

10 de abril de 2008
DAJ-AE-092-08

Señor
Miguel Ramírez Hernández
Secretario General
Asociación de Empleados del SENARA (ASES)
Presente

Estimado señor:

Damos respuesta a su nota recibida en esta Dirección el día 11 de octubre del año 2007, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico sobre varias consultas, las cuales serán atendidas en orden de presentación. Previo a ello, le indicamos lo siguiente:

De conformidad con los artículos 3 de la Ley Orgánica y 20 inciso c) del Reglamento de Reorganización y Racionalización, ambos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en relación con el 129 de la Ley General de la Administración Pública, esta Dirección sólo es competente para atender y resolver consultas que se refieran a la aplicación de la legislación social o sobre la interpretación de las leyes de trabajo, seguridad y bienestar social y demás disposiciones conexas, que formulen las autoridades nacionales, las organizaciones de empresarios y trabajadores y las personas particulares, por lo que lamentamos no poder atender su consulta debidamente.

Lo anterior, a pesar de ser una Asociación la que consulta, pero por tratarse de un asunto referente a la relación de trabajo, que en este caso está sometida al Derecho Público, le recomendamos elevar sus inquietudes a la Dirección General de Servicio Civil y/o a la Procuraduría General de la República¹, por ser los órganos competentes para emitir criterio al respecto. Es importante aclararle que

¹ Ver artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

la consulta debe ser planteada por el Jerarca y acompañada por el criterio de la asesoría legal de la Institución.²

No obstante lo anterior, por tener sus inquietudes algunos tópicos del Derecho Laboral, haremos una breve referencia a los mismos, pero en el entendido que será con base en la legislación laboral privada, lo cual le podrá dar alguna luz respecto al tratamiento del tema en dicha legislación:

- **SOBRE EL CONTROL DE ASISTENCIA:**

Con el fin de evacuar la presente consulta de manera clara y precisa, es necesario primero hacer referencia al llamado: “**Poder de Dirección**”, como parte del IUS VARIANDI³, que se refiere al estado de subordinación del trabajador y que se traduce en la facultad que tiene el empleador de ordenar la actividad del empleado dentro de la empresa, para el mejor cumplimiento de los fines que ésta persigue, limitando la autonomía de la voluntad del trabajador.

Paralelo a esta facultad que tiene el patrono de dirigir y de dar órdenes, el trabajador tiene el “**deber de obediencia**”, que debe ser entendido como producto de la necesidad de colaboración dentro de la organización empresarial, para la buena marcha y consecución de los fines de la empresa.

Dentro de las facultades inherentes al patrono se encuentran la de implantar un régimen disciplinario que regule la puntualidad de los trabajadores, con el fin de evitar abusos en la asistencia de sus empleados.

Usualmente las empresas regulan esta materia a través de un Reglamento Interno de Trabajo, mediante el cual se establecen una serie de sanciones escalonadas con respecto a las llegadas tardías y otras faltas de los servidores de acuerdo a su gravedad.

En las empresas donde se carece de ese instrumento disciplinario, el régimen de comportamiento a seguir será impuesto por el patrono según las disposiciones pertinentes del Código de Trabajo y el Poder de Dirección citado supra; verbigracia de lo expuesto, mediante un control de asistencia que se utiliza en la empresa para verificar la debida puntualidad de sus servidores.

² Ver artículo 4 ibídem.

³ Facultad patronal que le permite a éste variar las condiciones accesorias del contrato de trabajo, aún en contra de la voluntad del trabajador, cuando ella sea necesario para lograr una mayor eficiencia en las labores.

No obstante lo precedente, cabe indicarle que cuando el control de asistencia es un sistema electrónico, el patrono, al momento de implementarlo en la empresa, debe mediante circular notificar a los trabajadores el uso correcto del marcado, aparte de la obligación de cumplir con las marcas diarias, so pena de la sanción correspondiente.

Por lo tanto en el presente caso, de conformidad con todo lo expuesto, concluimos lo siguiente:

- El patrono ejerciendo el Poder de Dirección, puede implementar en la empresa el control de asistencia que refiere su nota, sea el de Huella Digital. Los trabajadores, cumpliendo con el deber de obediencia deben acatar dicha disposición, so pena de la sanción correspondiente⁴.
- De su nota y documentos adjuntos se desprende, que los trabajadores han tenido un control de asistencia que era manual, el cual ahora se cambia a Huella Digital. Lo que significa, que no se está imponiendo una medida nueva, sino un sistema de control de asistencia diferente al establecido anteriormente.
- El hecho de que los trabajadores hayan disfrutado durante veintidós años, un control de asistencia manual, no les crea el derecho de continuar con ese sistema; pues ello no constituye un derecho adquirido. Así las cosas, reiteramos que el patrono puede implementar en la empresa el uso de un sistema de control diferente al citado, ello de acuerdo al Poder de Dirección que posee.
- Fundamentándose en el Poder de Dirección citado, el patrono tiene el derecho de excluir o variar el sistema de control de asistencia establecido en la empresa, a los trabajadores que el mismo desee; lo cual no se considera un trato o medida discriminatoria.
- Respecto a lo señalado en su nota, sobre el carácter personal del Control por Huella Digital, nos permitimos indicarle que ese es un sistema de control de

⁴ Los trabajadores que omitan la marca en el control de asistencia elegido por el patrono, pueden ser sancionados con la deducción del salario en razón de las horas no verificadas en la marca correspondiente, durante la respectiva jornada de trabajo. No podría aplicarse sanciones como: suspensión sin goce de salario o despido sin responsabilidad patronal, pues estas sanciones están reservadas a los casos en que existe Reglamento Interno debidamente aprobado por esta Dirección de Asuntos Jurídicos, lo cual no sucede en el presente caso. O en reglamento autónomo de servicios dictado por el Jefe y publicado en el Diario Oficial.

asistencia muy utilizado actualmente en las empresas, precisamente por el carácter personal que posee. Con el sistema invocado, los patronos se garantizan que es únicamente el funcionario quien registrará su asistencia, y no otra persona. En criterio de esta Asesoría, el sistema de Huella Digital implementado es legal. No obstante, si algún trabajador estima lo contrario, puede acudir a la vía judicial a demostrar los perjuicios que el mismo ocasiona.

- **SOBRE LA “APLICACIÓN DEL TIEMPO COMPENSATORIO”:**

De su nota y documentos adjuntos, pareciera que la “aplicación del tiempo compensatorio”, se refiere a la compensación de horas extras con tiempo libre. Aunado a ello, al mencionar “Reglamento Interno”, se refiere a Reglamento Autónomo, por cuanto los empleados de la Asociación en consulta, están sometidos al Derecho Público y no al privado.

No es posible referirnos al cuestionamiento que plantea sobre el artículo 44 del Reglamento en primer lugar por carecer de competencia para ello, y en segundo lugar porque desconocemos el contenido original de la norma. Trataremos de ayudarlo relacionando la situación con las estipulaciones del Código de Trabajo.

La jornada extraordinaria, es una excepción legal que permite laborar más allá de la jornada ordinaria, pero solamente en casos especiales, emergentes, urgentes de la empresa. Este tipo de jornada, por disposición del artículo 140 del Código de Trabajo, debe ser remunerada con un 50 por ciento adicional al valor de la hora ordinaria. No existe, a nivel de nuestra legislación laboral, la posibilidad de pagar o compensar el tiempo extraordinario laborado, con tiempo de reposición. Esta figura, utilizada en algunas Instituciones del estado, es totalmente ilegal, no existe norma alguna que hasta el momento permita esa compensación, por ello el tiempo extraordinario SIEMPRE, debe pagarse con dinero.

- **SOBRE LA SUSTITUCIÓN DEL PAGO DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA POR EL DE DISPONIBILIDAD:**

Al respecto es importante primero acotar, que “disponibilidad” en términos generales, es un reconocimiento o compensación salarial que se otorga a algunos trabajadores con el fin de 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, y tratándose de instituciones públicas, esta remuneración se encuentra regulada en forma debida en un reglamento dictado a los efectos, con el fin de que contenga las características y requisitos en que deba darse y las responsabilidades recíprocas que obligan a las partes de la relación laboral, ya que 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. O sea, que el pago por “disponibilidad” es independiente de las horas extras que deba laborar el funcionario cuando es llamado en horas no hábiles.

Por otra parte, para atender su inquietud debemos hacer referencia lo que constituye la Dedicación exclusiva, para ello es pertinente invocar el oficio OJ-OO3-97 del 16 de enero de 1997, de la Procuraduría General de la República, que señala lo siguiente: "IV.- PRONUNCIAMIENTOS DE LA PROCURADURÍA SOBRE LA DEDICACION EXCLUSIVA: Sobre este tema existen múltiples dictámenes, pero por su generalidad, se ha seleccionado el siguiente: 'De las normas comentadas y transcritas parcialmente surge la naturaleza u origen de la 'dedicación exclusiva' como un convenio bilateral en la que una parte (el servidor público) se compromete a no ejercer en forma particular ninguna profesión, con las excepciones que el propio reglamento contiene y que no es del caso comentar; en tanto que el reparto administrativo se compromete a cambio de esa obligación que adquiere su funcionario público, a retribuirle en forma adicional con un porcentaje sobre el salario base. Es, en consecuencia, la concurrencia de dos voluntades la que origina el pago adicional al salario por concepto de dedicación exclusiva, originando un acto que si bien administrativo en sentido genérico, en estricto derecho -por su carácter bilateral- se conceptúa como un contrato en el que

ambas partes adquieren obligaciones y derechos'. (Pronunciamiento C-193-86 de 21 de julio de 1986, reiterado por el C-188-91 de 27 de noviembre de 1991).

Así las cosas, con la remuneración de dedicación exclusiva la Administración pretende por razones de interés público, contar con un personal dedicado exclusiva y permanentemente a la función estatal que lo convierta en una fuerza de trabajo idónea y más eficientemente; por cuanto contrata con el funcionario de nivel profesional sus servicios exclusivos, a cambio de un plus salarial.

Con base en lo anterior, es claro que el pago de Disponibilidad y Dedicación Exclusiva son dos institutos diferentes, pues el primero consiste en el pago que recibe el trabajador por estar disponible o presto para realizar cierto tipo de funciones; mientras que el segundo es la remuneración que recibe el profesional por no ejercer de manera particular, en forma remunerada o ad honorem ninguna profesión que ostente, ni actividades relacionadas con la que fue contratado. Así las cosas, esta Asesoría no comprende las razones por las cuales se pretende sustituir alguno de esos pagos, si es claro que ambos proceden en situaciones distintas.

- **SOBRE LA LABOR DE CONDUCCIÓN DE VEHÍCULOS NO ESTABLECIDA DENTRO DE LAS FUNCIONES CONTRATADAS:**

Sobre el particular, es necesario invocar el artículo 20 del Código de Trabajo, que señala lo siguiente: "Si en el contrato no se determina el servicio que debe prestarse, el trabajador estará obligado a desempeñar solamente 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 patrono."

Así las cosas, del numeral supra transcrito se desprende, que los trabajadores deben realizar las labores por las cuales fueron contratados. De realizar otras labores no establecidas en el contrato de trabajo pactado, (como usted comenta sucede en el presente caso); las labores a realizar deben ser compatibles con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, y en esa situación el patrono no tiene el deber de remunerar más. Diferente sucede, cuando el trabajador realiza funciones totalmente distintas a las contratadas, pues en ese caso, existe obligación patronal de realizar un aumento o ajuste salarial al empleado, pues a mayor responsabilidad, mayor salario.

En el particular, esta Asesoría Jurídica le sugiere consultar en el Manual Descriptivo de Puestos, las funciones que le corresponden de acuerdo al puesto que desempeña, con el objetivo de verificar que la conducción de vehículos no está contenido dentro de las labores pactadas; de ser así, sea que la conducción de vehículos está totalmente fuera de sus atribuciones, el patrono en efecto debe realizar el ajuste de salario correspondiente, asignar un chofer para los vehículos, o eliminar la obligación de manejarlos a quienes no les corresponde.

De Usted con toda consideración,

Licda. Viviana María Mora Cerdas
ASESORA

Licda. Ivania Barrantes Venegas
JEFE

Vmora/ihb
Ampo: 13 A), 17 D) y 24 G)