanda; pues, de conformidad con la actividad realizada, se estima razonable un salario de ¢325.000,00 por mes. Como lo ha indicado el apoderado especial judicial del demandante, la actividad de los trabajadores pesqueros se lleva a cabo en circunstancias especiales, por la cuales el pescador se ve obligado a dejar su familia por un período extenso; igualmente, en su labor diaria, los trabajadores del mar se ven expuestos a las condiciones climáticas que pueden resultar adversas y a otros peligros de la naturaleza, propios de la actividad. Asimismo deben laborar continuamente, sin gozar de día de descanso, hasta que lleguen al puerto de atraque, donde deben trabajar en las labores de descarga y alisto de la embarcación. Esas razones y la modalidad de pago, con base en las ganancias, hacen concluir sobre la razonabilidad del monto indicado por la parte actora. Además, cabe indicar que en la reciente sentencia de esta Sala, número 411, de las 10:50 horas del 8 de agosto del 2.003, en un caso similar al que ahora se conoce, donde no habían elementos probatorios suficientes respecto del monto del salario, se indicó: *“Así las cosas, si la parte demandada tuvo la oportunidad de traer a los autos la información necesaria para tener por acreditados los verdaderos salarios de los demandantes y no lo hizo, debe atenerse a la presunción de veracidad que se le confiere a la demanda, en virtud del principio de redistribución de la carga probatoria, tal y como se hizo en las instancias precedentes.”* En efecto, de manera reiterada se ha señalado que en el Derecho Procesal Laboral, el empleador demandado es normalmente el responsable directo de tener que aportar los elementos probatorios respectivos; pues, al ser la parte más fuerte de la contratación, tiene mayor facilidad de pre-constituir, durante el transcurso de la relación de trabajo, la prueba tendiente a demostrar los normales hechos aducidos, en un juicio de naturaleza laboral. En este sentido Giglio, citado por Pasco, señala: *“Además de la diversidad de situación económica y de la desigualdad resultante de la subordinación del trabajador al empleador, otro substracto de hecho lleva a rechazar la adopción de esa doctrina (la doctrina civilista de la igualdad procesal absoluta): mientras los contratantes, en la esfera civil, tienen posibilidades iguales de producir prueba, en el campo laboral es notoria la inferioridad del trabajador... Urge corregir estos desequilibrios, confiando al empleador mayores cargas en la producción de la prueba.”* (PASCO COSMOPOLIS, Mario. Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial AELE, segunda edición, 1.997, p. 69). Ahora bien, aunque de conformidad con lo anterior se entiende que sobre el empleador recae una mayor responsabilidad en cuanto a la aportación de la prueba, debe tenerse claro que ello no implica una liberación total del trabajador, de su carga probatoria; pues, respecto de ciertos hechos, sobre él pesa siempre y necesariamente aquel “onus probandi”. Sobre el tema que viene



tratándose, resulta de mucha importancia citar lo expresado por Pasco, quién al respecto señaló: *“En sentido estricto, al proceso común deben aplicársele dos principios, que están traducidos en sendos aforismos: “Quien afirma algo está obligado a demostrarlo” y “Si el demandante no prueba, el demandado será absuelto”. De acuerdo a ello, la carga probatoria es siempre del peticionante, quien está en la necesidad y en la obligación de acreditar con elementos de convicción que los hechos que alega son ciertos. **En el Derecho Procesal del Trabajo este criterio es deliberadamente quebrantado, subvertido: el trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el onus probandi recae en lo básico sobre el empleador, usualmente el demandado. La demanda goza, por decirlo así, de una presunción de veracidad, se le reputa cierta a priori, presunción juris tantum que debe ser destruida por el empleador con su prueba.** Giglio ... habla de redistribución y no de “reversión o inversión” de la carga probatoria que han sido las expresiones anteriormente más usadas... Redistribuir, en cambio, es atribuir de modo diverso, que en eso consiste propiamente este principio, cuando hace recaer el peso de la prueba de modo desigual, pero no necesariamente intercambiado entre las partes... Así mismo, **la sentencia deberá declarar fundada la demanda:** (i) respecto a los puntos que no hubieran sido expresamente contradichos ... y (ii) **respecto de los puntos en que, correspondiendo la carga de la prueba al demandado, éste no los hubiera probado.** Desde esta perspectiva, entonces, pueden extraerse las reglas siguientes: a) **La demanda se presume verdadera a priori**, lo que se traduce en un apercibimiento de tenerse por cierto su contenido si el demandado incumple con el trámite de contestación. b) La demanda impone la contestación específica respecto de cada uno de los extremos que contiene; la falta de contradicción expresa respecto de alguno de ellos implica un allanamiento tácito. c) El trabajador sólo tiene obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, sin que ello implique impedimento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los diversos hechos que afirma. d) Corresponde al empleador probar que no debe, que no ha incumplido o que ya pagó, que es, en esencia, lo nuclear del proceso pues son su incumplimiento, su débito o su mora lo que se discute como fondo de la controversia.” (PASCO, *op.cit.*, pp. 67-68. Énfasis suplidos). En concordancia con lo expuesto, el artículo 317 del Código Procesal Civil establece que “La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto de las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. / 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.”. Según se desprende de la norma citada, la cual resulta de aplicación en el proceso laboral con los matices indicados, el problema del “onus probandi” -o de la carga probatoria- surge cuando los hechos no han logrado demostrarse; debiéndose entonces determinar sobre cuál de las partes ha de pesar las consecuencias de una omisión en probar determinado hecho. (GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *La prueba en el Proceso de Trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., primera edición, 1.994, p. 162). El problema se reduce a que no pudo determinarse el verdadero salario del actor, a pesar de que efectivamente se tuvo por demostrado que el monto que percibía no fue el señalado por los co-demandados en el escrito de contestación, sea el reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social. Tal circunstancia, en el caso concreto, no puede servir para denegar el derecho del actor, pues la posibilidad de aportar los verdaderos salarios devengados por el trabajador la tenían los co-demandados. El Derecho Laboral está basado en los principios que rigen la doctrina de la justicia social y en el de la solidaridad. Por eso, la Constitución Política, en el último artículo del título referido a los derechos y garantías sociales establece que “Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”. El artículo 1° del Código de Trabajo, por su parte, señala que “El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de*



acuerdo con los principios cristianos y de Justicia Social.” De conformidad con lo expuesto, resultaría contrario a los principios indicados, denegar las pretensiones del accionante pues se estaría más bien tutelando una incorrecta práctica procesal del empleador, quien teniendo los registros reales no los aporta y el trabajador queda en imposibilidad de cuantificar, con exactitud, el monto real de su salario, pues éste siempre se le cancelaba en dinero en efectivo, sin que a él le quedara algún comprobante que le permita probar en juicio el verdadero salario que se le cancelaba. Le resultaría entonces muy fácil al empleador que cuenta con los registros respectivos, liberarse de su obligación; pues con sólo omitir presentarlos –lo que también sería contrario a la buena fe-, se vería exento de pagar lo que de conformidad con lo que la ley le corresponde. Por consiguiente, resultan de aplicación las reglas procesales explicadas anteriormente. Asimismo, lleva razón el recurrente en cuanto señala que la falta de contrato escrito debe serle imputada al empleador (artículo 120 en relación con el 25, ambos del Código de Trabajo).

VI.- FIJACIÓN DE LOS DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN AL ACCIONANTE: De conformidad con lo expuesto, se arriba a la conclusión de que el actor tiene derecho a que se cancele lo correspondiente por el preaviso y el auxilio de cesantía. La parte demandada, a pesar de la documental visible al folio 150, admitió en el escrito de contestación que la relación del actor inició el 2 de setiembre de 1997 y concluyó el 30 de octubre del 2000. Así lo tuvo por demostrado el A-quo, sin que tal aspecto haya sido objeto de impugnación por la parte accionada. Por consiguiente, los citados derechos deben fijarse con base en una antigüedad de tres años, 1 mes y 28 días. De acuerdo con el artículo 28 del Código de Trabajo, le corresponden ¢325.000,00 por preaviso. Según el numeral 29 siguiente, de conformidad con la redacción que éste tenía, antes de que entrara en vigencia la Ley de Protección al Trabajador, N° 7.983, publicada al Alcance N° 11, a La Gaceta N° 35, del 18 de febrero del 2.000 (pues de conformidad con el Transitorio IX de dicha ley, la reforma al citado numeral no regiría sino hasta que entrara en vigencia el sistema, lo que no sucedió sino hasta marzo del 2001 y el despido se produjo en el año 2000), le corresponde un mes de salario por cada año trabajado; sea, un total de ¢975.000,00, por auxilio de cesantía. De la documental visible al folio 100, se tiene que la parte accionada canceló un monto de ¢85.078,00 por aguinaldo y vacaciones del último período. Los cálculos respectivos se harán con base en el salario señalado, pues no existe prueba, por las razones indicadas, de la remuneración percibida por el actor en cada momento, según la base de cálculo con que ha de establecerse dichos derechos. Así, por aguinaldo proporcional, que fue lo concedido en las instancias precedentes, sin que se haya reclamado contra lo resuelto, le corresponden once doceavos (de diciembre de 1999 a octubre del 2000), sea la suma de ¢297.916,66. Por vacaciones del último período, dos semanas de salario, según lo que se establece en el artículo 153 del Código de Trabajo, lo que asciende a ¢150.000,00 ($\text{¢}325.000,00 \times 12 / 52 \times 2$ semanas), En total, por vacaciones y aguinaldo se le adeudan ¢447.916,66, mas consta un pago por ¢85.078,00 (folio 100), por lo que el saldo es de ¢362.838,66, suma que no supera lo concedido por el A-quo por ambos derechos. Por otra parte, el demandado reclamó el salario correspondiente al último viaje realizado, que como se ha señalado se extendió del 1° de setiembre al 24 de octubre del 2.000 y valoró su salario, respecto de dicho viaje, en ¢750.000,00. La parte demandada, no demostró haberle pagado al actor el salario correspondiente a este último viaje; sin embargo, se estima que no resulta procedente conceder ese rubro en el monto señalado por el actor; por cuanto, dicho viaje, no alcanzó los dos meses, sino solamente un mes y tres semanas. Con base en la remuneración que se ha aceptado, le correspondería, entonces, la suma de ¢550.173,20, pero consta un pago parcial de ¢121.621,50 (folio 152), por lo que realmente se le adeudan ¢428.551,70. En relación con los daños y perjuicios reclamados, considera la Sala que tal derecho no resulta procedente en el caso concreto; por cuanto, como quedó expuesto en las consideraciones anteriores, el despido del actor derivó de la existencia de una sustracción de parte del producto de la pesca, específicamente aletas de tiburón, en el último viaje que éste hizo a bordo de la embarcación Tarzán VIII. Con base en lo concluido,

dicho hecho existió, sólo que no pudo acreditarse fehacientemente y fuera de toda duda la participación del actor en ese hecho; no obstante, no se trató de la mera invención, de parte de los co- demandados, de una falta grave, para despedirlo sin responsabilidad patronal (Así se ha resuelto en otros casos, entre ellos en las sentencias números 645, de las 9:50 horas del 31 de octubre; 773, de las 15:50 horas del 20 de diciembre, ambas del 2001; 6, de las 9:40 horas del 18 de enero; 64, de las 10:40 horas del 20 de febrero; 238, de las 10:10 horas del 22 de mayo; y, 276, de las 9:40 horas del 7 de junio, estas últimas del 2.002). El total de la condena asciende entonces a **¢2.091.390,30."**

f) Trabajador del mar: Marco normativo internacional que regula las condiciones del trabajo marítimo

Despido injustificado al no acreditarse su participación en la sustracción de sacos con aletas de tiburón

Forma de determinar el salario para el cálculo de las prestaciones cuando los reportes a la CCSS no concuerdan con lo realmente devengado

[Sala Segunda]¹¹

Voto de mayoría

"I.- **ANTECEDENTES:** El accionante planteó su demanda, esencialmente, para que en sentencia se condenara a los co-demandados, a pagarle lo correspondiente por aguinaldo, vacaciones, preaviso, cesantía, el salario del último viaje, los intereses y ambas costas. Luego, amplió su demanda y reclamó también los daños y perjuicios contemplados en el artículo 82 del Código de Trabajo. Para ello argumentó que había sido contratado por el señor Hung Chuan Wang Shih, conocido como Fabio Wang, para que trabajara como pescador en la embarcación denominada "Tarázán VIII," cargo que ya había venido desempeñando. Señaló que dicha embarcación realizaba giras de hasta sesenta días de duración, utilizando el método de captura conocido como "long line." Según lo indicó, su salario le era cancelado una vez que al monto total de la captura se le rebajaba la cantidad a la que ascendió el "alisto," suma de la cual se obtenía un veintiocho por ciento, cuyo importe era dividido entre once, pues el capitán recibía el doble y lo percibido por viaje podía oscilar entre quinientos y ochocientos mil colones. Agregó que el 1° de setiembre iniciaron un viaje que concluyó el 24 de octubre (ambas fechas del año 2000), aproximadamente a las once de la noche. Ese día, se les impidió la salida, argumentándose la pérdida de algunos sacos con aleta de tiburón, por lo que tuvieron que esperar alrededor de tres horas. Fue citado junto con sus compañeros para trabajar al día siguiente, en la descarga, pero no los dejaron entrar y tampoco se les canceló el salario del último viaje. Según lo indicado, su salario promedio era de ¢325.000,00 mensuales. (folios 3-8, 10 y 17). La demanda fue contestada en forma negativa y los co-demandados opusieron, a las pretensiones del demandante, las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación ad causam pasiva, en cuanto la demanda estuvo dirigida contra el señor Wang Shih, y la genérica *sine actione agit*. Se indicó que el salario del accionante era el reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social y que su despido había sido justificado, por cuanto los tripulantes habían sustraído las aletas de tiburón (folios 36 -40). El juzgador de primera instancia consideró que la falta atribuida al accionante, para justificar su despido, no había sido fehacientemente acreditada, por lo que acogió sus pretensiones y con base en un salario de ¢325.000,00



mensuales, condenó a las sociedades Compañía Naviera del Pacífico Sur, Sociedad Anónima –que no había sido demandada- y a Transpormariscos El Velero, Sociedad Anónima, a cancelarle lo correspondiente por preaviso, cesantía, vacaciones, aguinaldo, el salario del último viaje, **daños y perjuicios**, los intereses y ambas costas (folios 148-160). Lo resuelto fue recurrido por el apoderado de las codemandadas (folios 161-164 y 170-191). En segunda instancia, el asunto fue resuelto por el Tribunal de Puntarenas, órgano que, al considerar justificado el despido, revocó la condena a pagar preaviso y cesantía, **mas no se pronunció sobre daños y perjuicios**. Revocó, asimismo lo dispuesto en cuanto al salario del último viaje –lo que se entendió como el cobro de una diferencia salarial-, y las costas, aparte de que fijó el salario del accionante en la suma de ¢107.087,43 mensuales y modificó, entonces, los montos del aguinaldo y las vacaciones, al tiempo que resolvió sin especial condenatoria en costas (folios 319-378).

II.- LOS AGRAVIOS DEL RECORRENTE: En síntesis, el apoderado especial judicial del actor se muestra disconforme con lo fallado por el Ad-quem. En su criterio, los integrantes del Tribunal incurrieron en una indebida valoración de los elementos probatorios allegados a los autos, mediando violación de las reglas que rigen la apreciación de la prueba en materia laboral. Sostiene que el órgano de alzada tuvo por acreditada la existencia de un supuesto ilícito, con base en la declaración de dos extranjeros indocumentados, cercanos al señor Wang Shih, que fueron testigos complacientes e incondicionales y dieron noticia de un supuesto hurto de aletas de tiburón, de parte de los tripulantes de la embarcación. Señala que en la sede penal no logró determinarse dónde aparecieron las bolsas que contenían las citadas aletas. Tampoco que haya sido partícipe o testigo de la sustracción. Luego, no puede tener por hechos demostrados que haya faltado a su deber de lealtad, fidelidad y buena fe, siendo que el motivo del despido se basa en esa incierta premisa. Según lo argumenta, con el mismo motivo se despidió a las tripulaciones de tres embarcaciones, con el único fin de no cancelarles sus derechos laborales. En cuanto a este mismo punto, señala que la ganancia que los tripulantes hubieran obtenido con la venta de las aletas hubiera resultado muy poca, en relación con el sacrificio que representaba sustraer dicho producto y tirarlo al estero, para luego tener que ir a recogerlo, cuando el largo viaje estaba concluyendo a altas horas de la noche, lo que en su criterio contradice las reglas de la lógica. Por otra parte, muestra disconformidad en cuanto al monto del salario establecido en la segunda instancia. Según lo indica, los informes de captura realizados ante el INCOPECA constituyen una manifestación unilateral del empleador, realizada con el único fin de obtener el subsidio por el combustible, y que no reflejan realmente la cantidad de producto pescado. Lo mismo sucede con los reportes realizados a la Caja Costarricense de Seguro Social, pues los montos reportados no corresponden al salario devengado por los trabajadores. En cuanto al mismo aspecto, señala que el salario fijado no corresponde a la actividad desarrollada por los pescadores, pues se trata de un trabajo peligroso, que representa grandes sacrificios; ante lo cual resultaría mejor optar por cualesquiera otra ocupación, con una remuneración similar. Asimismo, se sostiene que en el contrato debe estipularse el salario que le corresponde al trabajador y si no existe contrato su falta debe atribuírsela al empleador. A su juicio, el criterio aplicado en otros casos, donde se ha establecido que los pescadores devengan un salario base, más una parte de las ganancias obtenidas, no responde a la costumbre imperante; pues, la forma de pago, únicamente, es sobre un porcentaje de las ganancias obtenidas. Por último, muestra disconformidad con lo resuelto sobre costas, al estimar que no resulta procedente la condenatoria en contra de su representado y que, más bien, dicha condena debe serle impuesta a la parte accionada. Con base en esos argumentos pretende la revocatoria de lo resuelto, para que, en su lugar, se acojan las pretensiones apuntadas en el escrito inicial (folios 452-492).

III.- EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DEL MAR: La Organización Internacional de Trabajo, en atención a las condiciones laborales de la gente de mar y por la necesidad de ofrecerles una protección que tome en cuenta las circunstancias en que



se desarrolla este trabajo, ha desplegado una importante actividad normativa, con el fin de regular las condiciones del trabajo marítimo. Los convenios y las recomendaciones sobre la materia pueden clasificarse en diferentes grupos. En el primero pueden incluirse los que contienen disposiciones generales respecto del trabajo marítimo y pueden incluirse los Convenios 108 (sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación); 145 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-); 147 (sobre la marina mercante -normas mínimas-), el Protocolo de 1996 al Convenio 147 (relativo al convenio sobre la marina mercante -normas mínimas-), así como las Recomendaciones números 9 (sobre los estatutos nacionales de la gente de mar); 107 (sobre el enrolamiento de la gente de mar -buques extranjeros-); 108 (sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar); 154 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-) y 155 (sobre la marina mercante -mejoramiento de las normas-). Otros convenios hacen referencia al “*acceso al empleo*,” regulándose lo tocante a la edad mínima (Convenio 58), las condiciones físicas (Convenios 16 y 73), calificaciones profesionales (Convenios 53, 69 y 74), las condiciones para obtener las calificaciones requeridas para acceder al trabajo marítimo (Recomendación 137), y el procedimiento para acceder a dicho trabajo (Convenio 179 y Recomendación 186). En cuanto a las “*condiciones del trabajo*” se han promulgado también varios convenios y recomendaciones, entre los que se incluyen los siguientes: el Convenio número 22 sobre el contrato de enrolamiento; en relación con horas de trabajo, descanso y vacaciones, los Convenios 146 y 180 y las Recomendaciones 187 y 153; sobre la repatriación, el Convenio 166 y la Recomendación 174. Otro grupo de convenios y recomendaciones tratan sobre “*seguridad, salud y bienestar*.” En cuanto a la seguridad pueden citarse los Convenios 34 y 68, así como las Recomendaciones 78 y 142. El Convenio 164 regula lo concerniente a la salud, y el bienestar está regido por el Convenio 163 y la Recomendación 173. En cuanto al *alojamiento* pueden citarse los Convenios 92 y 133, así como las Recomendaciones 140 y 141. También pueden incluirse dentro de este grupo el Convenio 178 y la Recomendación 185, relacionadas con la inspección del trabajo y de las condiciones de vida de la gente de mar. Finalmente, en cuanto a la “*seguridad social*” pueden citarse los Convenios 8, 55, 71 y 165, así como las Recomendaciones 10, 75 y 76. (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698). Nuestro país ha ratificado varios de esos Convenios. En efecto, el número 8, Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1.920, fue adoptado mediante Ley N° 6.729, del 31 de octubre de 1.982. El Convenio 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1.921, fue ratificado por la Ley N° 6.728, del 31 de marzo de 1.982. El Convenio 92, sobre el alojamiento de la tripulación, 1.949, fue adoptado por la Ley N° 2.561 del 11 de mayo de 1.960. El Convenio 145, convenio sobre la continuidad en el empleo (gente de mar), 1.976, fue incorporado mediante Ley N° 6.548, del 18 de marzo de 1.981; y, el 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1.976, fue adoptado por la Ley número 6.549, del 18 de marzo de 1.981. Aparte de esas regulaciones supraleales, debe indicarse que el Código de Trabajo contempla un capítulo especial, dedicado a regular *el trabajo en el mar y en las vías navegables*, dado las especiales características que definen este tipo de contrataciones. En el artículo 118 se establece que trabajadores del mar y de las vías navegables son aquellos que prestan servicios propios de la navegación -sea los necesarios para la dirección, maniobra y servicios del barco-, a bordo de una nave, subordinados al capitán y por una alimentación de buena calidad y del salario que se haya convenido. De acuerdo con el artículo 119, el capitán de la nave será considerado como el representante del empleador cuando él no lo fuere y gozará de autoridad, según los casos y las facultades que las leyes comunes le atribuyan. Según se desprende del numeral 120, el contrato de embarco puede pactarse por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje, requiriéndose un certificado médico en el que se establezca la aptitud física para el trabajo marítimo, que será válido por uno o dos años, según se tratara de menores de 21 años o de personas mayores de esa edad, respectivamente. En los contratos por tiempo determinado y por tiempo indefinido, las partes deberán indicar el lugar donde será restituido el



trabajador y si no se indicare, se tendrá por señalado el lugar donde embarcó. En los contratos por viaje, el término se contará desde el momento del embarque y hasta que se haya concluido la descarga de la embarcación, en el puerto que expresamente se haya indicado o, en su caso, en el puerto donde tenga su domicilio el empleador. En cuanto a los requisitos del contrato, se establece que éste ha de redactarse por triplicado, uno para cada parte y la tercera el empleador debe hacerla llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Su contenido deberá indicar el nombre y los apellidos, la edad y el lugar de nacimiento, se entiende que del trabajador; el lugar y la fecha de la celebración del contrato, el nombre del o de los barcos en los cuales se vaya a trabajar. Si fuere posible, el número de viajes que debe emprender y el cargo que va a desempeñar; el lugar y la fecha en que debe presentarse el trabajador, la modalidad del contrato y el lugar o la fecha de terminación, si es procedente. Debe dejarse constancia de la presentación del certificado médico; y, por último, ha de establecerse el importe del salario que se le vaya a cancelar. En el artículo 121 se establece la obligación del empleador de restituir al trabajador al lugar o puerto que se haya establecido, según la modalidad del contrato, antes de darlo por concluido. El empleador puede dejar de cumplir esa obligación únicamente en el supuesto de que el trabajador esté en prisión, por un delito cometido en el extranjero, u otras situaciones análogas que hagan imposible el cumplimiento. Se prevén los supuestos de que una nave costarricense cambie de nacionalidad o perezca por naufragio (artículo 122). En tales casos, los contratos de trabajo se tendrán por concluidos una vez que se cumpla la obligación de trasladar al trabajador al lugar o puerto establecido. En el primer supuesto –cambio de nacionalidad–, los trabajadores tendrán derecho al importe de tres meses de salario, salvo que las indemnizaciones legales sean mayores; y, en el segundo, a un auxilio de cesantía de dos meses, salvo que el artículo 29 les posibilite reclamar uno mayor. Por otra parte, el artículo 123 señala que el contrato no puede darse por concluido por ninguna de las partes, aún por justa causa, mientras la nave esté de viaje, entendiéndose que está de viaje siempre que no haya llegado al puerto o lugar donde el empleador deba restituir al trabajador. No obstante, si estando la nave en cualquier puerto, el capitán encontrare sustituto para el trabajador que desee dejar sus labores, podrá tener por concluido el contrato, siempre que se ajuste a las prescripciones legales. Se establecen como causas justas, que permiten a los trabajadores dar por concluidos sus contratos, el cambio de capitán, por otra persona que no garantice la seguridad y que no muestre aptitud y acertada dirección; y el cambio de destino de la embarcación (artículo 124). En el artículo 125 se dispone que las partes gozarán, dentro de los límites legales, de una amplia libertad para fijar lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otras cuestiones similares; debiéndose tener en cuenta la naturaleza de las labores que cada trabajador desempeñe; la menor o mayor urgencia de dichas labores en caso determinado, si la nave está o no en el puerto y otros factores análogos. Respecto de los trabajadores contratados por viaje, en el artículo 126 se señala que tendrán derecho a un aumento proporcional en la remuneración, cuando el viaje se prolongue, salvo que medie caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo se indica que no resulta procedente la disminución del salario si el viaje se acorta, cualquiera que sea la causa. El numeral 127 señala que la embarcación con todos sus accesorios –aparejos pertrechos, fletes– responderá por el pago de los salarios y otras indemnizaciones que correspondan a los trabajadores. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 128, el abandono voluntario de la nave, mientras que ésta esté de viaje, implica para el trabajador la pérdida de los salarios no percibidos a los que tuviere derecho, así como cualesquiera otras responsabilidades, salvo el supuesto ya indicado, de que el capitán encontrare sustituto. Dichos salarios serán repartidos por partes iguales entre los restantes trabajadores, cuando no mediare recargo de labores; y, de lo contrario, en forma proporcional entre quienes asuman las labores del cesante. Según lo dispone el artículo 129, en caso de enfermedad durante el viaje, se establece que el empleador está en la obligación de brindar atención médica, tanto a bordo como en tierra, y deberá reconocerle al trabajador la mitad del salario, al tiempo que está obligado a restituirlo una vez que haya sanado, si el trabajador lo solicitare. En caso de muerte



del trabajador durante el viaje, en el artículo 130 se establecen varias reglas respecto de la liquidación de los salarios que le correspondieren. Luego, se indica que si la muerte ocurrió en defensa de la nave o si el trabajador fue apresado por tal motivo, debe considerarse que estuvo presente hasta la conclusión del viaje, a los efectos de establecer los salarios a que tendría derecho. Por último, en cuanto al ejercicio de derechos colectivos, se establece que se considerará ilícita la huelga, cuando la embarcación estuviere navegando o fondeada fuera del puerto (artículo 132).

IV.- RESPECTO DE LA FALTA GRAVE ATRIBUIDA AL ACTOR: Expuesto lo referente al marco normativo, procede analizar las razones por las cuales se dispuso el despido del accionante, a los efectos de definir si la destitución fue justificada o no. En el escrito inicial de demanda, se señaló que el día 24 de octubre del 2000, cuando regresaron de un viaje iniciado el 1° de setiembre, a eso de las once de la noche, a los tripulantes de la nave Tarzán VIII se les impidió la salida del muelle de atraque; pues el co-demandado Wang Shih argumentó que habían desaparecido unos sacos con aleta de tiburón y hasta que no se investigara no podrían retirarse. Se indicó que tal situación se extendió por más de tres horas y que aunque fueron citados para trabajar al día siguiente, en labores de descarga, no se les permitió entrar a las instalaciones, indicándoles el vigilante que el co-demandado había dado órdenes para impedirle su ingreso. En la contestación, la parte demandada señaló que al regreso del viaje, la tripulación lanzó al estero parte de la captura, específicamente aletas de tiburón, en paquetes atados a una boya. De tal situación dio aviso el capitán de otra embarcación que venía atrás. Según se indica, esos paquetes fueron lanzados al estero con la finalidad de que otras personas, que estaban esperando, los recogieran en una panga. No obstante, al haber sido alertados los representantes patronales, ordenaron a varios trabajadores que se dirigieran al estero y los recogieran, llevándolos luego a las instalaciones de Mariscos Wang, Sociedad Anónima, que es una empresa del mismo grupo que las accionadas. Tal situación, según se indicó, aconteció en presencia de miembros de la fuerza pública. Ante tales circunstancias, según se indica, se procedió a solicitarles a los tripulantes una explicación respecto de lo sucedido, pero ninguno quiso hablar y al realizarse una investigación, el demandante no colaboró para esclarecer lo sucedido; razones por las cuales estimaron que la destitución estuvo justificada. Los hechos señalados fueron denunciados penalmente por el señor Wang Shih. Señaló que ese día 24 de octubre, el señor Wang Chin Hen lo llamó para que se presentara en el muelle, debido a la situación suscitada. Cuando llegó, fue informado por Tsai Chin Yen, quien venía en el navío, que la tripulación, sin poder precisar exactamente quién o quiénes, habían sustraído unos sacos de aleta de tiburón, de los cuales pudieron recuperar seis o siete, que estaban amarrados con cuerda de pescar y anzuelos y asidos a una boya que flotaba. Según lo indicó, cuando los sacos fueron lanzados al estero, detrás del Tarzán VIII venía un barco que también atracaría en el muelle de Mariscos Wang y de donde se pudo observar este hecho. Específicamente el señor Chen Min Fu, avisó a Tsai Chin Yen –capitán del Tarzán VIII-, el que salió de la cabina y al ver la boya detuvo y giró el barco, para ver de qué se trataba. Según lo denunciado, se ordenó sacar la boya y Marvin Cole la haló con un gancho, pero llegó Roylan y en vez de levantarla, intencionalmente la sacó, de forma tal que lo que estaba amarrado a ella se hundió en el estero. Una vez que el barco llegó al puerto, el señor Wang Shih le solicitó a su hermano Hung Cheng Wang Shih y a Lee An Tsuan y Huang Chen Yuan, que fueran en una panga, para esclarecer lo sucedido, y entonces encontraron los sacos con las aletas. Posteriormente, procedió a llamar a las autoridades de policía, que se hicieron presentes (ver folios 34-35). En el trámite de dicha denuncia, se recibieron las declaraciones de Tsai Chin Jen, quien venía en el Tarzán VIII y confirmó los hechos denunciados, salvo en lo tocante a la identidad de las personas que intervinieron para retirar la boya. Según lo indicó dos tripulantes, que no identificó, venían uno a cada lado de la cabina y cuando quiso salir a ver qué pasaba quisieron detenerlo, de forma que cuando llegó a la parte trasera de la embarcación los sacos habían sido soltados de la boya. En



este punto, su dicho difiere de lo denunciado; por cuanto, en la denuncia, se indicó que cuando ordenó sacar la boya, uno de los tripulantes deliberadamente soltó lo que tenía amarrado. Según su declaración, cuando llegó a la parte trasera del barco, los tripulantes le dijeron que no había sucedido cosa alguna. Declaró que el capitán se llamaba Carlos y que cuando salió de la cabina él era uno de los que estaba afuera, a los lados de ésta. Luego, señaló que él y quien venía en la embarcación de atrás –Chen Ming Fu–, fueron quienes navegaron más tarde en el estero, en una panga, para buscar los sacos, señalando que fueron cinco los recuperados. En lo que interesa, señaló que *“Respecto(de) las personas que se encontraban en el barco, hay una parte que sí pude verlos, otro número estaban atrás, no sé si abajo había alguien pero atrás (...) no vi la totalidad.”* (folios 223-228). También declaró **Ming-Fu Chen**, quien señaló que pudo observar que en la parte de atrás del Tarzán VIII venían varios tripulantes que tiraron unas bolsas junto con la boya, por lo que procedió a avisar al dueño y a la compañía. Según lo indicó, el capitán del Tarzán VIII devolvió la nave, se acercaron a la boya, la sacaron con un gancho y las bolsas se cayeron porque se soltaron de la boya. Una vez que llegaron al puerto, salió junto con otras **cuatro** personas en una panga y transcurridos entre cuarenta minutos y una hora, lograron sacar las bolsas, que eran cinco o seis. Luego, aclaró que él se comunicó tanto a la casa del dueño como a la embarcación y que en la panga salieron él, el hermano menor del co-demandado, Li An Chung y Tsai Chi Yen (folios 217-219). El procedimiento en la sede penal concluyó con una resolución de sobreseimiento definitivo; por cuanto se consideró que no podía individualizarse la participación de cada uno de los imputados. En lo que interesa, en dicha resolución se indicó: *“...ésta representación considera que a pesar de haber algunos elementos de prueba que podrían eventualmente incriminar a los acusados, lo cierto es que no se logró individualizar cuál fue la participación de cada uno de los imputados... Es cierto que hay tres testigos cuando recogen dichos sacos, pero a ninguno le consta quien los lanzó al estero ya que a pesar de que fue con ellos el Capitán de la Embarcación de Bandera Internacional Huang Chen éste no logró ver a ciencia cierta a la persona que lanzaba los sacos y los otros dos son testigos del hallazgo pero no de quién los lanzó... De las fotos que rolan (sic) dentro del expediente se tiene la imagen de los sacos aparentemente sacados del estero y que son los mismos que eventualmente serían los que tiraron al estero, pero en fondo del asunto (sic) cómo tener plenamente la certeza de quienes participaron en esta conducta ilícita, cómo poder atribuirle la participación a cada uno si los elementos de prueba que se han traído hasta este momento no logran individualizar quien o quienes en común acuerdo realizaron dicha conducta y no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba que hagan variar la situación indicada...”* (folios 231-238). Por otra parte, en lo que interesa, en este proceso se evacuó la declaración de CARLOS ALVARADO HERNÁNDEZ (folios 63-64). Este testigo declaró que un día en la mañana recibió una llamada de una señora, quien le dijo que la noche anterior, de unas embarcaciones pertenecientes a las empresas, se habían lanzado sacos con aleta. Esta noticia se la comunicó al co-demandado, el que le pidió que lo acompañara al barrio El Carmen, para realizar averiguaciones. Al llegar, según lo indicó, pudieron observar a unas personas en una panga, en actitud sospechosa; por cuanto, apenas llegaron al lugar se desapareció entre los barcos que ahí estaban. Al llegar al recibidor de pescado Frumar, un funcionario le dijo que ahí todo el mundo sabía de eso. Ante esa situación, indica que el señor Wang Shih le dijo que iba a realizar un operativo, cuando entrara el Tarzán VIII, seguido por otro de bandera internacional; pudiéndose descubrir que desde aquel tiraron sacos con aleta al estero, que fueron recogidos, por el hermano del co-demandado, en una panga. Analizadas esas pruebas, la Sala considera que, en el caso concreto, los elementos probatorios traídos a los autos no resultan suficientes para tener por debidamente acreditado que el demandante incurrió en la grave falta atribuida para justificar su despido. De las pruebas se desprende que medió alguna sustracción del producto pescado, pues no puede concluirse lo contrario, como lo pretende el recurrente. Tal hecho tiene sustento en la declaración del señor Ming-Fu Chen, quien declaró haber visto como de la embarcación Tarzán VIII se lanzaban bultos al mar. Si bien, se trata de una persona allegada al co-

demandado, ese solo hecho no implica, necesariamente, que haya faltado a la verdad, como lo acusa el representante del actor y ya se ha indicado, en otras resoluciones, que al juzgador le corresponde realizar la valoración pertinente, en relación con los demás elementos probatorios que constan en los autos, de conformidad con las reglas que rigen la valoración de las pruebas. Sin embargo, la Sala no comparte el razonamiento de los integrantes del órgano de alzada, en el sentido de que por las dimensiones de la embarcación, ha de presumirse que todos los tripulantes tenían conocimiento de lo que estaba aconteciendo. Véase que de la declaración del señor Tsai Chin Yen, evacuada en el procedimiento penal, no puede extraerse que toda la tripulación estuviera pendiente de lo que estaba sucediendo y de que todos fueran cómplices, como lo estimó el tribunal. En ese sentido, dicho señor señaló: *“Respecto de las personas que se encontraban en el barco, hay una parte que sí pude verlos, otro número estaban atrás, no sé si abajo había alguien pero atrás sí no vi la totalidad.”* (folio 208). De lo anterior se desprende que en la parte trasera del barco, donde se produjo la sustracción, no estaban todos los tripulantes; quienes, en principio, sí debieron tener conocimiento de lo que estaba sucediendo. Luego se argumentó, en el fallo de segunda instancia, que como estaban en labores de atraque, todos los tripulantes debieron haber estado en cubierta, pendiente de sus funciones se entiende; sin embargo está claro que aquellos que sustrajeron el pescado no lo estaban y el mismo testigo dio a entender que algunos pudieron estar en otro lugar, inclusive dentro de la nave, en la parte de abajo. El testigo bien pudo señalar cuáles eran los tripulantes que estaban en la parte trasera, indicando sus nombres o identificándolos, pero no lo hizo y está claro que no todos los tripulantes tuvieron participación. Consecuentemente, se considera que al caso concreto, por esa razón, resulta de aplicación el principio protector, en su modalidad de *in dubio pro operario*. Ya se ha indicado, en muchas otras resoluciones, que el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de esos principios clásicos lo constituye el denominado principio protector, contentivo de tres reglas específicas: la del *in dubio pro operario* citada, la regla de la norma más favorable y la de la condición más beneficiosa. El significado que se le ha dado a esta específica regla implica que *“en caso de que una norma se pueda entender de varias maneras, se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador.”* (PLA RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, tercera edición, 1.998, pp. 84-85). No obstante, su aplicación ha sido extendida a la valoración de las pruebas, indicándose que *“cabe aplicar la regla dentro de este ámbito en casos de auténtica duda para valorar el alcance o el significado de una prueba. No para suplir omisiones; pero sí para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios, teniendo en cuenta las diversas circunstancias del caso”* (*Ibid.*, p. 92). (En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias números 159, de las 9:30 horas del 2 de abril; 241, de las 9:40 horas del 28 de mayo; 292, de las 14:00 horas del 19 de junio; y, 326, de las 9:40 horas del 4 de julio, todas del 2.003). En el caso bajo análisis, como se indicó, no puede concluirse que el accionante haya participado en la sustracción de las aletas de tiburón y tampoco que él haya encubierto a sus compañeros, pues ni siquiera pudo determinarse su ubicación dentro del barco, al momento de los hechos y sin que pueda concluirse que necesariamente estaba en cubierta; por cuanto, de la declaración citada, se desprende que inclusive, podrían haber personas en la parte interna de la embarcación, quizá el actor.

V.- DEL SALARIO DEVENGADO POR EL ACCIONANTE: Como se indicó, en el escrito inicial de demanda, don JOCKSAN MOSQUERA OBANDO señaló que su salario se calculaba con base en el producto de la pesca; a cuyo valor le era rebajado el monto del *“alisto”* (gastos por combustible, alimentación, carnada, hielo, etc.), de forma tal que de la suma obtenida se sustraía un veintiocho por ciento para retribuir a la tripulación, suma que a su vez se dividía en once partes, correspondiéndole doble parte al capitán. Según afirmó, por cada viaje, de aproximadamente dos meses de duración, su salario oscilaba entre los quinientos y ochocientos mil colones y el salario



promedio lo fijó en ¢325.000,00 mensuales. La parte demandada, por su parte, negó que ese fuera el salario del demandante y señaló que la remuneración cancelada era la que se reportaba como tal a la Caja Costarricense de Seguro Social. En lo que al salario interesa, al folio 1 del expediente, consta un documento, aportado por el actor, que proviene de la información remitida a la entidad señalada, en el cual se indica que su salario mensual, en **junio** del 2000, era de ¢69.720,00 por mes. Al folio 46, también consta la información que se envía a la Caja, y de la documentación se desprende los salarios que del actor se reportaron. Mientras que, de enero a junio del 2000, aparecen salarios reportados por las sumas de ¢69.720,00 y de julio a octubre del 2000, por las sumas de ¢73.500,00. En 1999, pese a ser el año inmediato anterior, aparecen reportados algunos salarios más altos. Vervigracia: en marzo ¢108.000,00; en mayo ¢133.000,00 y en junio, julio y agosto, ¢90.000,00 respectivamente. Asimismo, se cuenta con un comprobante de pago, del 1° de setiembre al 23 de octubre del 2.000 – 54 días - por un monto de ¢132.300,00, donde se indica que el salario diario es de ¢2.450,00; con base en el cual, el salario mensual sería el arriba reportado de ¢73.500,00. Mas llama la atención la variabilidad salarial pues, en principio los del año 2000 deberían ser superiores a los de 1999. Luego, el señor Carlos Alvarado Hernández, en su declaración, señaló que el salario pagado era de aproximadamente ¢3.000,00 diarios, y no por viaje; agregando que la remuneración que se reportaba mes a mes es aproximada y no dependía de lo capturado (folios 63 y 64). Por su parte, el testigo JOSE MANUEL AGUILAR HERNANDEZ, declaró que por viaje devengaba entre quinientos y ochocientos mil colones; en viajes de cuarenta y cinco a cincuenta y cinco días, en efectivo (folios 59-62). En la confesional, el actor Mosquera Obando sostuvo que les pagaban por porcentaje; nunca les había ido mal siendo el salario aceptable, de seiscientos mil colones –aproximadamente- por viaje(folios 122-123). Luego, en la confesional del co-demandado, evacuada en este proceso, negó que el salario pagado fuera mayor al que se reportaba a la Caja Costarricense de Seguro Social; pues indicó que lo mismo que se reporta a ésta institución es lo que recibe el trabajador; y, admitió que la forma de pago del salario se hacía en dinero en efectivo y no por algún otro sistema como depósito bancario o cheque (aparece sin numerar, entre folios 108 y 109). Por otra parte, la demandada aportó una certificación de Contador Público Autorizado, en la que se indica que, de acuerdo con los registros contables de la empresa, el total de salarios pagados al actor en el período fiscal 2000 asciende a ¢712.320,00 (folio 127). Al folio 94 consta un recibo de depósito judicial, del 24 de octubre del 2001, por la suma de ochenta y nueve mil cuarenta colones (¢89.040,00), para responder a pago proporcional aguinaldo y vacaciones. Ante el órgano de alzada, como prueba para mejor proveer, se ordenó un dictamen pericial, que rindió el perito licenciado Álvaro Pérez Guevara, con base en el cual se estableció que la remuneración en la pesca de palangre es variada y depende muchas veces del tipo de embarcación; no obstante, por lo general, consiste en un porcentaje de las ganancias. Se indica en ese peritaje que en las embarcaciones de entre 20 y 22 metros, se acostumbra cancelar un porcentaje entre el veinte y el veinticinco por ciento de las ganancias, pudiendo ser mayor pero, sin que llegue a superarse el treinta por ciento. En embarcaciones más grandes, el porcentaje pagado es del 17% al 20%. En ambos casos, el capitán gana 3 partes, 1,5 partes el maquinista; 1,25 partes el enhielador, el winchero y el cocinero –cada uno-; y 1 parte, cada marinero. Asimismo, según el peritaje, si no se obtienen ganancias, tampoco procede el pago de salario alguno. En algunas ocasiones, según se indicó, y por esa circunstancia, se ha adoptado el sistema de pago fijo, que no es mensual, sino por los días que duró el viaje (folios 257-265 y 275-277). A folios del 192 al 199 constan los reportes de planillas, que en su mayoría coinciden con los montos que se desprenden del estudio de cuenta individual de la Caja Costarricense de Seguro Social; sin embargo, el último señalado, correspondientes a los meses de julio y agosto del 2.000, establece un salario de ¢120.050,00 que correspondería a ¢60.025,00 en cada mes; sin embargo, del estudio de la cuenta individual del actor se desprende un salario reportado de ¢73.500,00 en esos meses; todo lo cual, lleva a la conclusión de que las sumas realmente pagadas y las reportadas no son coincidentes y que el manejo que de los salarios hace la parte empleadora no es claro. En cuanto



al salario, esas son las únicas pruebas que constan en los autos. Analizadas todas, en conjunto, y en relación con la posición que las partes han tenido durante la litis, la Sala arriba a la conclusión de que el procedimiento señalado por el accionante en su demanda era el utilizado para calcular su salario y no era una suma diaria. La parte accionada sostiene que la suma que se pagaba era fija y así lo declaró uno de los testigos ofrecidos y lo sostuvo el co-demandado al rendir confesión; sin embargo, del dictamen pericial que consta en los autos, y de otras declaraciones, se desprende que la costumbre imperante es la de participación en las ganancias, sin que haya podido constatarse que la remuneración fuera única, como lo sostuvo la parte accionada. Los reportes enviados a la Caja Costarricense de Seguro Social no constituyen prueba fehaciente del salario efectivamente devengado y en relación con otras pruebas, como se indicó, se desprende que el manejo hecho por la parte empleadora no es claro. Luego, como en reiterados fallos se ha indicado y probado, existe una práctica viciada de reportar sumas inferiores o salarios que no corresponden efectivamente a los devengados por el trabajador, por lo que en el caso concreto dichos reportes no pueden servir para acreditar el salario del actor. (Al respecto, pueden consultarse las sentencias de esta Sala, números 358, de las 15:50 horas del 29 de junio; 770, de las 15:20 horas del 20 de diciembre, ambas del 2.001 y 539, de las 9:50 horas del 6 de noviembre de 2002). En otras sentencias de esta Sala, también ha mediado pronunciamiento en el sentido de que los trabajadores del mar siempre perciben como salario parte de las ganancias; sólo que, en esas resoluciones, de las cuales se hace mención en el recurso y también se ha recurrido a ellas durante el transcurso de la litis, no se ha aceptado la costumbre imperante, en el sentido de que el trabajador pueda dejar de devengar salario, al menos el mínimo legal, cuando no se obtengan ganancias; pues, de esa manera, se trasladaría el riesgo de empresa al trabajador. Luego, está claro que en dichos fallos se señaló que la fijación ahí realizada se hacía para el caso específico, en relación con la probanzas evacuadas (En tal sentido, pueden consultarse las sentencias números 258, de las 9:00 horas del 14 de octubre de 1.998; y, 277, de las 9:50 horas del 7 de junio de 2002). Por consiguiente, se estima que el procedimiento para determinar el salario del actor, fue el señalado por éste en el escrito inicial. Entonces, tal como se señaló, del monto total que representa el valor de la captura, ha de rebajarse el costo del “alisto”; de la suma resultante se separa un 28% que es dividido en 11 partes, pues el capitán gana doble –eran diez tripulantes. Ahora bien, para realizar la operación aritmética correspondiente, en los autos constan los reportes de captura y el detalle de promedios (folios 27-32). No obstante, el apoderado especial judicial del accionante ha objetado, en forma reiterada, la información que se desprende de dichos documentos. Al respecto, el representante del actor ha sostenido que las sumas ahí señaladas constituyen una manifestación unilateral del empresario, que las cantidades no son verificadas por el INCOPECA, a la vez que de conformidad con esos reportes, las ganancias serían en realidad muy pocas, casi ínfimas, para el tipo de actividad de que se trata; pues, con base en el valor de la embarcación, del gran riesgo que representa la actividad en sí, de la depreciación del valor de los barcos, entre otras cuestiones, resultaría más productiva la inversión monetaria en cualquier entidad bancaria. Señala que de las sumas reportadas al folio 27, a las ganancias habría que rebajarles no sólo el monto de la planilla, sino también lo correspondiente por cargas sociales, el mantenimiento de las naves, el costo operativo, entre otros posibles gastos, quedando muy poca ganancia, lo que resulta contrario a la lógica y la experiencia. Por otra parte, sostiene que el co-demandado Wang Shih dijo, en el proceso penal, que el valor de las aletas de tiburón supuestamente sustraídas, tenían un valor de aproximadamente cinco millones de colones, lo que contradice los documentos apuntados. A la luz de tales argumentaciones, se confirma que el demandado, en la denuncia penal, efectivamente valoró el monto de lo sustraído –seis o siete sacos con aleta de tiburón-, en la suma de cinco millones de colones (folios 33-35). Luego, de la propia documental aportada por la parte accionada, se desprende que el valor de la aleta resulta ser diferente al señalado en los citados reportes de captura. Así, en el documento visible a folio 25, se indicó: “...El producto aquí recuperado peso un total de 210 kilogramos lo cual representa para



la empresa aquí demandada una pérdida Millonaria (sic) de más de 4 millones de colones, sin tomar en cuenta el producto que no se pudo recuperar.”. De lo que se extrae – según la estimación de valor hecha por el denunciante- que el kilo de dicho producto ascendería a ¢19.047,61; sin embargo, en los reportes de captura hechos al INCOPESCA, el precio más alto fijado a dicho producto resultó ser de ¢ 2.500,00. (folio 32). Aunado a lo anterior, analizada la cantidad de kilos reportados en los diferentes viajes (22.484,21; 18.104,95; 20.315,35; 22.928,50 y 30.622,46), se estima, tal y como lo apuntó el apoderado especial judicial del accionante, que las ganancias resultan ser pocas. Por consiguiente, en el caso bajo análisis, con base en lo expuesto y de conformidad con la impugnación realizada por el recurrente (véase, entre otros, el escrito de folios 48 a 51), la Sala concluye que la documental señalada no le merece fe suficiente para fijar, con base en ella, la remuneración que efectivamente devengaba el trabajador. Ahora bien, tal y como se ha dispuesto en otros casos, procede tener como real el salario apuntado por el accionante en su demanda; pues, de conformidad con la actividad realizada, se estima razonable un salario de ¢ 325.000,00 por mes. Como lo ha indicado el apoderado especial judicial del demandante, la actividad de los trabajadores pesqueros se lleva a cabo en circunstancias especiales, por la cuales el pescador se ve obligado a dejar su familia por un período extenso; igualmente, en su labor diaria, los trabajadores del mar se ven expuestos a las condiciones climáticas que pueden resultar adversas y a otros peligros de la naturaleza, propios de la actividad. Asimismo deben laborar continuamente, sin gozar de día de descanso, hasta que lleguen al puerto de atraque, donde deben trabajar en las labores de descarga y alisto de la embarcación. Esas razones y la modalidad de pago, con base en las ganancias, hacen concluir sobre la razonabilidad del monto indicado por la parte actora. Además, cabe indicar que en la reciente sentencia de esta Sala, número 411, de las 10:50 horas del 8 de agosto del 2.003, en un caso similar al que ahora se conoce, donde no habían elementos probatorios suficientes respecto del monto del salario, se indicó: *“Así las cosas, si la parte demandada tuvo la oportunidad de traer a los autos la información necesaria para tener por acreditados los verdaderos salarios de los demandantes y no lo hizo, debe atenerse a la presunción de veracidad que se le confiere a la demanda, en virtud del principio de redistribución de la carga probatoria, tal y como se hizo en las instancias precedentes.”* En efecto, de manera reiterada se ha señalado que en el Derecho Procesal Laboral, el empleador demandado es normalmente el responsable directo de tener que aportar los elementos probatorios respectivos; pues, al ser la parte más fuerte de la contratación, tiene mayor facilidad de pre-constituir, durante el transcurso de la relación de trabajo, la prueba tendiente a demostrar los normales hechos aducidos, en un juicio de naturaleza laboral. En este sentido Giglio, citado por Pasco, señala: *“Además de la diversidad de situación económica y de la desigualdad resultante de la subordinación del trabajador al empleador, otro substracto de hecho lleva a rechazar la adopción de esa doctrina (la doctrina civilista de la igualdad procesal absoluta): mientras los contratantes, en la esfera civil, tienen posibilidades iguales de producir prueba, en el campo laboral es notoria la inferioridad del trabajador... Urge corregir estos desequilibrios, confiriendo al empleador mayores cargas en la producción de la prueba.”* (PASCO COSMOPOLIS, Mario. Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial AELE, segunda edición, 1.997, p. 69). Ahora bien, aunque de conformidad con lo anterior se entiende que sobre el empleador recae una mayor responsabilidad en cuanto a la aportación de la prueba, debe tenerse claro que ello no implica una liberación total del trabajador, de su carga probatoria; pues, respecto de ciertos hechos, sobre él pesa siempre y necesariamente aquel “onus probandi”. Sobre el tema que viene tratándose, resulta de mucha importancia citar lo expresado por Pasco, quién al respecto señaló: *“En sentido estricto, al proceso común deben aplicársele dos principios, que están traducidos en sendos aforismos: “Quien afirma algo está obligado a demostrarlo” y “Si el demandante no prueba, el demandado será absuelto”. De acuerdo a ello, la carga probatoria es siempre del peticionante, quien está en la necesidad y en la obligación de acreditar con elementos de convicción que los hechos que alega son ciertos. **En el Derecho Procesal del Trabajo este criterio es deliberadamente quebrantado, subvertido: el***



trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el onus probandi recae en lo básico sobre el empleador, usualmente el demandado. La demanda goza, por decirlo así, de una presunción de veracidad, se le reputa cierta a priori, presunción juris tantum que debe ser destruida por el empleador con su prueba. Giglio ... habla de redistribución y no de “reversión o inversión” de la carga probatoria que han sido las expresiones anteriormente más usadas... Redistribuir, en cambio, es atribuir de modo diverso, que en eso consiste propiamente este principio, cuando hace recaer el peso de la prueba de modo desigual, pero no necesariamente intercambiado entre las partes... Así mismo, **la sentencia deberá declarar fundada la demanda:** (i) respecto a los puntos que no hubieran sido expresamente contradichos... y (ii) **respecto de los puntos en que, correspondiendo la carga de la prueba al demandado, éste no los hubiera probado.** Desde esta perspectiva, entonces, pueden extraerse las reglas siguientes: a) **La demanda se presume verdadera a priori,** lo que se traduce en un apercibimiento de tenerse por cierto su contenido si el demandado incumple con el trámite de contestación. b) La demanda impone la contestación específica respecto de cada uno de los extremos que contiene; la falta de contradicción expresa respecto de alguno de ellos implica un allanamiento tácito. c) El trabajador sólo tiene obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, sin que ello implique impedimento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los diversos hechos que afirma. d) Corresponde al empleador probar que no debe, que no ha incumplido o que ya pagó, que es, en esencia, lo nuclear del proceso pues son su incumplimiento, su débito o su mora lo que se discute como fondo de la controversia.” (PASCO, *op.cit.*, pp. 67-68. Énfasis suplidos). En concordancia con lo expuesto, el artículo 317 del Código Procesal Civil establece que “La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto de las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. / 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.”. Según se desprende de la norma citada, la cual resulta de aplicación en el proceso laboral con los matices indicados, el problema del “onus probandi” -o de la carga probatoria- surge cuando los hechos no han logrado demostrarse; debiéndose entonces determinar sobre cuál de las partes ha de pesar las consecuencias de una omisión en probar determinado hecho. (GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *La prueba en el Proceso de Trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., primera edición, 1.994, p. 162). El problema se reduce a que no pudo determinarse el verdadero salario del actor, a pesar de que efectivamente se tuvo por demostrado que el monto que percibía no fue el señalado por los co-demandados en el escrito de contestación, sea el reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social. Tal circunstancia, en el caso concreto, no puede servir para denegar el derecho del actor, pues la posibilidad de aportar los verdaderos salarios devengados por el trabajador la tenían los co-demandados. El Derecho Laboral está basado en los principios que rigen la doctrina de la justicia social y en el de la solidaridad. Por eso, la Constitución Política, en el último artículo del título referido a los derechos y garantías sociales establece que “Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”. El artículo 1° del Código de Trabajo, por su parte, señala que “El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos y de Justicia Social.” De conformidad con lo expuesto, resultaría contrario a los principios indicados, denegar las pretensiones del accionante pues se estaría más bien tutelando una incorrecta práctica procesal del empleador, quien teniendo los registros reales no los aporta y el trabajador queda en imposibilidad de cuantificar, con exactitud, el monto real de su salario, pues éste siempre se le cancelaba en dinero en efectivo, sin que a él le quedara algún comprobante que le permita probar en juicio el verdadero salario que se le cancelaba. Le resultaría entonces muy fácil al empleador

que cuenta con los registros respectivos, liberarse de su obligación; pues con sólo omitir presentarlos –lo que también sería contrario a la buena fe-, se vería exento de pagar lo que de conformidad con lo que la ley le corresponde. Por consiguiente, resultan de aplicación las reglas procesales explicadas anteriormente. Asimismo, lleva razón el recurrente en cuanto señala que la falta de contrato escrito debe serle imputada al empleador (artículo 120 en relación con el 25, ambos del Código de Trabajo)."

g)Despido injustificado: Procedimiento para determinar el salario para el cálculo de prestaciones en caso de actividad pesquera

Trabajador del mar: Análisis normativo en relación al contrato de trabajo

[Sala Segunda]¹²

Voto de mayoría

"III.- EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DEL MAR: La Organización Internacional de Trabajo, en atención a las condiciones laborales de la gente de mar y por la necesidad de ofrecerles una protección que tome en cuenta las circunstancias en que se desarrolla este trabajo, ha desplegado una importante actividad normativa, con el fin de regular las condiciones del trabajo marítimo. Los convenios y las recomendaciones sobre la materia pueden clasificarse en diferentes grupos. En el primero pueden incluirse los que contienen disposiciones generales respecto del trabajo marítimo y pueden incluirse los Convenios 108 (sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación); 145 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-); 147 (sobre la marina mercante –normas mínimas-), el Protocolo de 1.996 al Convenio 147 (relativo al convenio sobre la marina mercante –normas mínimas-), así como las Recomendaciones números 9 (sobre los estatutos nacionales de la gente de mar); 107 (sobre el enrolamiento de la gente de mar –buques extranjeros-); 108 (sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar); 154 (sobre la continuidad del empleo –gente de mar-) y 155 (sobre la marina mercante –mejoramiento de las normas-). Otros convenios hacen referencia al “*acceso al empleo,*” regulándose lo tocante a la edad mínima (Convenio 58), las condiciones físicas (Convenios 16 y 73), calificaciones profesionales (Convenios 53, 69 y 74), las condiciones para obtener las calificaciones requeridas para acceder al trabajo marítimo (Recomendación 137), y el procedimiento para acceder a dicho trabajo (Convenio 179 y Recomendación 186). En cuanto a las “*condiciones del trabajo*” se han promulgado también varios convenios y recomendaciones, entre los que se incluyen los siguientes: el Convenio número 22 sobre el contrato de enrolamiento; en relación con horas de trabajo, descanso y vacaciones, los Convenios 146 y 180 y las Recomendaciones 187 y 153; sobre la repatriación, el Convenio 166 y la Recomendación 174. Otro grupo de convenios y recomendaciones tratan sobre “*seguridad, salud y bienestar.*” En cuanto a la seguridad pueden citarse los Convenios 34 y 68, así como las Recomendaciones 78 y 142. El Convenio 164 regula lo concerniente a la salud, y el bienestar está regido por el Convenio 163 y la Recomendación 173. En cuanto al *alojamiento* pueden citarse los Convenios 92 y 133, así como las Recomendaciones 140 y 141. También pueden incluirse dentro de este grupo el Convenio 178 y la Recomendación 185, relacionadas con la inspección del trabajo y de las condiciones de vida de la gente de mar. Finalmente, en cuanto a la “*seguridad social*” pueden citarse los Convenios 8, 55, 71 y 165, así como las Recomendaciones 10, 75 y 76. (OFICINA INTERNACIONAL DEL



TRABAJO. Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698). Nuestro país ha ratificado varios de esos Convenios. En efecto, el número 8, Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1.920, fue adoptado mediante Ley N° 6.729, del 31 de octubre de 1.982. El Convenio 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1.921, fue ratificado por la Ley N° 6.728, del 31 de marzo de 1.982. El Convenio 92, sobre el alojamiento de la tripulación, 1.949, fue adoptado por la Ley N° 2.561 del 11 de mayo de 1.960. El Convenio 145, convenio sobre la continuidad en el empleo (gente de mar), 1.976, fue incorporado mediante Ley N° 6.548, del 18 de marzo de 1.981; y, el 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1.976, fue adoptado por la Ley número 6.549, del 18 de marzo de 1.981. Aparte de esas regulaciones supraleales, debe indicarse que el Código de Trabajo contempla un capítulo especial, dedicado a regular *el trabajo en el mar y en las vías navegables*, dado las especiales características que definen este tipo de contrataciones. En el artículo 118 se establece que trabajadores del mar y de las vías navegables son aquellos que prestan servicios propios de la navegación –sea los necesarios para la dirección, maniobra y servicios del barco-, a bordo de una nave, subordinados al capitán y por una alimentación de buena calidad y del salario que se haya convenido. De acuerdo con el artículo 119, el capitán de la nave será considerado como el representante del empleador cuando él no lo fuere y gozará de autoridad, según los casos y las facultades que las leyes comunes le atribuyan. Según se desprende del numeral 120, el contrato de embarco puede pactarse por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje, requiriéndose un certificado médico en el que se establezca la aptitud física para el trabajo marítimo, que será válido por uno o dos años, según se tratara de menores de 21 años o de personas mayores de esa edad, respectivamente. En los contratos por tiempo determinado y por tiempo indefinido, las partes deberán indicar el lugar donde será restituido el trabajador y si no se indicare, se tendrá por señalado el lugar donde embarcó. En los contratos por viaje, el término se contará desde el momento del embarque y hasta que se haya concluido la descarga de la embarcación, en el puerto que expresamente se haya indicado o, en su caso, en el puerto donde tenga su domicilio el empleador. En cuanto a los requisitos del contrato, se establece que éste ha de redactarse por triplicado, uno para cada parte y la tercera el empleador debe hacerla llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Su contenido deberá indicar el nombre y los apellidos, la edad y el lugar de nacimiento, se entiende que del trabajador; el lugar y la fecha de la celebración del contrato, el nombre del o de los barcos en los cuales se vaya a trabajar. Si fuere posible, el número de viajes que debe emprender y el cargo que va a desempeñar; el lugar y la fecha en que debe presentarse el trabajador, la modalidad del contrato y el lugar o la fecha de terminación, si es procedente. Debe dejarse constancia de la presentación del certificado médico; y, por último, ha de establecerse el importe del salario que se le vaya a cancelar. En el artículo 121 se establece la obligación del empleador de restituir al trabajador al lugar o puerto que se haya establecido, según la modalidad del contrato, antes de darlo por concluido. El empleador puede dejar de cumplir esa obligación únicamente en el supuesto de que el trabajador esté en prisión, por un delito cometido en el extranjero, u otras situaciones análogas que hagan imposible el cumplimiento. Se prevén los supuestos de que una nave costarricense cambie de nacionalidad o perezca por naufragio (artículo 122). En tales casos, los contratos de trabajo se tendrán por concluidos una vez que se cumpla la obligación de trasladar al trabajador al lugar o puerto establecido. En el primer supuesto –cambio de nacionalidad–, los trabajadores tendrán derecho al importe de tres meses de salario, salvo que las indemnizaciones legales sean mayores; y, en el segundo, a un auxilio de cesantía de dos meses, salvo que el artículo 29 les posibilite reclamar uno mayor. Por otra parte, el artículo 123 señala que el contrato no puede darse por concluido por ninguna de las partes, aún por justa causa, mientras la nave esté de viaje, entendiéndose que está de viaje siempre que no haya llegado al puerto o lugar donde el empleador deba restituir al trabajador. No obstante, si estando la nave en cualquier puerto, el capitán encontrare sustituto para el trabajador que desee dejar sus labores, podrá tener por



concluido el contrato, siempre que se ajuste a las prescripciones legales. Se establecen como causas justas, que permiten a los trabajadores dar por concluidos sus contratos, el cambio de capitán, por otra persona que no garantice la seguridad y que no muestre aptitud y acertada dirección; y el cambio de destino de la embarcación (artículo 124). En el artículo 125 se dispone que las partes gozarán, dentro de los límites legales, de una amplia libertad para fijar lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otras cuestiones similares; debiéndose tener en cuenta la naturaleza de las labores que cada trabajador desempeñe; la menor o mayor urgencia de dichas labores en caso determinado, si la nave está o no en el puerto y otros factores análogos. Respecto de los trabajadores contratados por viaje, en el artículo 126 se señala que tendrán derecho a un aumento proporcional en la remuneración, cuando el viaje se prolongue, salvo que medie caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo se indica que no resulta procedente la disminución del salario si el viaje se acorta, cualquiera que sea la causa. El numeral 127 señala que la embarcación con todos sus accesorios –aparejos- pertrechos, fletes- responderá por el pago de los salarios y otras indemnizaciones que correspondan a los trabajadores. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 128, el abandono voluntario de la nave, mientras que ésta esté de viaje, implica para el trabajador la pérdida de los salarios no percibidos a los que tuviere derecho, así como cualesquiera otras responsabilidades, salvo el supuesto ya indicado, de que el capitán encontrare sustituto. Dichos salarios serán repartidos por partes iguales entre los restantes trabajadores, cuando no mediare recargo de labores; y, de lo contrario, en forma proporcional entre quienes asuman las labores del cesante. Según lo dispone el artículo 129, en caso de enfermedad durante el viaje, se establece que el empleador está en la obligación de brindar atención médica, tanto a bordo como en tierra, y deberá reconocerle al trabajador la mitad del salario, al tiempo que está obligado a restituirlo una vez que haya sanado, si el trabajador lo solicitare. En caso de muerte del trabajador durante el viaje, en el artículo 130 se establecen varias reglas respecto de la liquidación de los salarios que le correspondieren. Luego, se indica que si la muerte ocurrió en defensa de la nave o si el trabajador fue apresado por tal motivo, debe considerarse que estuvo presente hasta la conclusión del viaje, a los efectos de establecer los salarios a que tendría derecho. Por último, en cuanto al ejercicio de derechos colectivos, se establece que se considerará ilícita la huelga, cuando la embarcación estuviere navegando o fondeada fuera del puerto (artículo 132).

IV.- DEL SALARIO DEVENGADO POR EL ACCIONANTE: Tal y como se desprende del recurso planteado por el representante del actor, el aspecto fundamental que se pretende es determinar si la remuneración percibida por el trabajador, fue o no debidamente fijada por los juzgadores de las instancias precedentes. Especialmente por el Ad quem. Como se indicó, en el escrito inicial de demanda, don LUIS JULIO ÁVILA MONTIEL señaló que su salario se calculaba con base en el producto de la pesca; a cuyo valor le era rebajado el monto del “alisto” (gastos por combustible, alimentación, carnada, hielo, etc.), de forma tal que de la suma obtenida se sustruía un veintiocho por ciento para retribuir a la tripulación, suma que a su vez se dividía en once partes, correspondiéndole doble parte al capitán. Según afirmó, por cada viaje, de aproximadamente dos meses de duración, su salario oscilaba entre los quinientos y ochocientos mil colones. Señalando la suma de ¢400.000,00 como salario promedio mensual. La parte demandada, por su parte, negó que ese fuera el salario del demandante y señaló que la remuneración cancelada era la que se reportaba como tal a la Caja Costarricense de Seguro Social. En la confesional, el señor Hung Chuan Shih dijo lo mismo (folio 114). En lo que al salario interesa, al folio 1 del expediente, consta un documento, aportado por el actor, por el cual se procedió a estimar sus derechos, en sede administrativa, con base en un salario promedio de ¢400.000,00, que fue la suma por él indicada ante los funcionarios del Ministerio de Trabajo. Por otra parte, al folio 2, consta documento de “Comprobación de derechos” (conocido popularmente como “orden patronal”), extendido por la Caja Costarricense de Seguro Social, a nombre del actor, de mayo del 2000; y al folio 59, también



consta Estudio Parcial de Planillas del Sistema Cuenta Individual de dicha institución del cual se desprenden los salarios que del actor se reportaron, de abril a setiembre del 2000. Así: de abril a junio se reportaron por ¢69.720,00 al mes y de julio a setiembre se reportaron por ¢73.500,00. Además, se cuenta con un comprobante de pago, del 18 de agosto al 4 de octubre del 2.000 (49 días) por un monto de ¢120.050,00, donde se indica que el salario diario es de ¢2.450,00; con base en el cual, el salario mensual sería de ¢73.500,00 (folio 154, anexo N°2). En la confesional, el codemandado Hung Chuan Wang Shih dijo que lo reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social no era menor a lo que se le pagaba al trabajador (folio 144). No obstante, el testigo JOSE MANUEL CASTRO ALVARADO, cuya declaración se valora con las consideraciones que el caso amerita, pues tiene una demanda planteada por las mismas razones que aquí se conocen, señaló que, efectivamente, ganaban por viaje y podían obtener una remuneración de quinientos mil, quinientos cinco mil y; que hubo viajes de un millón de colones, otros de setecientos mil colones. En fin que nunca hubo ningún pago –salario neto por viaje- que fuera menor a los quinientos mil colones por viaje. Que al regresar del viaje en cuestión, les salieron con un pago que no era el justo pues le pagaron ciento veinte mil colones, lo mismo que al actor. Igualmente declaró, que lo que realmente ganaban no era reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social (folios 62-64). La demandada aportó una certificación de Contador Público Autorizado, en la que se indica que, de acuerdo con los registros contables de la empresa, el total de salarios pagados al actor en el período fiscal 2.000 asciende a ¢503.160,00 (folio 141). Por su parte, en otros procesos que, por la misma causa conoce esta Sala, el señor Carlos Luis Alvarado Hernández, quien es contador de la empresa ha señalado que el salario pagado era de ¢3.000,00 diarios, y no a destajo. Al folio 97, consta un depósito bancario, del 24 de octubre del 2.001 –ya iniciado el proceso-, por la suma de ¢82.895,00, por pago proporcional de aguinaldo y vacaciones. Ante el órgano de alzada, como prueba para mejor proveer, se ordenó un dictamen pericial, que rindió el perito licenciado Álvaro Pérez Guevara, con base en el cual se estableció que durante la época en cuestión, los viajes duraban entre 45 y 60 días. Asimismo que, la remuneración en la pesca de palangre es variada y depende muchas veces del tipo de embarcación; no obstante, por lo general, consiste en un porcentaje de las ganancias. Se indica en ese peritaje que en las embarcaciones pequeñas –de menos de 15 metros- se acostumbra cancelar un porcentaje entre el 30% y el 40% de las ganancias. En embarcaciones más grandes –de más de 22 metros- el porcentaje pagado es del 17% al 20%. En ambos casos, el capitán gana 3 partes, 1,5 partes el maquinista; 1,25 partes el enhielador, el winchero y el cocinero –cada uno-; y 1 parte, cada marinero. Asimismo, según el peritaje, si no se obtienen ganancias, tampoco procede el pago de salario alguno. En algunas ocasiones, según se indicó, y por esa circunstancia, se ha adoptado el sistema de pago fijo, que no es mensual, sino por los días que duró el viaje (folios 210-218, 222-230, 231-233). En cuanto al salario, esas son las pruebas que constan en los autos. Analizadas todas, en conjunto, y en relación con la posición que las partes han tenido durante la *litis*, la Sala arriba a la conclusión de que el procedimiento señalado por el accionante en su demanda era el utilizado para calcular su salario y no era una suma diaria. La parte accionada sostiene que la suma que se pagaba no lo era por viaje sino fija y mensual, según planillas y salarios registrados; sin embargo, del dictamen pericial que consta en los autos, y la declaración citada, se desprende que la costumbre imperante es la de participación en las ganancias, sin que haya podido constatarse que la remuneración fuera única, como lo sostuvo la parte accionada. Los reportes enviados a la Caja Costarricense de Seguro Social no constituyen prueba fehaciente del salario efectivamente devengado y en relación con otras pruebas, como se indicó, se desprende que el manejo hecho por la parte empleadora no es claro. Luego, como en reiterados fallos se ha indicado y probado, existe una práctica viciada de reportar sumas inferiores o salarios que no corresponden efectivamente a los devengados por el trabajador, por lo que en el caso concreto dichos reportes no pueden servir para acreditar el salario del actor. (Al respecto, pueden consultarse las sentencias de esta Sala, números 358, de las 15:50 horas del 29 de junio; 770, de las 15:20 horas del 20 de diciembre, ambas del 2.001 y 539, de las

9:50 horas del 6 de noviembre del 2.002). En otras sentencias de esta Sala, también ha mediado pronunciamiento en el sentido de que los trabajadores del mar siempre perciben como salario parte de las ganancias; sólo que, en esas resoluciones, de las cuales se hace mención en el recurso y también se ha recurrido a ellas durante el transcurso de la *litis*, no se ha aceptado la costumbre imperante, en el sentido de que el trabajador pueda dejar de devengar salario, al menos el mínimo legal, cuando no se obtengan ganancias; pues, de esa manera, se trasladaría el riesgo de empresa al trabajador. Luego, está claro que en dichos fallos se señaló que la fijación ahí realizada se hacía para el caso específico, en relación con las probanzas evacuadas. (En tal sentido, pueden consultarse las sentencias números 258, de las 9:00 horas del 14 de octubre de 1.998; y, 277, de las 9:50 horas del 7 de junio del 2.002). Por consiguiente, se estima que el procedimiento para determinar el salario del actor, fue el señalado por éste en el escrito inicial. Entonces, tal como se señaló, del monto total que representa el valor de la captura, ha de rebajarse el costo del “alisto”; de la suma resultante se separa un 28% que es dividido en 11 partes, pues el capitán gana doble – eran diez tripulantes.- Ahora bien, para realizar la operación aritmética correspondiente, en los autos constan los reportes de captura y el detalle de promedios (folios 33-40). No obstante, el apoderado especial judicial del accionante ha objetado, en forma reiterada, la información que se desprende de dichos documentos. Al respecto, el representante del actor ha sostenido que las sumas ahí señaladas constituyen una manifestación unilateral del empresario, que las cantidades no son verificadas por el INCOPESCA, a la vez que de conformidad con esos reportes, las ganancias serían en realidad muy pocas, casi ínfimas, para el tipo de actividad de que se trata; pues, con base en el valor de la embarcación, del gran riesgo que representa la actividad en sí, de la depreciación del valor de los barcos, entre otras cuestiones, resultaría más productiva la inversión monetaria en cualquier entidad bancaria. Señala que de las sumas reportadas al folio 33, a las ganancias habría que rebajarles no sólo el monto de la planilla, sino también lo correspondiente por cargas sociales, depreciación e insumos (equipo de pesca), entre otros posibles gastos, quedando muy poca ganancia, lo que resulta contrario a la lógica y la experiencia. Por otra parte, sostiene que el co-demandado Wang Shih dijo, en la denuncia penal, que el valor de las aletas de tiburón supuestamente sustraídas, tenían un valor de veintitrés mil colones el kilo; lo que contradice los documentos apuntados, donde el precio más alto fijado para dicho producto fue de cuatro mil ochocientos colones (folios 34-90). Esa inconsistencia se deduce de lo siguiente: en la denuncia visible a folio 259 se estimó en ¢7.000.000 el valor de lo sustraído. En el Informe de Inspección Ocular, visible a folios 267 a 269 se indica un peso de 207 kilogramos. Luego, el valor por kilogramo sería de ¢33.816,42. Lo cual contradice, efectivamente, los documentos apuntados, donde el precio más alto fijado para dicho producto fue de cuatro mil ochocientos colones (folios 34-90). Aunado a lo anterior, analizada la cantidad de kilos reportados en los diferentes viajes (28.221,50; 24.179,53; 20.515,33; 19.234,29; 20.182,90; 26.282,09 y 26.512,11), se estima, tal y como lo apuntó el apoderado especial judicial del accionante, que las ganancias resultan ser pocas. Por consiguiente, en el caso bajo análisis, con base en lo expuesto y de conformidad con la impugnación realizada por el recurrente (véanse, entre otros, los escritos de folios 48-51 y 244-246), la Sala concluye que la documental señalada no le merece fe suficiente para fijar, con base en ella, la remuneración que efectivamente devengaba el trabajador. Ahora bien, tal y como se ha dispuesto en otros casos, procede tener como real el salario apuntado por el accionante en su demanda; pues, de conformidad con la actividad realizada, se estima razonable un salario de ¢400.000,00 por mes. Como lo ha indicado el apoderado especial judicial del demandante, la actividad de los trabajadores pesqueros se lleva a cabo en circunstancias especiales, por las cuales el pescador se ve obligado a dejar su familia por un período extenso; igualmente, en su labor diaria, los trabajadores del mar se ven expuestos a las condiciones climáticas que pueden resultar adversas y a otros peligros de la naturaleza, propios de la actividad. Asimismo deben laborar continuamente, sin gozar de día de descanso, hasta que lleguen al puerto de atraque, donde deben trabajar en las labores de descarga y alisto de la embarcación, período durante el



cual no perciben remuneración alguna, sino que la remuneración por la labor realizada durante el período de pesca cubre también esta otra actividad. Esas razones y la modalidad de pago, con base en las ganancias, hacen concluir sobre la razonabilidad del monto indicado por la parte actora. Además, cabe indicar que en la reciente sentencia de esta Sala, número 411, de las 10:50 horas del 8 de agosto del 2.003, en un caso similar al que ahora se conoce, donde no habían elementos probatorios suficientes respecto del monto del salario, se indicó: *“Así las cosas, si la parte demandada tuvo la oportunidad de traer a los autos la información necesaria para tener por acreditados los verdaderos salarios de los demandantes y no lo hizo, debe atenerse a la presunción de veracidad que se le confiere a la demanda, en virtud del principio de redistribución de la carga probatoria, tal y como se hizo en las instancias precedentes.”* En efecto, de manera reiterada se ha señalado que en el Derecho Procesal Laboral, el empleador demandado es normalmente el responsable directo de tener que aportar los elementos probatorios respectivos; pues, al ser la parte más fuerte de la contratación, tiene mayor facilidad de pre-constituir, durante el transcurso de la relación de trabajo, la prueba tendiente a demostrar los normales hechos aducidos, en un juicio de naturaleza laboral. En este sentido Giglio, citado por Pasco, señala: *“Además de la diversidad de situación económica y de la desigualdad resultante de la subordinación del trabajador al empleador, otro substracto de hecho lleva a rechazar la adopción de esa doctrina (la doctrina civilista de la igualdad procesal absoluta): mientras los contratantes, en la esfera civil, tienen posibilidades iguales de producir prueba, en el campo laboral es notoria la inferioridad del trabajador... Urge corregir estos desequilibrios, confiriendo al empleador mayores cargas en la producción de la prueba.”* (PASCO COSMOPOLIS, Mario. Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial AELE, segunda edición, 1.997, p. 69). Ahora bien, aunque de conformidad con lo anterior se entiende que sobre el empleador recae una mayor responsabilidad en cuanto a la aportación de la prueba, debe tenerse claro que ello no implica una liberación total del trabajador, de su carga probatoria; pues, respecto de ciertos hechos, sobre él pesa siempre y necesariamente aquel “onus probandi”. Sobre el tema que viene tratándose, resulta de mucha importancia citar lo expresado por Pasco, quién al respecto señaló: *“En sentido estricto, al proceso común deben aplicársele dos principios, que están traducidos en sendos aforismos: “Quien afirma algo está obligado a demostrarlo” y “Si el demandante no prueba, el demandado será absuelto”. De acuerdo a ello, la carga probatoria es siempre del peticionante, quien está en la necesidad y en la obligación de acreditar con elementos de convicción que los hechos que alega son ciertos. **En el Derecho Procesal del Trabajo este criterio es deliberadamente quebrantado, subvertido: el trabajador, que es normalmente el actor o demandante, es exonerado en lo sustancial de la obligación de probar su dicho; el onus probandi recae en lo básico sobre el empleador, usualmente el demandado. La demanda goza, por decirlo así, de una presunción de veracidad, se le reputa cierta a priori, presunción juris tantum que debe ser destruida por el empleador con su prueba.** Giglio ... habla de redistribución y no de “reversión o inversión” de la carga probatoria que han sido las expresiones anteriormente más usadas... Redistribuir, en cambio, es atribuir de modo diverso, que en eso consiste propiamente este principio, cuando hace recaer el peso de la prueba de modo desigual, pero no necesariamente intercambiado entre las partes... Así mismo, **la sentencia deberá declarar fundada la demanda:** (i) respecto a los puntos que no hubieran sido expresamente contradichos ... y (ii) **respecto de los puntos en que, correspondiendo la carga de la prueba al demandado, éste no los hubiera probado.** Desde esta perspectiva, entonces, pueden extraerse las reglas siguientes: a) **La demanda se presume verdadera a priori**, lo que se traduce en un apercibimiento de tenerse por cierto su contenido si el demandado incumple con el trámite de contestación. b) La demanda impone la contestación específica respecto de cada uno de los extremos que contiene; la falta de contradicción expresa respecto de alguno de ellos implica un allanamiento tácito. c) El trabajador sólo tiene obligación formal de probar la existencia de la relación laboral, sin que ello implique impedimento ni exoneración absoluta de demostrar complementariamente los diversos hechos que afirma. d)*



Corresponde al empleador probar que no debe, que no ha incumplido o que ya pagó, que es, en esencia, lo nuclear del proceso pues son su incumplimiento, su débito o su mora lo que se discute como fondo de la controversia.” (PASCO, *op.cit.*, pp. 67-68. Énfasis suplidos). En concordancia con lo expuesto, el artículo 317 del Código Procesal Civil establece que “La carga de la prueba incumbe: 1) A quien formule una pretensión, respecto de las afirmaciones de los hechos constitutivos de su derecho. / 2) A quien se oponga a una pretensión, en cuanto a las afirmaciones de hechos impeditivos, modificativos o extintivos del derecho del actor.”. Según se desprende de la norma citada, la cual resulta de aplicación en el proceso laboral con los matices indicados, el problema del “onus probandi” -o de la carga probatoria- surge cuando los hechos no han logrado demostrarse; debiéndose entonces determinar sobre cuál de las partes ha de pesar las consecuencias de una omisión en probar determinado hecho. (GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *La prueba en el Proceso de Trabajo*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., primera edición, 1.994, p. 162). El problema se reduce a que no pudo determinarse el verdadero salario del actor, a pesar de que efectivamente se tuvo por demostrado que el monto que percibía no fue el señalado por los co-demandados en el escrito de contestación, sea el reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social. Tal circunstancia, en el caso concreto, no puede servir para denegar el derecho del actor, pues la posibilidad de aportar los verdaderos salarios devengados por el trabajador la tenían los co-demandados. El Derecho Laboral está basado en los principios que rigen la doctrina de la justicia social y en el de la solidaridad. Por eso, la Constitución Política, en el último artículo del título referido a los derechos y garantías sociales establece que “Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”. El artículo 1° del Código de Trabajo, por su parte, señala que “El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos y de Justicia Social” y, el 17 indica que “Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y leyes conexas, tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social.” De conformidad con lo expuesto, resultaría contrario a los principios indicados, denegar las pretensiones del accionante pues se estaría más bien tutelando una incorrecta práctica procesal del empleador, quien teniendo los registros reales no los aporta y el trabajador queda en imposibilidad de cuantificar, con exactitud, el monto real de su salario, pues éste siempre se le pagaba en dinero en efectivo, sin que a él le quedara algún comprobante que le permita probar en juicio el verdadero salario que se le cancelaba. Le resultaría entonces muy fácil al empleador que cuenta con los registros respectivos, liberarse de su obligación; pues con sólo omitir presentarlos – lo que también sería contrario a la buena fe-, se vería exento de pagar lo que de conformidad con lo que la ley le corresponde. Por consiguiente, resultan de aplicación las reglas procesales explicadas anteriormente. Asimismo, lleva razón el recurrente en cuanto señala que la falta de contrato escrito debe serle imputada al empleador (artículo 120 en relación con el 25, ambos del Código de Trabajo).

V.- FIJACIÓN DE LOS DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN AL ACCIONANTE: De conformidad con lo expuesto, procede recalcular los derechos concedidos al accionante con base en el salario de ¢400.000,00. Cabe advertir no obstante que, como el actor apeló únicamente de la limitación global de la condena a la cuantía en que se estimó la demanda; se conformó con los extremos y montos individualmente fijados por el A quo. Por eso, en los casos en que, de conformidad con los nuevos cálculos, le pudieran corresponder sumas mayores, aún así habrán de mantenerse las sumas fijadas por el A quo. Así tenemos que: por **preaviso** la condena ha de fijarse en ¢199.999,99; pero, al no apelar se conformó con la suma fijada por el A quo en ¢187.500,00. Por **cesantía**, la condena debería fijarse en ¢266.666,66, más, por la misma razón, debe



establecerse en ¢250.000,00. Los salarios caídos, fijados en seis meses de salario, se recalculan en la suma de ¢2.400.000,00; no obstante, como no apeló, la obligación debe quedar en ¢2.250.000,00. Respecto del salario correspondiente al **último viaje**, está claro que éste se extendió del 18 de agosto hasta el 5 de octubre del 2.000; sea, un total de 49 días. Por consiguiente, le correspondía la suma de ¢653.333,32 y no la reclamada de ¢750.000,00. El A quo tuvo por acreditado que (según la demanda y la testimonial) al actor le adelantaron ¢20.000,00; y que también se le canceló la suma de ¢120.000,00 –total de ¢140.000,00–, por lo que lo adeudado por salarios dejados de cancelar asciende a ¢513.333,31. No obstante, por la razón indicada, la condena ha de establecerse en la suma fijada por el A quo, es decir ¢397.500,00 (por 43 días de viaje y, una vez aplicados los rebajos dichos). Por otra parte, en la primera instancia se tuvo por acreditado el pago de las vacaciones y el aguinaldo proporcional, con base en el depósito bancario visible al folio 97, por un monto de ¢82.895,00. Los cálculos respectivos se harán con base en el salario señalado, pues no existe prueba, por las razones indicadas, de la remuneración percibida por el actor en cada momento, según la base de cálculo con que ha de establecerse dichos derechos. En cuanto al **aguinaldo proporcional**, si bien el A quo lo fijó en ¢397.500,00, lo correcto son: 7 doceavos (del 29 de febrero al 13 de octubre, ambos meses del 2.000), sea la suma de ¢233.333,33. (¢400.000 / 12 x 7 doceavos). Por **vacaciones proporcionales**, pese a que el A quo las fijó en ¢93.750,00 lo correcto son: 7 días (1 día por cada mes –completo- trabajado, según el artículo 153 del Código de Trabajo), lo que asciende a ¢93.333,33 (¢400.000,00 / 30 X 7). El total, por vacaciones y aguinaldo asciende a ¢326.666,66; más, como consta un pago de ¢82.895,00; lo adeudado por esos derechos sería la suma ¢243.771,66; no mayor a la fijada por el A quo, por ambos extremos. El total de extremos suma ¢3.328.771,60. Sin embargo, ha de disponerse en ¢2.500.000,00, pues ese fue el monto en el que la parte actora limitó sus pretensiones (folio 13), sin que sea posible, como lo pretende el recurrente (folio 370), conceder más de lo pedido, pues ello implicaría resolver ultra petita; dado que nuestro ordenamiento jurídico laboral no contempla el principio procesal de tutela; violentándose, entonces, las normas 99 y 155 del Código Procesal Civil."

h)Salario: Forma de determinarlo en el caso de los pescadores cuando los reportes hechos a la CCSS no concuerden con lo realmente devengado

[Sala Segunda]¹³

Voto de mayoría

"II.- El problema a dilucidar en esta instancia tiene que ver con la fijación del verdadero salario devengado por el actor como marinero al servicio de las codemandadas; es decir, si la remuneración percibida por el trabajador, fue o no debidamente fijada por los juzgadores de las instancias precedentes. Como se indicó, en el escrito inicial de demanda, don José Javier Montes Montes señaló que su salario era a destajo y el promedio mensual fue de ¢400.000. La parte demandada negó que ese fuera el salario del accionante y señaló que la remuneración cancelada era la que se reportaba como tal a la Caja Costarricense de Seguro Social. Al folio 1, consta un documento denominado "Comprobación de derechos para uso de asegurado directo" (conocido popularmente como "orden patronal"), que proviene de la información remitida a la Caja Costarricense de Seguro Social, en el cual se indica que su salario, en junio del 2000, era de



¢69.720. Del Estudio Parcial de Planillas de folio 54 se desprenden los salarios que del actor se reportaron, de enero a setiembre del 2000; por su orden de ¢69.720, los primeros seis meses y de ¢73.500 los tres siguientes. El testigo Rodrigo Campos Madrigal, cuya declaración se valora con las consideraciones que el caso amerita, pues tiene una demanda planteada por las mismas razones que aquí se conocen, señaló que, efectivamente, podían obtener una remuneración que oscilaba entre quinientos y setecientos mil colones por viaje de dos meses de duración aproximadamente. Además, agregó: “La orden patronal que me daban no decía lo que yo ganaba realmente, nunca reclamé porque me iban a decir que me despedían y uno necesita el empleo” (folios 68 a 71). Por su parte, el deponente Carlos Luis Alvarado Hernández, trabajador de la codemandada Transpomariscos El Veleró S.A., en su declaración, señaló que el salario pagado era de aproximadamente ¢3.000 diarios, y no por viaje, con independencia de lo capturado (folios 72 a 73). La demandada aportó una certificación de Contador Público Autorizado, en la que se indica que, de acuerdo con los registros contables de la empresa, el total de salarios pagados al actor en el período fiscal 2000 asciende a ¢712.320 (folio 143). A folios 101 y 150 constan un depósito bancario y un recibo, el primero, del 24 de octubre del 2001 –ya iniciado el proceso-, por la suma de ¢89.040, por pago proporcional de vacaciones y aguinaldo; indicándose en el segundo, que corresponde al período comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 y el 30 de noviembre del 2000. Estas sumas, no calzan con los salarios que han sido reportados a la Caja Costarricense de Seguro Social. Ante el órgano de alzada, como prueba para mejor proveer, se ordenó un dictamen pericial, que rindió el perito licenciado Álvaro Pérez Guevara, con base en el cual se estableció que la remuneración en la pesca de palangre es variada y depende muchas veces del tipo de embarcación; no obstante, por lo general, consiste en un porcentaje de las ganancias. Se indica en ese peritaje que en las embarcaciones de entre 20 y 22 metros, se acostumbra cancelar un porcentaje entre el veinte y el veinticinco por ciento de las ganancias, sin que llegue a superarse el treinta por ciento. En embarcaciones más grandes, el porcentaje pagado es del 17% al 20%. En ambos casos, el capitán gana 3 partes, 1,5 partes el maquinista; 1,25 partes el enhielador, el winchero y el cocinero –cada uno-; y 1 parte, cada marinero. Asimismo, según el peritaje, si no se obtienen ganancias, tampoco procede el pago de salario alguno. En algunas ocasiones, según se indicó, y por esa circunstancia, se ha adoptado el sistema de pago fijo, que no es mensual, sino por los días que duró el viaje (ver dictamen en folios 245 a 253 y su ampliación en folios 266 a 267). En cuanto al salario, esas son las pruebas que constan en los autos. En primer término, debe partirse de una premisa de carácter fundamental, a saber, la falta de contrato escrito y, por ende de la documentación, entre otros, del salario pactado, debe serle imputada al empleador (artículo 120 en relación con el 25, ambos del Código de Trabajo). Lo anterior, aunado al análisis de las probanzas en su conjunto, en relación con la posición que las partes han tenido durante la litis y tomando en cuenta la confesional del demandante (folios 156 y 157), lleva a la Sala a la conclusión de que el pago del salario era a destajo, tal y como lo señaló el accionante en su demanda. La parte accionada sostiene que la suma que se pagaba era fija y así lo declaró uno de los testigos ofrecidos; sin embargo, del dictamen pericial que consta en los autos, y de otras declaraciones, se desprende que la costumbre imperante es la de participación en las ganancias, sin que haya podido constatarse que la remuneración fuera única, como lo sostuvo la parte accionada. Los reportes enviados a la Caja Costarricense de Seguro Social no constituyen prueba fehaciente del salario efectivamente devengado y en relación con otras pruebas, como se indicó, se desprende que el manejo hecho por la parte empleadora no es claro. Luego, como en reiterados fallos se ha indicado y probado, existe una práctica viciada de reportar sumas inferiores o salarios que no corresponden efectivamente a los devengados por el trabajador, por lo que en el caso concreto dichos reportes no pueden servir para acreditar el salario. (Al respecto, pueden consultarse las sentencias de esta Sala, números 358, de las 15:50 horas del 29 de junio; 770, de las 15:20 horas del 20 de diciembre, ambas del 2.001 y 539, de las 9:50 horas del 6 de noviembre del 2.002). En otras sentencias de esta Sala, también ha mediado pronunciamiento en el sentido de que los



trabajadores del mar siempre perciben como salario parte de las ganancias; sólo que, en esas resoluciones, de las cuales se hace mención en el recurso y también se ha recurrido a ellas durante el transcurso de la litis, no se ha aceptado la costumbre imperante, de que el trabajador pueda dejar de devengar salario, al menos el mínimo legal, cuando no se obtengan ganancias; pues, de esa manera, se trasladaría en parte las consecuencias de la inactividad pesquera al trabajador. Luego, está claro que en dichos fallos se señaló que la fijación ahí realizada se hacía para el caso específico, en relación con las probanzas evacuadas (En tal sentido, pueden consultarse las sentencias números 258, de las 9:00 horas del 14 de octubre de 1998; y, 277, de las 9:50 horas del 7 de junio del 2002). Por consiguiente, se estima que el procedimiento para determinar el salario del actor, fue el señalado por éste en el escrito inicial. Ahora bien, para realizar la operación aritmética correspondiente, en los autos constan los reportes de captura y el detalle de promedios (folios 37 y siguientes). No obstante, el apoderado especial judicial del accionante ha objetado, en forma reiterada, la información que se desprende de dichos documentos, aduciendo que las sumas ahí señaladas constituyen una manifestación unilateral del empresario no verificadas por el INCOPECA, a la vez que de conformidad con esos reportes, las ganancias serían en realidad muy pocas, casi ínfimas, para el tipo de actividad de que se trata; pues, con base en el valor de la embarcación, del gran riesgo que representa la actividad en sí, de la depreciación del valor de los barcos, entre otras cuestiones, resultaría más productiva la inversión monetaria en cualquier entidad bancaria. Señala que de las sumas reportadas a los folios 37 y 38, a las ganancias habría que rebajarles no sólo el monto de la planilla, sino también lo correspondiente por cargas sociales, el mantenimiento de las naves, el costo operativo, entre otros posibles gastos, quedando muy poca ganancia, lo que resulta contrario a la lógica y la experiencia. Por otra parte, sostiene que el co-demandado Wang Shih dijo, en la denuncia penal, que el valor de las aletas de tiburón supuestamente sustraídas, tenían un valor de veintitrés mil colones el kilo, lo que contradice los documentos apuntados, donde el precio más alto fijado para dicho producto fue de dos mil quinientos colones (ver prueba citada en relación con los folios 4 a 7). Aunado a lo anterior, analizada la cantidad de kilos reportados en los diferentes viajes, se estima, tal y como lo apuntó el apoderado especial judicial del accionante, que las ganancias resultan ser pocas (folios 302 y siguientes). Por consiguiente, en el caso bajo análisis, con base en lo expuesto y de conformidad con la impugnación realizada por el recurrente, la Sala concluye que la documental señalada no le merece la fe suficiente para fijar, con base en ella, la remuneración que efectivamente devengaba el trabajador. Ahora bien, tal y como se ha dispuesto en otros casos, procede tener como real el salario apuntado por el accionante en su demanda de setecientos cincuenta mil colones por un viaje de dos meses, lo que arroja la cantidad promedio de trescientos setenta y cinco mil colones mensuales; aunque si bien es cierto en la ampliación de ese libelo fue elevado a cuatrocientos mil colones, aquel se estima razonable y fue el tomado en cuenta en la sentencia de primera instancia sin que el actor se mostrara inconforme con la fijación. Como lo ha indicado el apoderado especial judicial del demandante, la actividad de los trabajadores pesqueros se lleva a cabo en circunstancias especiales, por las cuales el pescador se ve obligado a dejar su familia por un período extenso; igualmente, en su labor diaria, los trabajadores del mar se ven expuestos a las condiciones climáticas que pueden resultar adversas y a otros peligros de la naturaleza, propios de la actividad. Asimismo deben laborar continuamente, sin gozar de día de descanso, hasta que lleguen al puerto de atraque, donde deben trabajar en las labores de descarga y alisto de la embarcación, período durante el cual no perciben remuneración alguna, sino que la labor realizada durante el período de pesca cubre también esta otra actividad. Esas razones y la modalidad de pago, con base en las ganancias, hacen concluir sobre la razonabilidad del monto indicado por la parte actora (artículo 493 del Código de Trabajo). Además, cabe indicar que en la reciente sentencia de esta Sala, número 411, de las 10:50 horas del 8 de agosto del 2003, en un caso similar al que ahora se conoce, donde no habían elementos probatorios suficientes respecto del monto del salario, se indicó: “Así las cosas, si la parte demandada tuvo la oportunidad de traer a los



autos la información necesaria para tener por acreditados los verdaderos salarios de los demandantes y no lo hizo, debe atenerse a la presunción de veracidad que se le confiere a la demanda, en virtud del principio de redistribución de la carga probatoria, tal y como se hizo en las instancias precedentes.”. En efecto, de manera reiterada se ha señalado que en el Derecho Procesal Laboral, el empleador demandado es normalmente el responsable directo de tener que aportar los elementos probatorios respectivos; pues, al ser la parte más fuerte de la contratación, tiene mayor facilidad de pre-constituir, durante el transcurso de la relación de trabajo, la prueba tendiente a demostrar los normales hechos aducidos, en un juicio de naturaleza laboral. En el caso concreto, está claro que el salario aducido por los codemandados y reportado a la Caja Costarricense de Seguro Social no coincide con la realidad y éstos eran quienes tenían la posibilidad de aportar los verdaderos salarios devengados por el trabajador, y no lo hicieron. El Derecho Laboral está basado en los principios que rigen la doctrina de la justicia social y en el de la solidaridad. Por eso, la Constitución Política, en el último artículo del título referido a los derechos y garantías sociales establece que “Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”. El artículo 1° del Código de Trabajo, por su parte, señala que “El presente Código regula los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión del trabajo, de acuerdo con los principios cristianos y de Justicia Social” y, el 17 indica que “Para los efectos de interpretar el presente Código, sus Reglamentos y leyes conexas, tomarán en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social.” De conformidad con lo expuesto, resultaría contrario a los principios indicados, denegar las pretensiones del accionante pues se estaría más bien tutelando una incorrecta práctica procesal del empleador, quien teniendo los registros reales no los aporta y el trabajador queda en imposibilidad de cuantificar, con exactitud, el monto real de su salario, pues éste siempre se le cancelaba en dinero en efectivo, sin que a él le quedara algún comprobante que le permita probar en juicio el verdadero salario que se le cancelaba. Le resultaría entonces muy fácil al empleador que cuenta con los registros respectivos, liberarse de su obligación; pues con sólo omitir presentarlos –lo que también sería contrario a la buena fe-, se vería exento de pagar lo que de conformidad con la ley le corresponde. Por consiguiente, resultan de aplicación las reglas procesales explicadas anteriormente.-

III.- De conformidad con lo expuesto, procede recalcular los derechos concedidos al accionante, con base en un promedio salarial mensual de ₡375.000 y por el período comprendido entre el 1° de diciembre de 1999 y el 13 de octubre del 2000.”

i) Capitán de nave marítima: Análisis sobre la jornada laboral y pago de horas extra

[Sala Segunda]¹⁴

Voto de mayoría

I. Mediante el Voto N°188-I-02, de las 13:30 horas, del 16 de octubre del 2002, el Tribunal de Puntarenas modificó la sentencia del a quo, para reconocer el pago por jornada extraordinaria pretendido en la demanda. Para hacer los cálculos correspondientes consideró que el actor, quien fungía como capitán de una embarcación, estaba sujeto a la jornada excepcional de doce horas diarias, prevista en el artículo 143 del Código de Trabajo y, según sostuvo, a una jornada semanal



de setenta y dos horas; que laboraba dos días, en los cuales descansaba entre las veintidós y las cinco horas y los dos días siguientes. Ante esta instancia, acude el apoderado especial judicial del actor para protestar la denegatoria de pago por el tiempo de trabajo entre las veintidós y las cinco horas en el cual el “ferry” donde laboraba como capitán permanecía asido a la boya. Alega que éste no podía disponerlo a discreción, o sea, no era tiempo libre, según se acreditó con la prueba testimonial evacuada y precisamente se le despidió por haber abandonado su puesto durante la noche y trasladarse a Paquera. Agrega que la necesidad de que la tripulación se quedara en el barco tenía su razón de ser: “... el ferry hace el último viaje de Puntarenas a las 10:00 p.m y deben salir al día siguiente en la mañana, desde las 5:00 a.m deben encender la máquina del Ferry que queda anclado en la boya, los trabajadores tienen que seguir ligados, pues es posible que durante la noche haya alguna variación en la marea, vientos, corrientes, un choque con otra embarcación o que el barco esté haciendo agua, pudiendo hundirse si la situación no era atendida”. Pide se deje para la etapa de ejecución de sentencia el cálculo de la suma a pagar por jornada extraordinaria, tomando en cuenta las siete horas extra que no fueron incluidas en la sentencia impugnada. Por otra parte, para el recurrente, la sentencia venida en alzada aplicó en forma incorrecta el artículo 143 indicado, pues el demandante sí estaba sujeto a fiscalización hasta por parte de sus subalternos y tampoco califica en ninguno de los supuestos contemplados en dicha norma y “... aunque así lo fuera ni siquiera éstos están obligados a laborar un horario superior a las doce horas diarias y el señor Rosales Peralta, laboraba 96 horas por semana.” Con base en lo anterior le achaca al Tribunal la violación del artículo 58 de la Constitución Política y de los numerales 136, 137, 139 y 143, todos del Código de Trabajo y, por la misma razón, pide revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, condenar a la accionada a pagar las horas extra, intereses y costas en los términos en que lo hizo el a quo. II.- En el Capítulo Único, del Título V, de la Constitución Política, referido a los Derechos y Garantías Sociales, se encuentran consagrados algunos derechos laborales, que el constituyente consideró debían tener rango constitucional. Entre ellos encontramos la jornada laboral, prevista en el artículo 58, en los siguientes términos: “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”. Por su parte, en el Capítulo II, del Título III, del Código de Trabajo, encontramos el tratamiento legal de la jornada de trabajo y los rangos horarios que comprenden las jornadas diurna y nocturna (artículo 136), reiterándose los límites fijados en la aludida norma constitucional, más allá de los cuales no es posible obligar al trabajador a laborar, salvo los casos de excepción que ahí se indican y que, como tales, en tanto vienen a ampliar la jornada de trabajo, deben ser interpretados en forma restrictiva, en atención a los intereses del trabajador. Además, el numeral 138 siguiente, en armonía con aquella norma de la Carta Fundamental, dispone que 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. Los servicios efectivos prestados por el trabajador al patrono fuera de dichos límites o fuera de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituyen jornada extraordinaria, la cual deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos o de los salarios superiores a éstos que se hubieren estipulado (artículo 139 del mismo cuerpo normativo). Ahora bien, el referido artículo 58 constitucional posibilita establecer por vía legal, para casos muy calificados, jornadas especiales que superan aquellos límites. Por ello, el párrafo segundo, del numeral 136 del Código de Trabajo, dispone que en los trabajos que por su propia condición no sean insalubres o peligrosos, pueda 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 cuarenta y ocho horas y el artículo 143, expresamente establece: “Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que



trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”. Para el supuesto de los trabajadores del mar, como es el caso del actor, quien prestó servicios a la accionada como capitán del “Ferry” de Paquera, desde el 27 de octubre de 1997, el numeral 125 ibídem, dispone: “Tomando en cuenta la naturaleza de las labores que cada trabajador desempeñe, la menor o mayor urgencia de éstas en caso determinado, la circunstancia de estar la nave en el puerto o en el mar y los demás factores análogos que sean de su interés, las partes gozarán, dentro de los límites legales, de una amplia libertad para fijar lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otras de índole semejante”. Fuera de los límites a la jornada, a los cuales se ha hecho mención, fijados en la Carta Fundamental y en la ley, en el ordenamiento jurídico interno no se cuenta con una regulación especial y distinta para este tipo de trabajadores, por lo que debemos estarnos a aquella. El Convenio 180 de la Organización Internacional del Trabajo, denominado “Convenio sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques”, del año 1996, el cual no ha sido ratificado por Costa Rica, sólo podría ser aplicado en defecto de normas internas que regulen el asunto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 15 del Código de Trabajo. Mas, esa no es la situación de autos, en la cual existe normativa clara, según se analizó, incluso de rango constitucional, sobre los límites de la jornada de trabajo. En todo caso, revisado ese reciente Convenio sobre las jornadas de los trabajadores en el mar, se observa que en el artículo 4, se establece la pauta de que en materia de horas normales de trabajo, para este tipo de empleados al igual que la de los demás trabajadores, deberá basarse en una jornada de ocho horas, con un día de descanso semanal y con los días de descanso que correspondan a los días festivos oficiales. En el ordinal 5 siguiente, se establecen algunos límites en relación a las horas de trabajo o de descanso, estableciéndose, entre otros, que el número máximo de horas de trabajo no excederá de 72 horas por cada período de siete días. De ahí que, en principio, esa regulación no se contrapone a lo resuelto por el Tribunal el cual partió de una jornada acumulativa semanal de 72 horas y sujetándose a la jornada excepcional dispuesta en el aludido numeral 143.-

III.- En la demanda se pidió el pago por jornada extraordinaria, alegándose haber laborado en turnos de cuarenta y ocho horas seguidas y dos días de descanso, con excepción de los siete primeros meses de la relación, en los cuales trabajó en turnos de veinticuatro horas y cuarenta y ocho horas de descanso (ver demanda y su ampliación en folios 5 a 6 y 10). A tenor de lo dispuesto por el artículo 560 del Código de Trabajo, en esta tercera instancia rogada no se puede entrar a conocer puntos o extremos que no hayan sido sometidos a estudio debidamente por las partes. En consecuencia, el análisis debe circunscribirse a los agravios que la parte actora interpone y que tienen que ver con la denegatoria de pago por horas extra respecto del intervalo que va entre las veintidós y las cinco horas, en el cual el demandante debía permanecer en la embarcación; así como si por las labores por él desempeñadas estaba sujeto a la jornada ordinaria de ocho horas o, si por el contrario, su caso está dentro de los supuestos establecidos como excepción en el numeral 143 del Código de Trabajo, tal y como lo estimaron los señores jueces sentenciadores. A la Sala no le cabe la menor duda, de que el demandante en su calidad de capitán de la embarcación no estaba sujeto a aquella jornada común de ocho horas, sino, a esta otra excepcional. El recurrente alega haber estado sujeto a fiscalización, la cual era ejercida hasta por sus propios subalternos. Sobre el particular deben hacerse algunas observaciones. En primer término, la fiscalización a la que alude la norma, es aquella ejercida en forma inmediata por parte del patrono o de su representante y que no es más, que una consecuencia del poder de dirección y



disciplina que tiene éste en toda relación de trabajo, dado el grado de subordinación jurídica a que está sometido el trabajador. De ahí que, no pueda considerarse que el capitán del barco pudiera ser fiscalizado en esos términos por sus propios subalternos. Por el contrario, él como máxima autoridad en la embarcación, fungía como representante patronal ante éstos y dirigiendo e inspeccionando sus tareas. Así quedó expresamente regulado en el artículo 5 del Código de Trabajo: “Se considerarán representantes de los patronos, y en tal concepto obligarán a éstos en sus relaciones con los trabajadores: los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y, en general, las personas que a nombre de otro ejerzan funciones de dirección o de administración”. En armonía con esa disposición, el numeral 119 *ibidem*, establece: “El capitán de la nave se considerará, para todos los efectos legales, como representante del patrono, si él mismo no lo fuere; y gozará también del carácter de autoridad en los casos y con las facultades que las leyes comunes le atribuyan”. Desde esa perspectiva, el señor Rosales Peralta, al no contar con fiscalización superior inmediata de sus propias labores, estaba sujeto a la mencionada jornada doce horas. Mas, también podemos arribar a igual conclusión, porque el capitán de un barco y, por ende, máximo responsable de éste, sin lugar a dudas, debe ubicarse como parte del personal de confianza de la empleadora, en quien se ha encargado un bien fundamental para la empresa, como lo es el “Ferry”, y de cuya pericia va a depender la seguridad de éste y de las personas que viajan en él. Abona a lo anterior el hecho que se analizará, respecto de la discontinuidad de sus labores, supuesto también contemplado en nuestra legislación para efectos de ampliar la jornada ordinaria de ocho a doce horas diarias. Así las cosas, el agravio presentado por el recurrente en este aspecto no es de recibo.-

IV.- La parte demandada se ha opuesto a considerar como tiempo efectivo de trabajo el comprendido entre las veintidós y las cinco horas, en el que el actor permaneció en la embarcación; tesis que fue acogida en la sentencia impugnada y por la cual se reclama. El artículo 137 del Código de Trabajo señala que el tiempo de trabajo efectivo es aquel 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. Analizadas las probanzas conforme con las reglas de la sana crítica (artículo 493 *ibidem*), se colige que la situación del actor encaja en el supuesto contemplado en dicha norma, pues, durante dicho lapso, el actor no podía hacer lo que quisiera, es decir, disponerlo, como si se tratara de tiempo libre. Todo lo contrario, a él se le prohibió salir de la embarcación y debía estar atento para resolver cualquier problema que se presentara; siendo evidente que en esas horas, ponía su fuerza de trabajo al servicio de la empleadora, la que por recibir dichos servicios, de igual forma, estaba obligada a retribuirlos y no lo hizo. Tal y como se da cuenta en el recurso, en ese tiempo, los trabajadores debían estar atentos a cualquier acontecimiento y de hecho en no pocas oportunidades se dejó constancia de ello en la bitácora. Así, por mencionar algunas, en el año 1998, el 3 y el 5 de abril, las máquinas estaban trabajando a las 00:35 y a las 3:50 horas respectivamente y, en esta última data la embarcación salió de Paquera desde las 4:05 horas y regresó hasta las 23:00 horas; el día 6 siguiente, el motor estaba funcionando a las 00:00 horas, la salida fue a las 4:00 horas y no fue sino hasta las 23:30 que terminaron los recorridos y quince minutos después se dejó constancia de la llegada de un carro con diesel; el 7 de abril la salida fue a las 4:00 horas y se amarró a la rampa hasta las 24:00 horas; también los días 8 y 11 la salida se dio a las 4:00 horas y el atraque luego de las 23:00 horas; el 12 de abril la salida de Paquera fue a las 00:00 horas, para regresar a las 3:15 horas y salir de nuevo a las 4:20 horas, quedando las máquinas fuera de servicio a las 23:50 horas. También el 3 de mayo observamos que la embarcación llegó a Paquera a la 1:45 horas, a las 3:30 horas se da cuenta de la llegada de un camión con diesel para la embarcación y de la salida a las 4:00 horas; el 5 de mayo las máquinas estaban trabajando a las 3:00 horas; el 9 de mayo el “Ferry” se atracó hasta las 00:25 horas y abarloado 00:45 horas; el 10 de mayo 2:50 horas fue despegado del Contramar II, a las 3:25 permaneció nuevamente en rampa y la salida se dio a las 4:00 horas (ver documentos en



sobre aparte). Lo anterior evidencia, que el capitán como responsable de la embarcación debía estar atento a cualquier novedad e incluso las salidas y llegadas de la embarcación podían no coincidir con las 5:00 y las 22 horas. Esa conclusión encuentra, además, sustento en la declaración de Carlos Luis Arias Chaves, trabajador de la accionada, quien manifestó lo siguiente: "... un día en horas de la noche, en el último viaje de Puntarenas a Paquera, el señor Víctor Rosales, me dijo antes de atracar en la terminal del ferry de Paquera que si lo podía llevar a San Rafael de Paquera, donde una dama, le dije que sí podía, pero debía buscar un vehículo, antes el capitán le había dicho a un compañero de trabajo de nombre Eladio, pero él le contestó que no podía porque tenía que hacer la primera guardia. **Era prohibido para los tripulantes y los capitanes, cuando el ferry estaba atracado en Paquera salir de la embarcación.** Llegamos al relleno como a las nueve y media de la noche, atracamos, conseguimos la motocicleta de Eladio, fui a dejarlo a la casa de la dama como a eso de las diez de la noche y lo fui a recoger nuevamente a eso de las doce de la noche, mientras lo recogía, yo me quedé en Paquera en la casa de mi mamá, cuando llegamos al barco nos acostamos a dormir ... yo desconocía que era prohibido salir del barco, aunque la ordenanza existe, la desconocía" (énfasis suplido). Y, agregó: "... sí el señor Rosales estaba obligado a permanecer en el centro de trabajo" (folios 79 a 80). Lo anterior se refuerza con la declaración de Eladio Méndez Mora, trabajador de la accionada, quien relató. "... creo que en la última semana de junio o la primera de julio del año pasado, en el último viaje de Puntarenas a Paquera, el capitán Rosales, me pidió que lo llevara a Santa Cecilia de Paquera, le dije que no podía debido a que me tocaba la guardia de la noche que le podía prestar la motocicleta, lo cual hice y quien lo llevó fue Carlos Arias, cuando regresaron no me enteré debido a que yo había hecho mi guardia y estaba durmiendo ... Cuando presté mi motocicleta era prohibido para toda la tripulación salir del barco" (folios 84 y 85). Según la carta de despido, fechada 13 de julio del 2000 y del documento suscrito por el Contralor de Gestión y Servicios de la accionada que le sirvió de sustento, los cuales se guardan en sobre aparte, el rompimiento de la relación laboral entre las partes de modo unilateral por parte de la empleadora, se fundó, entre otros hechos, precisamente en el abandono del puesto que hizo el actor durante la noche para trasladarse en motocicleta a Paquera centro. Lo anterior es una clara muestra de la prohibición existente, de poder salir de la embarcación. Así las cosas, el tiempo en que el actor debía permanecer en esas condiciones, aún cuando en el barco no se presentara ninguna emergencia y pasara durmiendo, no era tiempo libre, sino a disposición de la parte patronal, quien, por la misma razón, debió cancelárselo con el importe correspondiente al salario ordinario más un cincuenta por ciento, dado que se trataba de servicios cumplidos fuera de la jornada ordinaria que, como se dijo, era de doce horas diarias.

V.- Como consecuencia del análisis realizado, el recurso es atendible en cuanto se reclama el error en que incurrió el Tribunal al no haber considerado como tiempo laborado en jornada extraordinaria el comprendido entre las 22:00 horas y las 5:00 horas. Por esa razón, debe modificarse la sentencia recurrida respecto de los montos concedidos por horas extra. En su lugar, deberá reconocerse ese extremo tomando en cuenta que el actor también laboraba en ese intervalo, dejándose su cálculo, como se solicita en el recurso, para la etapa de ejecución del fallo, para lo cual se deberá tomar en consideración una jornada acumulativa semanal y no diaria tal y como lo hizo el Tribunal y no fue impugnado en esta instancia, así como que el demandante estuvo sujeto a la jornada especial del artículo ciento cuarenta y tres del Código de Trabajo. También deberá considerarse que en los primeros siete meses de la relación laboral, los servicios como capitán los prestaban tres personas y luego, sólo dos trabajadores, quienes laboraban dos días y descansaban los dos días siguientes. En los demás aspectos objeto de impugnación, procede confirmar la sentencia impugnada."

j) Horas extra: Análisis normativo en relación al trabajador del mar**Carga de la prueba en caso de labores efectuadas en tiempo extraordinario como si se tratara de una jornada normal u ordinaria**[Sala Segunda]¹⁵

Voto de mayoría

“I.- ANTECEDENTES: Ambos accionantes plantearon la demanda *apud acta* ante el Juzgado de Trabajo de Puntarenas. El actor Víctor Azofeifa Arias manifestó que laboró como jefe de cubierta para la entidad demandada desde el 27 de octubre de 1997 y hasta el 15 de diciembre de 2005. Indicó que trabajaba turnos de veinticuatro horas seguidas y posteriormente gozaba de cuarenta y ocho horas libres. Así, ingresaba a las ocho de la mañana del lunes y salía a esa misma hora del martes, luego tenía cuarenta y ocho horas libres, volvía a ingresar al término de estas con el mismo turno, y así sucesivamente. Por su parte, el codemandante Rafael Zeledón Montero indicó que laboró para la accionada como maquinista desde el 1° de febrero del 2000 hasta el 15 de diciembre de 2005 con el mismo horario anterior. Ambos señalaron que, a pesar de lo anteriormente referido, no se les pagaron las horas extra laboradas ni se les reconocía el día libre semanal. Por lo anterior, solicitaron que se condene a la demandada a cancelarles: al primero, un total de 5.760 horas extra y 384 días de descanso semanal; y, al segundo, un total de 6.528 horas extra y 144 días de descanso. Por último, pidieron que se condene en costas a la accionada. (Folios 11-13). Posteriormente, el apoderado especial judicial del actor Zeledón Montero presentó ampliación de la demanda. Aclaró que su representado trabajó como maquinista especializado del ferry peninsular que realiza viajes diarios continuos desde Puntarenas a Paquera. Según expuso, su horario comprendía 8 horas ordinarias y 16 horas extraordinarias por turno, lo que equivale a 16 horas ordinarias y 32 extraordinarias por semana, sin pago del día libre de descanso. Señaló que el cese fue por despido con responsabilidad patronal, sin embargo, en su liquidación no se reconocieron las diferencias por las horas extra laboradas. Solicitó que se condene a la demandada al pago de la diferencia por una jornada extraordinaria de 9.760 horas, 305 días de descanso semanal, así como las diferencias por reajuste de aguinaldo, vacaciones, preaviso y cesantía. Asimismo, reclamó los intereses legales desde el 15 de diciembre del 2005 -fecha de la liquidación- hasta su efectiva cancelación. Requirió el pago de las diferencias de cotización laboral y patronal para el cálculo de la pensión otorgada, al no haberse reportado los salarios reales ordinarios con los extraordinarios. Por último, solicitó que se condene en costas a la demandada y se fijen los honorarios de abogado en el veinte por ciento de la condenatoria. Como pretensión accesorio, indicó que, por verse afectado el fondo de capitalización de pensiones, al reportarse salarios inferiores a la Caja Costarricense de Seguro Social, y el aporte obrero patronal, se ordene a la accionada rectificar ante esa institución el verdadero monto del salario del actor y aportar la parte patronal y obrera correspondiente, además de lo que en derecho le corresponda según la *Ley de Protección al Trabajador*. (Folios 18-22). Los apoderados especiales judiciales de la accionada contestaron negativamente la demanda. Aclararon que el coaccionante Azofeifa Arias ingresó como marinero y estuvo incapacitado varios meses antes de su despido en el 2004. Señalaron que mientras el ferry no funcionaba, los trabajadores podían dormir sin objeción alguna. Asimismo, indicaron que en caso de que se necesitara algún trabajo extraordinario durante ese tiempo, se les pagaba horas extra. Adujeron que, en razón del horario que tenían, siempre contaban con días libres a la semana. Refirieron que se trataba de un horario con disponibilidad, es decir, descansaban cuando el ferry no laboraba, pero debían estar disponibles de cumplir con el horario y, además, cuando se



les requería en ese periodo, siempre se les cancelaban horas extra. Añadieron que sí disfrutaban los días libres, de manera que en caso de que debieran trabajar, se les pagaba conforme a derecho. Opusieron las excepciones de falta de derecho, prescripción, pago e indebida acumulación de pretensiones. Solicitaron que se declare sin lugar la demanda en todos sus extremos y que se condene a los demandantes al pago de ambas costas. (Folios 211-214). El Juzgado de Trabajo de Mayor Cuantía de Puntarenas declaró parcialmente con lugar la demanda y obligó a la accionada a pagar al señor Azofeifa Arias la suma de ¢626.279,07 por 2.132 horas extra no canceladas y al señor Zeledón Montero, los siguientes montos: por diferencias de vacaciones ¢307.782,46, diferencia en preaviso ¢78.152,54, diferencia en auxilio de cesantía ¢498.740,40, por diferencia de aguinaldo ¢641.972,30, por 1.072 horas extraordinarias la suma de ¢739.467,47; para un total de ¢2.266.115,21. Reconoció además intereses legales sobre esos montos desde que se generó la deuda hasta su efectivo pago. Resolvió el asunto sin especial condena en costas. (Folios 262-276). Tanto el apoderado especial judicial del actor como los representantes de la demandada apelaron dicha sentencia. (Folios 279-281 y 286-287). El Tribunal de Puntarenas revocó el fallo y declaró sin lugar la demanda en todos sus extremos. Confirmó lo resuelto sobre costas. (Folios 291-303).

II .- AGRAVIOS DEL RECURRENTE: El apoderado especial judicial de los actores muestra disconformidad con la sentencia de segunda instancia. Alega que el tribunal confundió la naturaleza del trabajo de sus representados y los identificó como sujetos pescadores y no como gente de mar, denominación esta última que establece la Organización Internacional del Trabajo para diferentes clases de marinos. Señala que los sujetos denominados "gente de mar" son quienes ejercen su trabajo en la navegación marítima no pesquera, tienen jornadas diarias de trabajo muy definidas y sus salarios se cancelan por hora, quincena o mes; mientras que los denominados pescadores son quienes trabajan en buques dedicados a la actividad pesquera, tienen jornadas laborales no definidas -ya que dependen de la oportunidad de la pesca- y devengan un salario a destajo, según la pesca capturada. Aduce que las condiciones laborales entre ambos grupos son diferentes, por lo que reciben un tratamiento diferente por parte de los organismos internacionales, la doctrina y la legislación interna. Según menciona, incluso, desde el 15 de junio de 1920, la OIT ha venido diferenciando explícitamente en sus resoluciones a los marinos de profesión como sujetos pescadores y a la profesión de los sujetos "gente de mar", a la vez que se ha preocupado por establecer y limitar el máximo de horas laborales diarias ordinarias para ambas categorías. Apunta que es incorrecto pensar, como parece hacerlo el órgano de alzada, que ninguno tenga derecho al reconocimiento del pago de horas extra y de horas de descanso después de laborar en jornadas continuas de trabajo de 24 horas. Acusa una indebida aplicación del derecho laboral internacional comunitario por parte del órgano de alzada, lo que provocó una indebida fundamentación de la sentencia recurrida y una errónea argumentación del fallo. Indica que para la gente de mar existe normativa expresa que limita sus jornadas diarias laborales y distingue entre horas ordinarias de trabajo y horas extraordinarias, pues existe un límite para las horas máximas laborales diarias y que las demás son reconocidas como horas extraordinarias del trabajador, aunque sean trabajadores del mar, como genéricamente se expresa en la sentencia recurrida. Estima que de conformidad con los autos y el elenco de hechos probados, los actores eran trabajadores del ferry que hacían una travesía de Puntarenas a Paquera y viceversa, por lo que se debe concluir que no son pescadores sino que su trabajo está expresamente regulado por la OIT como gente de mar, ya que su labor la realizaban, respectivamente, como jefe de máquinas y como jefe de cubierta en dicho ferry de pasajeros y no en un buque pesquero. Sostiene que para justificar su argumentación, el tribunal invocó jurisprudencia errónea de un caso sobre el salario de un pescador; sin embargo en el presente asunto se trata de sujetos cuyas jornadas laborales no son extremadamente flexibles y ajenas al sistema jurídico establecido. Considera que la argumentación y fundamentación de la sentencia violenta los límites legales de protección para el trabajador en



cuanto a las horas diarias máximas de trabajo permitidas y no corresponde a la realidad en cuanto a la calificación profesional de los actores como gente de mar. Aduce que si bien el trabajo en el mar es de una condición especial, reprocha la extremada flexibilidad que le otorga la sentencia impugnada, ya que violenta indebidamente los límites legales establecidos. Según expone, de acuerdo con el tribunal, a ningún trabajador del mar que labore 24 horas continuas dentro de su lugar de trabajo le corresponde el reconocimiento y el pago de horas extra, razonamiento que estima incorrecto, ya que no se tomó en cuenta el horario de trabajo del ferry a Paquera, su tiempo de travesía, el puerto de embarque o desembarque y el domicilio de los trabajadores, lo cual quedó ayuno de fundamentación y de soporte normativo que lo respalde. Manifestó que el tribunal invocó el artículo 125 del *Código de Trabajo*, no obstante, lo analiza parcialmente sin tomar en cuenta la totalidad de su contenido y sus limitaciones, ya que se extrae que las partes tendrán una amplia libertad para establecer las jornadas laborales, sus descansos, turnos, etc. pero que esa libertad no es ilimitada, tal y como indebidamente razonaron los juzgadores. Alega que el trabajador no puede permanecer más de doce horas diarias en su trabajo en condiciones normales de su contrato de trabajo y que durante esta jornada tendrá derecho a un descanso de cuando menos una hora y media. Sin embargo, el tribunal concluyó que una jornada diaria de 24 horas para la gente de mar, al tener los trabajadores tiempo de descanso, es una jornada discontinua y no se debe recompensar el tiempo extraordinario. Señala que aunque se les ubique como gente de mar, el contrato realidad y su naturaleza obliga a analizar el horario y la travesía del ferry donde prestaban sus servicios. Según expone, no había necesidad de que sus representados permanecieran las 24 horas dentro del buque, ya que podían perfectamente desembarcar en Puntarenas o Paquera al terminar un turno máximo laboral de 12 horas, contemplado de 8 horas ordinarias y de cuatro extraordinarias, según las limitaciones de la legislación nacional. Por otra parte, el convenio 180 de la OIT para la gente de mar, -no aprobado como ley nacional- citado por el tribunal, determina que la jornada diaria para este tipo de trabajadores es de 14 horas de trabajo como máximo, por lo que cualquier exceso sobre la jornada ordinaria que permanecían trabajando en el ferry debe considerarse como tiempo extraordinario. Apunta que el órgano de alzada no fundamentó debidamente el motivo por el cual los actores están incluidos dentro de un caso de excepción muy calificado para que no se les reconozca el pago de las horas extra laboradas. Menciona que su jornada ordinaria de trabajo estaba sujeta a los límites contemplados en el numeral 136 y que cualquier exceso debe computarse, reconocerse y pagarse como horas extraordinarias. Reprocha la fundamentación del fallo en el sentido de que los accionantes no trabajaban más de las 48 horas ordinarias permitidas por semana, además de que se mantenían muy por debajo del máximo de 72 horas ordinarias semanales permitidas por el instrumento internacional denominado Convenio 180 de la OIT. Alega que este convenio no está ratificado por Costa Rica por lo que no es ley nacional. Además, argumenta que la legislación costarricense establece un máximo de 48 horas ordinarias semanales según la *Constitución Política* y el cómputo de las 48 horas ordinarias semanales que hace el tribunal está equivocado, ya que estas no son acumulativas. Así, el cómputo que hizo el tribunal de 48 horas ordinarias acumulativas por semana no solo es contrario a derecho, de conformidad con el principio protector y el artículo 15 del *Código de Trabajo*, sino que se opone a la jurisprudencia al efecto. Refiere que quedó acreditado que los accionantes trabajaban en turnos de 24 horas diarias y continuas sin el reconocimiento de las horas extraordinarias, turno abusivo que, por sí mismo, sobrepasa los límites legales. Estima que, además, es ilógico que un trabajador con un turno así no goce de periodos de descanso, además de que ese derecho se otorga tanto en los instrumentos internacionales como en la normativa interna. Señala que la parte accionada no demostró que los periodos de descanso eran al menos las horas establecidas por la ley y los instrumentos internacionales, pero los integrantes del tribunal especularon que posiblemente sí lo eran y, en violación al principio protector, lo dieron por un hecho. Solicita que se revoque la sentencia y se reconozca el pago de las horas extra, así como los ajustes de los demás extremos laborales. Por último, pidió que se condene en costas al accionado. (Folios 311-323).



III.- SOBRE LA JORNADA EXTRAORDINARIA DE TRABAJO: En el capítulo referido a los derechos y garantías sociales de los trabajadores, el constituyente reguló lo relacionado con las jornadas de trabajo. Así, en el artículo 58 se estableció que la jornada ordinaria de trabajo diurno no podría exceder de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Los límites de la nocturna se fijaron en seis horas diarias y treinta y seis semanales. Se estipuló también que el trabajo realizado fuera de esos límites, debe ser remunerado con un cincuenta por ciento más de los salarios establecidos, salvo casos de excepción muy calificados. Las regulaciones constitucionales armonizan con lo dispuesto en el Título Tercero del *Código de Trabajo*, Capítulo Segundo, donde se regulan los rangos horarios que comprenden las jornadas diurna y nocturna; además, se contempló una jornada mixta, la cual no podrá exceder de siete horas. Asimismo, se indicó también que, salvo casos graves de excepción, la jornada ordinaria, sumada a la extraordinaria, no podría exceder de las doce horas diarias. En el artículo 141 se establece la expresa prohibición de laborar tiempo extraordinario en los trabajos que, por su naturaleza, sean peligrosos o insalubres. Por otra parte, varias normas contemplan excepciones a aquellos límites. El segundo párrafo del artículo 136 dispone la posibilidad de fijar una jornada diurna de hasta diez horas, y mixta, hasta de ocho, siempre que el trabajo semanal no exceda de aquellas cuarenta y ocho horas máximas, cuando se trate de trabajos que no sean insalubres o peligrosos. El numeral 143, de manera más concreta e imperativa, señala: *“Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplen su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñen funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornadas de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”*. A la luz de lo anteriormente expuesto, corresponde entonces analizar el caso concreto, a efecto de determinar si los accionantes laboraron efectivamente una jornada extraordinaria durante la relación laboral, de conformidad con la naturaleza especial de sus relaciones de trabajo.

IV .- EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS TRABAJADORES DEL MAR: Esta Sala, en la sentencia número 574, de las 9:10 horas del 6 de julio del 2005, entre otras, realizó un recuento de los principales instrumentos internacionales que regulan el trabajo de los trabajadores marítimos, conocidos usualmente como *gente de mar*. En ese fallo se expuso: *“ La Organización Internacional de Trabajo, en atención a las condiciones laborales de la gente de mar y por la necesidad de ofrecerles una protección que tome en cuenta las circunstancias en que se desarrolla este trabajo, ha desplegado una importante actividad normativa, con el fin de regular las condiciones del trabajo marítimo. Los convenios y las recomendaciones sobre la materia pueden clasificarse en diferentes grupos. En el primero pueden incluirse los que contienen disposiciones generales respecto del trabajo marítimo y pueden incluirse los Convenios 108 (sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación); 145 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-); 147 (sobre la marina mercante -normas mínimas-), el Protocolo de 1.996 al Convenio 147 (relativo al convenio sobre la marina mercante -normas mínimas-), así como las Recomendaciones números 9 (sobre los estatutos nacionales de la gente de mar); 107 (sobre el enrolamiento de la gente de mar -buques extranjeros-); 108 (sobre las condiciones sociales y de seguridad de la gente de mar); 154 (sobre la continuidad del empleo -gente de mar-) y 155 (sobre la marina mercante - mejoramiento de las normas-). Otros convenios hacen recomendaciones sobre 'seguridad, salud y bienestar'. En cuanto a la seguridad pueden citarse los Convenios 34 y 68, así como las Recomendaciones 78 y 142. El Convenio 164 regula lo concerniente a la salud, y el bienestar está regido por el Convenio 163 y la Recomendación 173. Finalmente, en cuanto a la 'seguridad social' pueden citarse los Convenios 8, 55, 71 y 165, así como las Recomendaciones 10, 75 y 76. (OFICINA*



INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global, Malta, Organización Internacional del Trabajo, 2002, pp. 583-698). Nuestro país ha ratificado varios de esos Convenios. En efecto, el número 8, Convenio sobre las indemnizaciones de desempleo (naufragio), 1.920, fue adoptado mediante Ley N° 6.729, del 31 de octubre de 1.982. El Convenio 16, sobre el examen médico de los menores (trabajo marítimo), 1.921, fue ratificado por la Ley N° 6.728, del 31 de marzo de 1.982. El Convenio 92, sobre el alojamiento de la tripulación, 1.949, fue adoptado por la Ley N° 2.561 del 11 de mayo de 1.960. El Convenio 145, convenio sobre la continuidad en el empleo (gente de mar), 1.976, fue incorporado mediante Ley N° 6.548, del 18 de marzo de 1.981; y, el 147, sobre la marina mercante (normas mínimas), 1.976, fue adoptado por la Ley número 6.549, del 18 de marzo de 1.981". Además de los anteriores, cabe destacar los siguientes instrumentos internacionales atinentes a esta materia: el 166 sobre la repatriación, el cual ha sido revisado (1987), el 178 sobre la inspección del trabajo (1996), el 179 sobre la contratación y la colocación de la gente de mar (1996), el 180 sobre las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques (1996), el 185 sobre los documentos de identidad de la gente de mar (también ha sido revisado) (2003); MLC sobre el trabajo marítimo (2006). De estos, el que más interesa es el 180, el cual, aunque no ha sido ratificado por Costa Rica, se encarga de regular las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques. Este convenio entró en vigor el 8 de agosto del 2002 y fue revisado en el 2006 por el Convenio sobre el trabajo marítimo (MLC). Fue adoptado en la sesión de la conferencia 84, celebrada el 22 de octubre de 1996. Entre sus disposiciones más relevantes se encuentra el artículo 1, apartado 1, que dispone: "El presente Convenio se aplica a todo buque dedicado a la navegación marítima, de propiedad pública o privada, matriculado en el territorio de un Estado Miembro para el cual el Convenio se halle en vigor, y dedicado normalmente a operaciones marítimas comerciales. (...)". Por su parte, el artículo 2 reza: "A efectos del presente Convenio: ... b) la expresión horas de trabajo designa el tiempo durante el cual un marino está obligado a efectuar un trabajo para el buque; c) la expresión horas de descanso designa el tiempo que no está comprendido en las horas de trabajo; esta expresión no abarca las pausas breves; d) los términos gente de mar o marino designan a toda persona que la legislación nacional o los convenios colectivos califiquen como tal, y que esté empleada o contratada con cualquier cargo a bordo de un buque dedicado a la navegación marítima al cual se aplique el presente Convenio; e) el término armador designa al propietario del buque o a cualquier otra organización o persona, como puede ser el gestor naval o el fletador a casco desnudo, que asume del armador la responsabilidad por la explotación del buque y que, al hacerlo, acepta hacerse cargo de todos los deberes y responsabilidades correspondientes". En forma más concreta y relacionada con el tema objeto de análisis, las siguientes normas regulan lo relativo a horas de trabajo y de descanso de la gente de mar, para lo cual disponen: "Artículo 3. Dentro de los límites que se establecen en el artículo 6 se deberá fijar, ya sea el número máximo de horas de trabajo que no deberá sobrepasarse en un período determinado, ya sea el número mínimo de horas de descanso que deberá concederse dentro de un período de tiempo determinado. Artículo 4. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio reconoce que la pauta en materia de horas normales de trabajo de la gente de mar, al igual que la de los demás trabajadores, deberá basarse en una jornada laboral de ocho horas, con un día de descanso semanal y con los días de descanso que correspondan a los días festivos oficiales. No obstante, lo anterior no será óbice a que todo Miembro cuente con procedimientos para autorizar o registrar un convenio colectivo que determine las horas normales de trabajo de la gente de mar sobre una base que no sea menos favorable que la de dicha pauta. Artículo 5 1. Los límites en relación con las horas de trabajo o de descanso serán los siguientes: a) el número máximo de horas de trabajo no excederá de: i) 14 horas por cada período de 24 horas; ni ii) 72 horas por cada período de siete días; o bien b) el número mínimo de horas de descanso no será inferior a: i) diez horas por cada período de 24 horas; ni ii) 77 horas por cada período de siete días. 2. Las horas de descanso podrán agruparse en dos períodos como máximo, uno de los cuales deberá ser de al menos seis horas ininterrumpidas, y el intervalo entre dos períodos



consecutivos de descanso no excederá de 14 horas. 3. Los ejercicios de reunión de urgencia, lucha contra incendios, salvamento y otros ejercicios similares que prescriban la legislación nacional y los instrumentos internacionales deberán realizarse de tal forma que perturben lo menos posible los períodos de descanso y no provoquen fatiga. 4. Con respecto a situaciones en que un marino está en espera de llamada, como cuando una sala de máquinas funciona sin presencia de personal, el marino deberá gozar de un período de descanso compensatorio adecuado si resulta perturbado su período de descanso por el hecho de haberse producido una llamada. 5. En ausencia de convenio colectivo o laudo arbitral, o si la autoridad competente determina que las disposiciones de un convenio o laudo relativas a los párrafos 3 y 4 del presente artículo son inadecuadas, la autoridad competente adoptará medidas para garantizar que la gente de mar afectada disfrute de un período de descanso suficiente. 6. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del presente artículo no impedirán que un Miembro cuente con medidas en la legislación nacional o con procedimientos que faculden a la autoridad competente a autorizar o registrar convenios colectivos que permitan excepciones a los límites establecidos. Tales excepciones deberán ajustarse en la medida de lo posible a las normas establecidas, pero podrán tomarse en cuenta la mayor frecuencia o duración de los períodos de licencia o el otorgamiento de licencias compensatorias a la gente de mar que realiza guardias o que trabaja a bordo de buques dedicados a travesías de corta duración. [...] Artículo 8 1. El Miembro deberá exigir que se mantengan registros de las horas diarias de trabajo o de las horas diarias de descanso de la gente de mar para posibilitar el control del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el artículo 5. (...). Dentro de las recomendaciones emitidas por ese organismo internacional, la más relevante quizá para los efectos del caso bajo análisis es la recomendación n° 109 que dispone: “ La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: (...) adopta, con fecha catorce de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre salarios, horas de trabajo a bordo y dotación, 1958: Campo de Aplicación 1. La presente Recomendación se aplica a la gente de mar, salvo a los capitanes, empleada en buques de propulsión mecánica dedicados al comercio, con excepción de los buques dedicados a la pesca o dedicados a la navegación en estuarios y de los buques de construcción primitiva. Salarios 2. La paga o salario básico por un mes de servicio de un marinero preferente, empleado a bordo de un buque al que se aplique la presente Recomendación, no debería ser inferior a un equivalente de 25 libras en moneda del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte o de 70 dólares en moneda de los Estados Unidos, aplicándose aquella de las dos cantidades que, calculada cuando en cuando, resulte más elevada. A reserva de que al determinar la paga o salario mínimo en el caso de buques en los que no se hallen empleados grupos de personal subalterno que necesiten el empleo de un número de personas mayor del que hubiera sido empleado normalmente, y teniendo en cuenta el principio de igual remuneración por trabajo de igual valor, pueden tenerse en consideración factores especiales, tales como el número suplementario de miembros del personal empleado y cualquier aumento o disminución de los gastos del armador ocasionado por el empleo de tales grupos de personas. 3. Excepto cuando se dé efectividad al párrafo precedente por contrato colectivo entre organizaciones representativas de armadores y de gente de mar, todo Miembro debería: a) garantizar por medio de un sistema de inspección y de sanciones que la remuneración pagada no sea inferior a las tasas previstas en el párrafo precedente; y b) garantizar que toda persona a quien se haya pagado de acuerdo con una tasa menor a la establecida en el párrafo precedente podrá recuperar, por un procedimiento sumario y gratuito, por vía judicial o por cualquier otra, las sumas que se le adeuden. Horas de Trabajo 4. Tanto mientras el buque se encuentre en el mar como en el puerto, las horas normales de trabajo deberían ser de ocho por día para el personal de todos los departamentos. Con respecto a las horas en puerto en el día de descanso semanal y en el día que le preceda, deberían establecerse disposiciones especiales por las leyes y reglamentos nacionales o por contratos colectivos. 5. Cuando el buque se halle en el mar en el día de descanso semanal, la gente de mar debería ser



compensada como se determine por contratos colectivos o por las leyes y reglamentos nacionales. 6. En el caso de buques menores y de buques que realicen cortos viajes, los contratos colectivos o las leyes y reglamentos nacionales podrán estipular la manera de obtener el promedio de ocho horas diarias. 7. El tipo o tipos de compensación por horas extraordinarias deberían estar prescritos por las leyes o reglamentos nacionales o fijarse por contratos colectivos, pero en ningún caso el tipo horario para el pago de horas extraordinarias debería ser menor que una vez y cuarto la paga o salario básico por hora. Las leyes o reglamentos nacionales o los contratos colectivos podrán prever compensación por tiempo equivalente fuera de servicio y fuera del buque, en lugar de pago en numerario u otro método cualquiera de compensación. 8. Las leyes o reglamentos nacionales o los contratos colectivos deberían determinar las obligaciones respecto de las cuales el tiempo empleado en ellas no debería incluirse en las horas normales de trabajo o ser considerado como horas extraordinarias a los efectos de esta Recomendación. 9. Los contratos colectivos podrán, por razones determinadas, establecer acuerdos especiales para compensación adecuada en lugar del pago directo de horas extraordinarias. Dotación 10. Debería contratarse suficiente número de oficiales y marineros para evitar que se trabaje un número excesivo de horas extraordinarias y para cumplir las normas de seguridad de la vida humana en el mar. 11. Todo miembro debería establecer, o cerciorarse de que ya está establecido, un organismo eficaz para la investigación y solución de toda queja o conflicto relativo a la dotación de un buque. 12. En el funcionamiento de dicho organismo deberían participar representantes de las organizaciones representativas de armadores y de gente de mar, con o sin el concurso de otras personas o autoridades. Disposición General 13. Ninguna de las disposiciones de la presente Recomendación deberá menoscabar en modo alguno cualquier disposición relativa a los salarios, a las horas de trabajo a bordo de los barcos o a la dotación, por leyes, sentencias, costumbres o acuerdos entre armadores y la gente de mar, que garanticen a esta última condiciones más favorables que las prescritas por esta Recomendación". Además de las anteriores regulaciones supraleales, el Código de Trabajo de nuestro país contempla un capítulo especial dedicado a regular el trabajo en el mar y en las vías navegables, dado las especiales características que definen este tipo de contrataciones. Así, según se desprende del numeral 120, el contrato de embarco puede pactarse por tiempo determinado, por tiempo indefinido o por viaje. En los contratos por tiempo determinado y por tiempo indefinido, las partes deberán indicar el lugar donde será restituido el trabajador y si no se indicare, se tendrá por señalado el lugar donde embarcó. En los contratos por viaje, el término se contará desde el momento del embarque y hasta que se haya concluido la descarga de la embarcación, en el puerto que expresamente se haya indicado o, en su caso, en el puerto donde tenga su domicilio el empleador. En el artículo 121 se establece la obligación del empleador de restituir al trabajador al lugar o puerto que se haya establecido, según la modalidad del contrato, antes de darlo por concluido. El empleador puede dejar de cumplir esa obligación únicamente en el supuesto de que el trabajador esté en prisión, por un delito cometido en el extranjero, u otras situaciones análogas que hagan imposible el cumplimiento. El numeral 125 regula lo referente a los derechos laborales. En virtud de la naturaleza de las labores que cada trabajador desempeñe, así como en función de otros factores como el grado de urgencia y la ubicación de la nave, entre otras circunstancias, da libertad a las partes de fijar, dentro de los límites legales, lo relativo a jornadas, descansos, turnos, vacaciones y otros factores similares.

V.- EL CASO CONCRETO: En el asunto bajo estudio, ambos demandantes argumentaron que habían laborado en un horario de veinticuatro horas continuas que comprendía de siete de la mañana de un día hasta esa misma hora del siguiente día, luego de lo cual tenían libres cuarenta y ocho horas seguidas y volvían a entrar a aquella misma hora, sin que se les reconocieran las horas extra que laboraron. Por su parte, los representantes de la demandada sostuvieron que los accionantes solamente laboraban cuando el ferry estaba en funcionamiento, por lo que el resto del tiempo gozaban de periodos de descanso. El tribunal revocó la sentencia de primera instancia y



denegó la demanda al estimar que los actores, como trabajadores de mar, no estaban sujetos a una jornada ordinaria determinada, además de que gozaban de tiempos de ocio dentro de esta. En razón de lo expuesto en el considerando anterior, de acuerdo con las disposiciones legales analizadas y con base en la naturaleza de las labores que los demandantes realizaban, debe concluirse efectivamente que su situación se ubica en la categoría de "gente de mar". Luego, de conformidad con las normas antes citadas que regulan este tipo de contratos, en relación con el artículo 143 del *Código de Trabajo*, esta Sala estima que en el caso bajo análisis resulta aplicable una jornada ordinaria de hasta doce horas diarias, de manera que las horas que superan esa jornada especial deben considerarse como tiempo extraordinario y así se debe reconocer. Si bien es cierto que los demandantes podían tener ciertos lapsos de descanso dentro de su horario, también se acreditó que debían estar alertas y disponibles para cualquier labor en la que se les requiriera, según lo admitieron los representantes de la demandada y lo manifestaron los testigos (ver deposiciones de Frederick Lawrence Allen Rupon -folios 229-230- y Alvin Jiménez Jiménez -folios 236-239-). De acuerdo con lo anterior, debe indicarse que, en cuanto a la prueba de la jornada extraordinaria, esta Sala ha reiterado el criterio de que sobre el trabajador recae la obligación procesal de acreditarla, así como la de cuantificar las horas extra laboradas, pero esta regla se aplica únicamente cuando dicha jornada se invoca como excepcional dentro de la relación de trabajo, mas no cuando ha sido impuesta como la normal jornada que debe laborarse, como sucedió en el caso que se analiza. Esto es así, pues en virtud del principio de redistribución de la carga probatoria, aplicable en materia laboral, se ha concluido que sobre el empleador recae el deber procesal de demostrar las condiciones básicas o normales de la contratación, dado que es la parte que, durante la efectiva vigencia de la relación, tiene mayores posibilidades de preconstituir las pruebas que demuestren las verdaderas condiciones de ejecución del contrato. (En ese sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 501, de las 9:30 horas del 21 de junio; 563, de las 9:52 horas del 30 de junio; 723, de las 10:20 horas del 9 de agosto; 1107, de las 10:00 horas del 30 de noviembre, todas del 2006; 2, de las 9:35 horas del 10 de enero y 949, de las 10:25 horas del 7 de diciembre, ambas del 2007). Así, si la parte actora invocó como ordinaria o normal una jornada extraordinaria, correspondía a la parte demandada acreditar que la jornada era otra, lo que no es el supuesto en este asunto, pues la misma parte accionada admitió que los actores tenían el horario que ellos señalaron en la demanda. En el caso bajo análisis, los accionantes laboraban tiempo extraordinario como si se tratara de una jornada normal u ordinaria. Ahora bien, aunque no fue alegado por los representantes de la demandada, debe dejarse claro que no puede admitirse el hecho de que el tiempo extraordinario pudiera ser compensado con días de descanso y un tiempo mayor de espera entre un turno y otro, en el tanto en que a los actores se les concedían algunos días libres por semana entre un turno y otro, según el horario que tenían. Al respecto, debe indicarse que esta Sala ya ha emitido criterio en el sentido de que no procede la compensación de horas extra con tiempo de descanso. Esto, por cuanto nuestro ordenamiento jurídico no permite la posibilidad de cambiar tiempo extraordinario por tiempo libre, pues la normativa que regula la materia solamente prevé la posibilidad del pago, con un cincuenta por ciento más sobre el valor del tiempo laborado en jornada ordinaria (artículo 139, *Código de Trabajo*). (Véase en este sentido la sentencia número 193, de las 10:10 horas del 28 de marzo del 2001). En consecuencia, no sería posible disminuir el número de horas extra con base en ese supuesto. Por otra parte, de los autos se desprende que la parte demandada no presentó prueba que demuestre el pago de horas extra en los periodos que, según sus representantes, eventualmente ocupaban a los trabajadores en actividades excepcionales. En razón de lo anterior, lleva razón el recurrente en cuanto sostiene que no se demostró que a sus representados se les reconociera el tiempo laborado demás, cálculo que se deberá hacer con base en el salario devengado en cada periodo y de acuerdo con una jornada ordinaria de doce horas, como se indicó anteriormente. Ahora bien, en virtud de que el órgano de alzada revocó el fallo de primera instancia que sí había concedido el reconocimiento de horas extra, vuelven a cobrar interés los reproches



que a esa primera resolución realizaron las partes. Un aspecto que debe considerarse es que, en aquella oportunidad, la parte actora se mostró agraviada en lo referente al cálculo de las horas extra, no en lo concerniente al método utilizado por la juzgadora sino en cuanto esta tomó como base el salario mínimo vigente en los periodos laborados, por lo que el monto computado por horas extra fue menor. Con base en ello, dicha parte también mostró disconformidad en el tanto esa situación afectó el cálculo de los extremos correspondientes a vacaciones, aguinaldo, preaviso y cesantía. En la mencionada sentencia, quedó demostrado que los actores tenían un horario de veinticuatro por cuarenta y ocho horas, lo cual no fue impugnado por la parte accionada, por lo que debe partirse de ese horario durante toda la relación laboral de ambos actores. Así, se tiene que una semana trabajaban tres días de 24 horas lo que equivale a 72 horas semanales (36 ordinarias y 36 extraordinarias) y la otra, dos días de 24 horas, lo que equivale a 48 horas semanales (24 ordinarias y 24 extraordinarias). Es decir, en promedio trabajaban 30 horas extra. Si el mes tiene 4.33 semanas, significa que por mes laboraban 129.90 horas ordinarias y 129.90 horas extraordinarias. Ahora bien, lleva razón la parte accionante cuando indicó que no se debió tomar el salario mínimo, pues en autos consta que la empresa reportaba un salario mayor a la Caja Costarricense de Seguro Social, de modo que, partir del salario mínimo, iría en contra de los intereses de ambos trabajadores, cuando se cuenta con prueba documental que demuestra que la propia accionada reportaba un salario mayor. Es así como se tomarán en consideración los salarios que constan en las planillas de folios 106 a 202 del expediente y en los periodos en que no se cuente con dichos datos, se remitirá a ejecución de sentencia, pues se carece del parámetro necesario para elaborar el cálculo. Además, como se dijo, no se podría partir del salario mínimo por cuanto hacerlo sería desconocer los ingresos mayores que percibían los accionantes. Por las características del presente asunto y por la naturaleza de la jornada laborada por los actores, procede entonces determinar el monto que realmente les correspondería en razón de la jornada extraordinaria. Expuesto lo anterior, en las siguientes tablas se establecen las cantidades que cada uno de los demandantes debió devengar en atención a la cantidad de tiempo laborado en jornada extraordinaria: [...] Como se indicó líneas atrás, el procedimiento de cálculo hecho por la juzgadora de primera instancia no fue objeto de impugnación por lo que se tomará este mismo, solo que considerando los nuevos montos dispuestos por tiempo extraordinario. En el caso del actor, Rafael Zeledón Montero, la juzgadora de primera instancia otorgó quince días por cada año sobre los montos correspondientes a horas extra y un doceavo por aguinaldo. En cuanto al preaviso, le concedió una cantidad igual al salario promedio devengado en los últimos seis meses y por cesantía otorgó 129 días, todo lo cual no fue impugnado. Así pues, la demandada es en deberle al actor Zeledón Montero la suma de ¢6.819.385.00 por concepto de jornada extraordinaria no pagada durante el tiempo calculado; no obstante, como aquel limitó su pretensión a ¢5.131.320.00 solamente se le podrá conceder esta suma por dicho concepto. En cuanto a las vacaciones le corresponde quince días por cada año, lo que equivale a los siguientes montos por cada año: ¢33.566.91 (2001); ¢51.819.64 (2002); ¢67.116.71 (2003); ¢68.382.75 (2004) y ¢63.255.00 (2005); para un total de vacaciones por: ¢284.141.01. Con respecto al aguinaldo le correspondería un doceavo por cada año que equivale a los siguientes montos por periodo: ¢67.133.83 (2001), ¢103.639.29 (2002), ¢134.233.43 (2003), ¢136.765.51 (2004), ¢126.510.01 (2005), para un total por aguinaldo de ¢568.282.07. Como dicho accionante solicitó un monto mayor por vacaciones y aguinaldo, en la etapa de ejecución de sentencia se deberán hacer los respectivos cálculos por los periodos no calculados en esta etapa por no contarse con la información de los ingresos, pero únicamente para los efectos de reajustar ambos extremos solicitados por el actor, de manera que el monto que resulte por horas extra en esa oportunidad, no se podrá pagar por exceder el monto solicitado, como se dijo anteriormente. Asimismo, por concepto de preaviso le correspondería un mes según el salario promedio mensual devengado durante los últimos seis meses, que equivale a ¢125.555.92 y por cesantía, 129 días (concedidos en primera instancia) sobre ese mismo monto promedio, equivalente a ¢539.890.45. No obstante, al haber limitado el demandante estos dos

últimos extremos a ¢109.271.88 por preaviso y ¢498.740.44 por cesantía, eso será lo que se le deberá cancelar. En relación con estos dos extremos no se remite a la etapa de ejecución de sentencia a reajustar las cantidades concedidas, por cuanto los montos por horas extra tomados en cuenta para su cálculo sí corresponden a periodos liquidados en esta instancia por contarse con la información de los salarios devengados en los últimos seis meses. En el caso del accionante Azofeifa Arias, el monto que le corresponde por horas extra es de ¢3.012.797.90. Por la forma como se resuelve este asunto, resulta innecesario referirse a los demás agravios planteados en el recurso, pues todos ellos giran en torno a la concesión del tiempo extraordinario ya analizado.”



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 De Litala, L. (1946). El contrato de trabajo. Editores López & Etchegoyen S.R.L. Buenos Aires. Argentina. Pp. 419-421.
- 2 Cabanellas de Torres, G. (2001). Compendio de Derecho Laboral. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. Argentina. Pp. 938-943.
- 3 Vazquez Vialard, A. (2008). Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social(1). Editorial ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. Pp. 664-677.
- 4 Blanco Vado, M. (2002). Código de Trabajo. Concordado, con referencias y jurisprudencia. Actualizado por Mairicio Castro Melendez. Tercera Edición Editorial Juritexto. San José, Costa Rica. Pp. 158-159.
- 5 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 2 veintisiete de agosto de 1943. Código de Trabajo. Fecha de vigencia desde: 29/08/1943. Versión de la norma: 26 de 26 del 18/11/2010. Datos de la Publicación: N° Gaceta: 192 del: 29/08/1943. Alcance: 0.
- 6 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 217 de las nueve horas treinta minutos del treinta de marzo de dos mil cinco. Expediente: 00-000689-0418-LA.
- 7 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-Sentencia número 574 de las nueve horas diez minutos del seis de julio de dos mil cinco. Expediente: 00-000133-0418-LA.
- 8 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 217 de las nueve horas treinta minutos del treinta de marzo de dos mil cinco. Expediente: 00-000689-0418-LA.
- 9 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 219 de las nueve horas quince minutos del veintiséis de setiembre de mil novecientos noventa y siete. Expediente: 95-000388-0005-LA.
- 10 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 642 de las nueve horas cuarenta minutos del cinco de noviembre de dos mil tres. Expediente: 00-000764-0418-LA.
- 11 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 750 de las diez horas del veintiocho de noviembre de dos mil tres. Expediente: 00-000762-0418-LA.
- 12 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 799 de las quince horas diez minutos del dieciocho de diciembre de dos mil tres. Expediente: 00-000725-0418-LA.
- 13 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 725 de las nueve horas treinta y cinco minutos del veintiséis de noviembre de dos mil tres. Expediente: 00-000690-0418-LA.
- 14 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 273 de las nueve horas diez minutos del dieciocho de junio de dos mil tres. Expediente: 00-000736-0418-LA.
- 15 SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- Sentencia número 409 de las diez horas diez minutos del quince de mayo de dos mil nueve. Expediente: 06-000074-0643-LA.