

DAJ-AE-145-11  
04 de mayo de 2011

Señor  
Alberto Sandí Arias

Estimado señor:

Damos respuesta a su nota recibida en esta Dirección con fecha de 02 de junio del 2010, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, en relación con los documentos adjuntos, a) la clasificación de puesto en la que se le debería ubicar, b) el acuerdo noveno de la sesión 325 de la sesión de la Junta Directiva, ya que considera que la variante que se se propone afecta los términos de la contratación inicial.

### **Del contrato de trabajo.**

El Código de Trabajo define el contrato individual de trabajo, como aquel en que una persona se obliga a prestar a otra u otras sus servicios o a ejecutar una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe<sup>1</sup>.

De este contrato nacen una serie de deberes y obligaciones para las partes, los cuales permanecen durante la vigencia de la relación laboral y que no son modificables unilateralmente. En este sentido, y tomando en consideración que la relación laboral no se desarrolla entre iguales, es que la Ley establece una protección para el trabajador, siendo que cualquier renuncia que el trabajador haga de sus derechos laborales, se considera nula.

### **Ius Variandi**

Durante la vigencia del contrato es posible que sea necesario ir modificando ciertas condiciones, en virtud de circunstancias especiales que van surgiendo con el transcurso del tiempo.

El empleador o patrono, como organizador y coordinador del trabajo, se puede ver obligado en ocasiones a variar las condiciones de la prestación de servicios haciendo uso de la facultad del llamado "**IUS VARIANDI**", sea la potestad que tiene el patrono de modificar unilateralmente y aún contra la voluntad del trabajador, cuando exista una justa

---

<sup>1</sup> Artículo 18 del Código de Trabajo.

---

---

necesidad de la empresa, las condiciones en que se ha venido prestando la relación laboral. Sin embargo, este poder dispositivo del patrono no es absoluto, pues tiene sus limitaciones, la más importante de ellas es que su ejercicio no puede recaer sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo –salario, **jornada** y la jerarquía, entre las más importantes –.

El IUS VARIANDI responde al concepto más o menos elástico del poder de dirección, en sentido técnico o administrativo, y a veces disciplinario pero, lejos de ser absoluto, se desenvuelve dentro de ciertos límites que no pueden llegar a anular o disminuir el principio de la invariabilidad de la prestación de servicios. Por eso, el empleador puede hacer uso de dicha facultad siempre que la medida no entrañe para el trabajador una disminución de su jerarquía, modificación radical de las funciones para las que fue contratado, le cree una situación humillante o injuriosa, le obligue a un esfuerzo mayor para adaptarse a nuevas tareas que no son las de su especialidad, o que el cambio le traiga aparejado un peligro para su salud o incomodidades reales que no fueron previstas cuando se formalizó el contrato.<sup>2</sup>

Debe quedar claro hasta aquí que el Ius Variandi corresponde a modificaciones en los contratos de trabajo que el patrono puede hacer a las condiciones inicialmente pactadas, esto por las diversas circunstancias ya sea positivas o negativas de las empresas, queda claro también que existen elementos esenciales que no se pueden modificar.

### **De los Trabajadores de Confianza**

Respecto a los empleados de confianza originalmente el Dr. Mario de la Cueva<sup>3</sup>, designa como empleados de confianza, los altos empleados, concluyendo que no eran trabajadores y que la designación de un director o de un gerente se asemeja a la de un Profesional liberal: se fundamenta en razones “intuito-personae”, además señala otras causales para fundamentar su tesis, como las relativas a la jornada y a la forma de pago. Para llegar a encontrar la naturaleza del tipo de labores de los trabajadores de confianza debemos analizar tanto el aspecto de su realización como sus objetivos.

Respecto de los objetivos, es innegable que tienden a una mayor realización de aquellos que en sí son los de la propia empresa, es decir, que los trabajadores de confianza vienen a ser los instrumentos inmediatos de la realización de los fines de la empresa. Así podemos decir -conforme a la clasificación del autor mejicano Miguel Cantón Moller- que existe un grupo que ejerce labores de planeación de la política empresarial, dentro del que

---

<sup>2</sup> Al respecto ver Sentencia N° 3115 del Tribunal Superior de Trabajo de las 8:25 horas del 6 de diciembre de 1982.

<sup>3</sup> De la Cueva, Mario. Citado por Cantón Moller Liguel. El Contrato de Trabajo de Confianza. Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo. Editorial Heliasta. Argentina. Pág.854)

---

se encuentran los consejeros, los asesores y los funcionarios ejecutivos del más alto nivel, encargados de fijar también las estrategias generales de la empresa.

El segundo grupo de los trabajadores de confianza puede decirse que lo integran los ejecutores de esas políticas, es decir quienes están directamente al frente del manejo empresarial, independientemente del nombre con que se designe (Gerentes, directores, etc.). Un tercer grupo puede considerarse dentro de aquellos que ejecutan la supervisión inmediata de los trabajos a que se dedica la empresa; éstos pueden ser técnicos o profesionales, pero su actividad en sí, por ejercerse sobre grupos que no realizan labores concretas y porque se involucran en cierto modo en las labores de organización o de planeación, también cabe considerarlos como trabajadores de confianza.

Otro grupo más lo podemos encontrar en aquellas personas que tienen bajo su responsabilidad los resultados del producto, es decir, de quienes depende la posibilidad de llegar adecuadamente a los mercados, como son los que se refieren a los controles de calidad ya que como consecuencia, requieren vigilar el cuidado de la maquinaria y el equipo, la conservación de los edificios y otros similares que pudieran afectar los resultados. También deben considerarse dentro de las actividades de naturaleza de confianza quienes tienen a su cargo la vigilancia y la seguridad de las instalaciones, la conservación de las existencias y de los almacenes y en muchos casos inclusive la entrada y salida de personal.

Un último aspecto se refiere al de aquellos trabajadores que por su cercanía con el patrono – y en caso de las empresas, su cercanía al órgano social de dirección- pudieran tener acceso a informaciones sobre políticas o actitudes patronales.

Por su parte, Guillermo Cabanellas nos dice en cuanto a los empleados de confianza:

*"Son empleados de confianza los que por la responsabilidad que tienen, las delicadas tareas que desempeñan o la honradez que para sus funciones se exige, cuentan con fe y apoyo especiales por parte del empresario o dirección de la empresa. Por su concepto, la posición de los empleados de confianza es distinta a la de los restantes trabajadores; como su nombre lo indica, para ellos basta la pérdida de confianza depositada por el empresario, para que el contrato no pueda proseguir, principalmente en los casos de inamovilidad del trabajador en el empleo, que algunas legislaciones establecen.*

*Los empleados de confianza son trabajadores y su relación de trabajo es laboral, con esa peculiaridad en cuanto a su término: que sin aquella confianza o fe en ellos puesta por el patrono, el vínculo contractual no puede subsistir.*

---

---

*Los de confianza difieren de los altos empleados, porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas atribuciones de dirección; y de los empleados particulares; por no desempeñar éstos tareas donde la lealtad y honradez personal sean tan imprescindibles o puedan causar tales perjuicios.”*

Respecto al carácter laboral, por su concepto, la posición de los empleados de confianza es distinta a la de los restantes trabajadores. Como su nombre lo indica, para ellos basta la pérdida de confianza depositada por el empresario, para que el contrato no pueda proseguir, sobre todo por cuanto esa confianza la invierten estos trabajadores en la ejecución de labores y la toma de decisiones se dan bajo su entera responsabilidad, a sabiendas que cuentan con el apoyo irrestricto de su superior.

Para mayor abundamiento en Sentencia 000722-2008 de las 9:50 del 26 de agosto de 2008 la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia dice:

*“... No obstante, el ordinal 143 del Código de Trabajo contempla una excepción a esa regla (salvedad autorizada por el propio texto constitucional), al establecer: “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 en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esta jornada, a un descanso mínimo de una hora y media...”*

*“...**EN CUANTO A LAS HORAS EXTRA:** La accionante acotó, al entablar la demanda, que su jornada era de lunes a viernes, de las 7 a las 17 horas, y los sábados de 7 a 12, aparte de que laboraba un domingo al mes, también de 7 a 12, lo que sumaba 60 horas semanales. Expuso que no se le remuneraron las horas extra -a razón de 12 por semana- ya que su salario cubría solo las 48 horas de ley. Por ese motivo, reclamó el pago de las 756 horas extra acumuladas durante toda la relación laboral. En la contestación se dijo que doña Rosaura fungió como auditora, por lo que calificaba como empleada de confianza, siendo inexistentes entonces las horas extra pretendidas por cuanto, de conformidad con el numeral 143 del Código de Trabajo, su jornada ordinaria diaria se extendía hasta 12 horas. Sin embargo, en los autos hay abundante prueba documental, confeccionada por la propia demandada, que apunta a que la señora Ramírez Pérez se desempeñó como asistente de auditoría...”*

*“...Este razonamiento resulta plenamente aplicable al subjúdice y permite descartar que un asistente de auditoría sea un empleado de confianza, a los efectos de quedar excluido de la jornada ordinaria de 8 horas diurnas. Es cierto que, en la demanda, la señora Ramírez Pérez manifestó que ella trabajó como auditora para la sociedad accionada, y que ese hecho fue aceptado por Zeta Internacional S.A. en la contestación. Sin embargo, la parte demandada no puede pretender aprovecharse de esa falta de especificidad en que incurrió la accionante en el libelo inicial para desdecirse de la abundante prueba documental de ella emanada que la identifica como una asistente de auditoría, por cuanto una asistente de auditoría es, en el fondo, una auditora, en el sentido de que realiza funciones relacionadas con la auditoría, que se define como “una función de dirección cuya finalidad es analizar y apreciar, con vistas a las eventuales las acciones correctivas, el control interno de las organizaciones para garantizar la integridad de su patrimonio, la veracidad de su información y el mantenimiento de la eficacia de sus sistemas de gestión” (tomado del sitio de Internet <http://www.proyectosfindecarrera.com/que-es-una-auditoria.htm> ). A modo de observación final, cabe indicar que doña Rosaura adjuntó a su demanda su título de Licenciada en Contaduría Pública (folio 4), no con el objeto de demostrar que ocupó el cargo de auditora, sino para sustentar su pedido de diferencias salariales, dado que, según lo argüido en el hecho cuarto de la demanda, no se le cancelaba el salario mínimo de una Licenciada en Ciencias Contables. Debe aclararse que la existencia o no del título académico no determina que la persona sea auditora o asistente de auditoría, sino que eso es una cuestión que viene establecida por las funciones que se realicen (como ya se dijo, la labor del asistente es de campo), siendo perfectamente posible que haya asistentes titulados. Por las razones dichas, no procede variar lo resuelto por los señores jueces de instancia sobre horas extra...”*

Se desprende de lo anterior que no es solo el hecho que el patrono designe a un empleado como de confianza para que éste se vea obligado a trabajar diariamente hasta doce horas, sino que deben darse ciertas formalidades para ser calificado como tal. Algunos patronos disfrazan un simple puesto como de confianza, sin poder de dirección, ni un reconocimiento salarial por ese puesto, pero tampoco reconocen horas extras, alegando el puesto de confianza.

Si un patrono contrata a una persona en un puesto de confianza pero en la realidad las funciones que realiza no son de dirección, y está sujeto a un superior inmediato, pero labora más de las ocho o diez horas diarias, se le deben reconocer éstas como tiempo extraordinario, caso contrario cuando se contrata a un trabajador, en un puesto de confianza que ejerce una función de dirección, de acuerdo a la normativa vigente como administrador, que con su sola presencia, es suficiente para que la empresa realice su cometido. Es importante mencionar que la ausencia de fiscalización de un superior inmediato no significa

---

---

que no tenga que rendir cuentas, a sus superiores, como para asegurar que no reúne los supuestos del servidor de confianza.

### **SOBRE DISPONIBILIDAD:**

La “disponibilidad”, 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 más<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Sobre este tema se puede consultar el voto No. 810-91 de las 14:06 horas del 30 de abril de 1991.

---

---

Las horas laboradas por el trabajador cuando es llamado fuera de su jornada de trabajo ordinaria, deberán ser remuneradas 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.

Sobre el caso de consulta:

De la documentación que usted adjunta, que dicho sea de paso se advierte que no es suficiente como para determinar que en efecto usted fuera contratado para llevar el tipo de funciones consignadas en los documentos, se puede desprender, que pese a seguir instrucciones giradas por la Junta Directiva, le corresponde coordinar y supervisar personal, en las labores de limpieza y manenimiento de la planta física, el cual pareciera ubicarlo en un puesto de confianza, conforme al grupo tercero antes analizado, que difiere al mencionado por el oficio que se le dirige a usted para comunicarle el acuerdo noveno de la Junta Directiva tomado mediante Sesión No. 325.

Por otro lado, se indica también en el documento que establece las funciones del encargado, que debe estar atento a abrir el portón principal, de la finca de las 6:00 a.m. y cerrarlo a las 6 p.m. de lunes a viernes y los sábados hasta las 9: 00 p.m, lo cual se traduce en una sujeción a una jornada de 12 horas diarias y lo que es peor a una jornada extraordinaria los días sábados después de las 6:00 p.m.

No se trata por tanto de la aplicación del concepto de Disponibilidad, por cuanto no hay una jornada ordinaria, a partir de la cual se delimite cual es ordinaria y cual es extraordinaria, puesto que más bien tiene que estar atento a abrir y cerrar el portón doce horas diarias. Por esta misma razón no se puede decir que es disponibilidad, porque el trabajador al no tener una jornada ordinaria, no tiene conocimiento de cuando sale de la sujeción del patrono, para aplicar el período de disponibilidad.

Por esa razón, se desprende con mayor que se trata de un empleado de confianza, cuya jornada se encuentra regulada por el artículo 143, porque de acuerdo con la norma, estos trabajadores pueden trabajar hasta doce horas, con un descanso de media jornada de hora y media, pero para ellos no está autorizada la jornada extraordinaria, lo que significa que la jornada de los sábados es absolutamente ilegal, máxime considerando el que sería una jornada extraordinaria permanente.

Por tanto los ₡50.000.00 (colones) parecieran responder al pago de un plus por laborar en puesto de confianza, dado el tipo de funciones y jornada que realiza, según la documentación aportada y no a la aplicación de disponibilidad.

---

No parecen responder a pago por concepto de disponibilidad, porque por un lado no se adjunta el contrato de disponibilidad y tampoco se encuentran justificados en los argumentos dados por el informe emitido por el Lic. David Aguilar Gutiérrez, por cuanto no lleva razón en la interpretación que se hace del artículo 143, porque si bien es cierto no se trata de un puesto de alta jerarquía, ejerce funciones de supervisión y no tiene fiscalización inmediata. Por otro lado tal y como lo indica el documento de las funciones de encargado que se le encomendaron, tiene que cumplir con una jornada de doce horas, puesto que se le exige abrir el portón a las 6 a.m. y cerrar a las 6 p.m., y para que esta jornada se autorice solo se puede hacer mediante el artículo 143.

Si ahora mediante un acuerdo se decide cambiarle de un puesto de confianza a uno de disponibilidad, se advierte de la falta de facultad para hacerlo, porque se estaría variando uno de los elementos esenciales originalmente pactados con el trabajador, lo que se expresa en una aplicación abusiva del Ius Variandi.

### **Conclusión**

De todo lo anteriormente expuesto y de acuerdo con la información suministrada, se puede concluir que el puesto que desempeña es de confianza, el cual parece ser el pactado originalmente cuando se le contrató.

Por tanto el acuerdo 325 no sería procedente, porque se estaría aplicando una variación en una de las condiciones esenciales del contrato, originalmente pactada en cuyo caso podría estar generando un derecho para el trabajador de reclamo para que se le reestablezcan sus derechos de lo contrario dar concluida la relación laboral con responsabilidad patronal.

Debe quedar claro que la jornada de los sábados después de las 6 p.m. debe ser eliminada de forma inmediata y reconocer el pago extraordinario de lo ya trabajador hasta el momento.

Atentamente,

Lic. Francisco Obando Díaz  
**Asesor**

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez  
**Jefe a.i**

FOD/lsr  
Ampo 4 g