

08 de abril de 2008
DAJ-AE-079-08

Señor
Jorge E. Masis M.
AFS Programas Interculturales
Teléfono: 234-09-09 Ext.110
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida por correo electrónico en esta Dirección el día 15 de mayo del 2007, mediante la cual formula varias consultas, las cuales serán evacuadas en el mismo al orden de presentación.

Previo a referirnos a ello, debemos presentarle nuestras disculpas por la atención tardía de su nota, lo cual se ha debido al volumen de trabajo que tiene esta Dirección.

1) **SOBRE DISPONIBILIDAD:**

La “disponibilidad”, en términos generales, es un reconocimiento o compensación salarial que se otorga algunos trabajadores con el fin de que puedan estar prestos a desempeñar cierta clase de funciones de su mismo cargo, fuera de la jornada ordinaria de trabajo o bien durante la misma, en los períodos de descanso, sobre todo cuando estos son prolongados, y cuando los servicios resulten de imperiosa necesidad a la empresa o institución de que se trate.

Por lo general, es criterio comúnmente aceptado que los trabajadores que reciben el pago por “*disponibilidad*” no pueden rehusarse a prestar servicios cuando son llamados, aún cuando estén en sus respectivos hogares o en otras ocupaciones de índole privada.

Uno de los problemas que surge cuando se paga disponibilidad, es con respecto a la forma de remunerar las labores que realizan quienes reciben ese pago, ya que obviamente el porcentaje aludido no puede tomarse como pago de las labores que se ejecutan, sino únicamente el hecho de estar “*disponible*” tal como el término lo indica.

Si se trata de trabajadores que laboran con limitación de jornada, las labores que ejecuten durante el tiempo en que están disponibles, debe considerarse como jornada extraordinaria y deberá cancelarse cada hora laborada en estas condiciones a tiempo y medio según lo establece el artículo 139 del Código de Trabajo.

Queda claro entonces, que el porcentaje que se paga por disponibilidad abarca el hecho puro y simple de estar disponible y el tiempo que el trabajador deba estar en el centro de trabajo, debe ser remunerado con el pago de horas extras.

Es importante tener presente que la disponibilidad no inhibe al trabajador de entrar y salir de su centro de trabajo y dedicarse a su vida privada, como lo haría cualquier persona al concluir su jornada de trabajo, y aún cuando se ha aceptado que los límites constituciones establecidos para la jornada diaria y semanal de un trabajador sean ampliados por el rubro de disponibilidad, no puede darse un abuso por parte del patrono, de tal manera que comprometa la vida del subalterno a un punto tal, de no tener meridiana disponibilidad de su tiempo libre, o bien no se le remunere adecuadamente ese tiempo laborado de más¹.

Las horas laboradas por el trabajador cuando es llamado fuera de su jornada de trabajo ordinaria, deberá ser remunerada como tiempo extra, o sea que el pago por disponibilidad es independiente del pago de las horas que labore en el tiempo que es llamado por su disponibilidad.

2) FERIADOS:

La remuneración de los días feriados, tiene estrecha relación con la modalidad de pago del salario que aplique la empresa. De esta forma, en la modalidad de pago semanal, los días feriados deben reconocerse en forma adicional al salario que corresponde por los días efectivamente laborados en la semana, siempre y cuando se trate de feriados de pago obligatorio. Los feriados “*de pago no obligatorio*” sólo se disfrutan en tiempo y no en dinero.

Cuando alguno de los feriados de pago obligatorio se labora, el adicional que se reconoce debe ser doble —*dos veces el valor del salario diario*— de acuerdo con el artículo 149 del Código de Trabajo, mientras que cuando se labora un feriado que no es de pago obligatorio, el adicional es sencillo con base en el inciso e) del artículo 151 del mismo cuerpo de Ley.

Cuando se tiene la modalidad de pago mensual, se reconocen TODOS los días feriados, sean o no de pago obligatorio; por lo que en esta modalidad a TODOS los once feriados que establece el artículo 148 del Código de Trabajo, se les da el tratamiento de “*feriados de pago obligatorio*”. Cuando alguno de estos días se labora, el patrono tiene que pagar un salario adicional sencillo para completar junto con el que pagó en el salario regular- el pago doble que establece el artículo 149 del Código de Trabajo.

De acuerdo con todo lo expuesto, en el caso en particular respecto a los dos temas invocados concluimos lo siguiente:

¹ Sobre este tema se puede consultar el voto No. 810-91 de las 14:06 horas del 30 de abril de 1991.

- La disponibilidad es un reconocimiento salarial que se otorga algunos trabajadores con el propósito de que estén atentos a prestar cierta clase de funciones de su mismo cargo, fuera de la jornada ordinaria de trabajo o bien durante la misma, en los períodos de descanso, sobre todo cuando estos son prolongados, y cuando los servicios sean de imperiosa necesidad a la empresa o institución de que se trate.
- Por el tiempo que su persona está disponible para brindar atención de casos de emergencia fuera de su jornada ordinaria laboral, tiene derecho al reconocimiento salarial por disponibilidad, el cual reiteramos; se percibe por estar atento para prestar servicio en el lapso dispuesto, sea en este caso, entre las 5:30 p.m. a 8:30 a.m.
- El pago de disponibilidad, no interfiere en el tratamiento de los días feriados y de descanso semanal, ya que son institutos diferentes.
- En el caso de los feriados 25 de diciembre y 01 de enero, que son los citados en la presente nota, esta Asesoría Jurídica le aclara que los mismos proceden de acuerdo a lo establecido en el artículo 147 y siguientes del Código de Trabajo. Lo anterior significa, que si la forma de pago establecida en la empresa es semanal se debe reconocer los feriados en forma adicional al salario que percibe el trabajador por los días efectivamente laborados en la semana, ello por tratarse de feriados de pago obligatorio. En caso de trabajar alguno de esos feriados mencionados, el adicional que se reconoce debe ser doble, ello con fundamento en el artículo 149 del Código de Trabajo. Si la forma de pago establecida fuera mensual, el pago de esos feriados ya está reconocido. Ahora bien, si se trabaja alguno de esos días, el patrono tiene el deber de pagar un salario adicional sencillo para completar el que pagó en el salario regular, el pago doble que establece el artículo 149 del Texto de Ley invocado.
- Respecto al día de descanso debemos indicarle, que el mismo tiene su regulación en el artículo 152 del Código de Trabajo, del cual se desprende que todo trabajador tiene derecho a disfrutar un día de descanso después de cada seis días de trabajo. Cuando el día de descanso es laborado y la forma de pago aplicada en la empresa es semanal, el patrono deberá cancelar el doble del salario que ordinariamente paga por esa jornada. Si la forma de pago implementada es mensual, el patrono únicamente deberá pagar un adicional sencillo, para completar el pago doble establecido en el artículo 152 citado.
- El monto que percibe el trabajador por concepto de disponibilidad, debe ser considerado para elaborar el cálculo del aguinaldo, ya que el mismo se realiza

con base en el promedio de los salarios ordinarios² y extraordinarios³ devengados durante los doce meses anteriores al 1º de diciembre que se trate.

- La cifra que recibe el trabajador por concepto de disponibilidad, debe ser reportado por el patrono a la Caja Costarricense de Seguro Social, ya que como se explicó supra, ello forma parte del salario, de igual forma deben reportarse las horas extras laboradas cuando haya sido llamado en razón de esa disponibilidad.

3.- JORNADA ORDINARIA Y JORNADA EXTRAORDINARIA:

- **JORNADA ORDINARIA:** De acuerdo a la doctrina más generalizada, la jornada, siguiendo al laboralista costarricense Dr. Carlos Carro, está directamente relacionada con el número de horas que deben ser trabajadas, mientras que el horario comprende la distribución de las horas de servicio en un tiempo dado. En otras palabras, el horario se determina dentro de la jornada, la cual no puede exceder los límites legales establecidos. Tal diferencia conceptual resulta necesaria a los efectos de determinar el tratamiento legal de ambos.

Asimismo, es necesario invocar la **Jornada de Trabajo**, la cual en doctrina se ha definido como: *“el número de horas que durante la semana deben completarse legalmente en las actividades laborales”*⁴, o bien, *“aquella a la que está sujeto el trabajador de manera permanente y obligatoria. A la misma se le imponen límites máximos que no pueden aumentarse, a excepción de los casos en que la Ley lo permita.”*⁵.

Este número de horas está determinado por el Código de Trabajo⁶, el cual ha reconocido tres tipos de jornadas de trabajo ordinarias, cuales son: la Diurna, la Nocturna y la Mixta; regulando para cada una de ellas un máximo de horas a laborar, como veremos seguidamente:

²**SALARIOS ORDINARIOS:** Se entienden como las sumas que recibe el trabajador en razón de su jornada ordinaria y, que, generalmente, está compuesta por el salario base —que puede estar constituido por salario en efectivo, comisiones y salario en especie—, y todos los incrementos adicionales que se hubieren convenido, sean zonaje, viáticos, cuando éstos integren el salario, reconocimientos por carrera profesional, prohibición, gratificaciones regulares y anualidades, entre otros.

³**SALARIOS EXTRAORDINARIOS:** Corresponden por las labores que se ejecutan en forma extraordinaria, es decir, después de que concluye la jornada ordinaria. Estos salarios no son permanentes, pues se reconocen sólo en el caso de que los trabajadores laboren “horas extras”; pero todos los montos que se hubieren percibido en el período que va del 1º de diciembre del año anterior al 30 de noviembre del siguiente año en que se va a cancelar, deben computarse para efectos del cálculo del aguinaldo.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Tomo II. Ediciones Arayú. Pág.442.

⁵ VARGAS CHAVARRIA, Eugenio. *La Jornada de trabajo y el descanso semanal*, pág.13.

⁶ Artículos 135, 136 y 137 del Código de Trabajo

1. La **jornada diurna** se desarrolla entre las cinco de la mañana y las siete de la noche, pudiendo laborar **de ocho o hasta diez horas máximo**, siempre que la actividad que se lleva a cabo no sea insalubre o peligrosa.
2. La **jornada nocturna** está comprendida entre las diecinueve y las cinco horas, permitiéndose laborar dentro de dicho período, solamente **seis horas**.
3. La **jornada mixta**, para la cual, si bien no existe una delimitación legal como en la nocturna y la diurna, la misma constituye un híbrido entre las dos, de tal manera que será jornada mixta cuando, se trabaje antes y después de las diecinueve horas o, antes y después de las cinco horas; pero en ambos casos la jornada ordinaria no puede exceder de tres horas y media después de las diecinueve, ni antes de las cinco horas, pues se convierte en nocturna. Esto quiere decir que si un trabajador, dentro de la jornada ordinaria mixta (siete horas) labora después de las 22:30 horas (10:30 de la noche) o antes de la 1:30 horas (en la madrugada) ya se considera jornada ordinaria nocturna. Esta jornada no puede exceder de **siete horas**.
4. En todo caso el trabajo semanal total no podrá exceder nunca las 48 horas durante la diurna o las 36 horas durante la nocturna.

No obstante lo anterior, el numeral 143 del mismo cuerpo de leyes nos menciona en forma precisa, quiénes están excluidos de la limitación de la jornada de trabajo, aclarando que tales personas, además de tener derecho a un descanso mínimo de hora y media durante su jornada, no están obligados a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo.

- **JORNADA EXTRAORDINARIA:** La jornada extraordinaria consiste en el trabajo efectivo que realiza el trabajador sobrepasando los límites de la jornada ordinaria, o de la jornada inferior que contractualmente se haya pactado con el patrono.

Guillermo Cabanellas, en el Diccionario de Derecho Usual, ha definido las horas extraordinarias de la siguiente manera:

“... las trabajadas sobre las normales de una jornada, y que han de ser pagadas con un sobreprecio sobre la retribución normal de la hora obrero o empleado. Como las horas extraordinarias o extras vienen a quebrantar la limitación de la jornada, establecida por altas razones de orden público, interés social y defensa de la salud del trabajador, no cabe convertirlas en habituales, con la burla consiguiente de la jornada legal de trabajo y los efectos nocivos de prolongar en exceso el esfuerzo laboral.”⁷

El artículo 140 de nuestro Código de Trabajo, dispone que debe laborarse temporal y excepcionalmente, cuando necesidades imperiosas y extraordinarias de tipo impostergable de la empresa así lo requieran.

⁷ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, ediciones Arayú, pág. 323.

La jornada extraordinaria encuentra también limitaciones en cuanto a su duración; estas limitaciones obedecen a su propia característica de “*extraordinaria*”, lo cual supone que debe ser siempre temporal, motivada por una circunstancia especial, excepcional y que procede como se indicó supra, en situaciones de emergencia o impostergables de las empresas; ya que el cumplimiento de horas extras en forma diaria, constituye una ilegalidad cuyo abuso pone en peligro la efectividad del principio de la limitación de la jornada. En este sentido cuando se requiere que los trabajadores laboren una jornada extraordinaria permanente, se pone en evidencia que la necesidad de la empresa no es excepcional, sino de tipo permanente, por lo que en virtud del principio aludido, se impone la obligación para el patrono, de aumentar el personal de la empresa con trabajadores que laboren las horas en las cuales se está requiriendo la presencia de aquellos que tienen que aumentar su tiempo ordinario. Otra limitación que tiene esta jornada la encontramos en el artículo 140 del Código de Trabajo, la cual es que la jornada ordinaria sumada a la extraordinaria no puede exceder de 12 horas.

Con fundamento en lo anterior, sobre el particular concluimos:

- La jornada extraordinaria debe ser remunerada de acuerdo a lo establecido en el artículo 139 del Código de Trabajo, que es con un 50% más del salario ordinario que devenga el trabajador. Remunerar esta jornada de otra forma (por ejemplo, con tiempo libre, y/o compensarla con la jornada ordinaria, entre otras); constituye una ilegalidad, ya que el empleado estaría recibiendo por la jornada extraordinaria, una remuneración sencilla y no como corresponde.
- Las tres horas adicionales al cumplimiento de jornada mixta, que en algunas ocasiones han cumplido los agentes viajeros como usted señala, puede considerarse jornada extraordinaria y así remunerarse, siempre y cuando se haya laborado por una situación excepcional e impostergable de la empresa, que no sea permanente. Por lo tanto su pago sería de acuerdo a lo señalado en el artículo 139 del Código de Trabajo.

4.- RECARGO DE FUNCIONES:

Para el tratadista argentino Guillermo Cabanellas, recargo de funciones significa “*segunda carga o mayor carga*”, o sea una mayor carga para el trabajador, en cuanto a sus obligaciones, funciones y designaciones, pero permaneciendo en el mismo puesto.

Es así como acontece una ficción laboral en cuanto un mismo trabajador ocupa dos puestos en forma temporal e interpersonal, pero sin desplazamiento de categoría; donde un trabajador es contratado para un puesto en particular y se le recargan las funciones, pero en realidad realiza las labores para las que fue

contratado y además las que le encarguen, aunque no tenga que ver con el puesto para el que fue contratado, recibiendo la misma remuneración.

Sobre este tema, nuestra legislación Laboral es omisa, no obstante, el artículo 71 del Código de Trabajo contempla, dentro de las obligaciones que le impone el contrato de trabajo a los trabajadores desempeñar el servicio contratado bajo la dirección del patrono o de su representante, a cuya autoridad estarán sujetos en todo lo concerniente al trabajo; lo que implica que el trabajador está obligado a realizar la labor que se le indique dentro de sus condiciones y facultades.

Es en virtud de esta omisión es que muchas empresas han optado por introducir en los Reglamentos Interiores de Trabajo, disposiciones relacionadas con este tema, respondiendo así a una directriz de esta Dirección, en el sentido de que cuando se acuerde recargo total de funciones, el trabajador tendrá derecho a recibir el sueldo base del puesto de categoría superior si éste fuere mayor; pero el trabajador no estará obligado a desarrollar más trabajo que el que sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, y que sea del mismo género de los que formen el objeto del negocio, actividad o industria a que se dedique su patrono⁸.

Conforme a lo expuesto, y siguiendo la tendencia del Derecho Laboral en el sentido de proteger a la parte más débil de la relación laboral, como lo es el trabajador, se considera que cuando se le recarga su trabajo y en virtud de ello debe asumir funciones más complejas, deberá pagársele, el salario del puesto de categoría superior que desempeña. Es decir, que siendo justo que un trabajador asuma más obligación y responsabilidades que las convenidas contractualmente, lo lógico es que cuando ello suceda, y estando obligado a dar un rendimiento eficaz, se le retribuya conforme a la categoría del puesto que en realidad está ejecutando, ya que por lo general no se trata de una simple colaboración esporádica sino de un verdadero esfuerzo adicional con mayor grado de responsabilidad.

De acuerdo a lo anterior, respecto al caso en particular le indico lo siguiente:

- Si producto de la eliminación de esos dos puestos en la empresa, se recarga el trabajo de otro empleado, el cual debe asumir funciones más complejas que las contratadas, el mismo tiene derecho a que el patrono le ajuste el salario de acuerdo a ese nuevo cargo cuya categoría es superior a la pactada, pues como se explicó supra, a mayor responsabilidad, mayor salario. En caso contrario, es decir que a pesar de haberse eliminado esos puestos, el

⁸ Ver Código de Trabajo, artículo 20.

trabajador continua realizando las mismas funciones, no existe obligación alguna para que el patrono le aumente el salario.

De usted con toda consideración,

Licda. Viviana María Mora Cerdas
ASESORA

Licda. Ivania Barrantes Venegas
JEFE

Vmora
Ampo: 9 D), 12 A), 13 A) y D),