
Gestión N° 01328-13

Pronunciamiento N° DAJ-AE-253-13
26 de septiembre de 2013

Señor
Félix Salas Castro
Presidente, Colypro
Presente

Estimado señor:

Atendemos su consulta recibida en esta Dirección el 01 de noviembre de 2012, no sin antes brindarle una disculpa por el atraso sufrido en su contestación, debido a un exceso de trabajo.

Iremos respondiendo una a una sus interrogantes.

1. *“¿Si a un empleado se le realizó un pago de un porcentaje extra por disponibilidad laboral, desde noviembre de 2010 hasta marzo de 2012 y después se decide que este empleado se traslade a otro puesto, en el cual deja de percibir ese porcentaje, habría que realizarle alguna liquidación laboral por el tiempo en que se le pagó ese porcentaje?”*

Para darle respuesta es necesario hablar de varios temas, siendo el primero de ellos la **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, aun 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 aun cuando se ha aceptado que los límites constitucionales 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, 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.

IUS VARIANDI Y ELIMINACIÓN DE DISPONIBILIDAD

Dentro del poder de dirección que tiene el patrono, se encuentra lo que se denomina *ius variandi*, que es la facultad que tiene este de efectuar, de manera unilateral, cambios en ciertas condiciones laborales a fin de lograr la mayor efectividad y buena marcha de su negocio, sin embargo, esta facultad está limitada pues el patrono no puede variar de forma unilateral la jornada, el salario o la jerarquía de su trabajador, y además, el cambio no puede ir en detrimento de la condiciones laborales del mismo.

Entonces, siendo que el rubro por concepto de disponibilidad es parte integral del salario, no debe ser variado en detrimento del trabajador, como ha ocurrido al serle eliminado al trabajador indicado disminuyendo su ingreso por concepto de salario.

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

Por ello, tal como usted mismo lo señala, lo que procedía era liquidarle todos los extremos laborales al trabajador, entiéndase aguinaldo, vacaciones, preaviso y cesantía, y recontractarle con las nuevas condiciones laborales.

2. *¿Es correcto que a una persona que ha trabajado muchos años como Encargada de una Unidad, nunca se le pague la base correspondiente a ese puesto, según la escala de salarios que maneja la Corporación, porque se adujo que no tenía el título respectivo y porque se le pagaban horas extras? Si no fuese así, se le debió de haber remunerado de conformidad con el salario que determina la escala referida para el puesto de Encargada de Unidad, durante sus años de servicio, aunque se le pagaran horas extras?*

IGUALDAD SALARIAL

El artículo 57 de la Constitución Política citado anteriormente, en lo que interesa establece además lo siguiente:

“...El salario será siempre igual para trabajo igual en idénticas condiciones de eficiencia.”

Conviene por tanto indicar lo que establece el artículo 167 del Código citado lo siguiente:

“Para fijar el importe del salario en cada clase de trabajo se tendrán en cuenta la cantidad y calidad del mismo.

A trabajo igual, desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, corresponde salario igual, comprendido en este tanto los pagos por cuota diaria, cuanto las percepciones, servicios como el de habitación y cualquier otro bien que se diere a un trabajador a cambio de su labor ordinaria.

No podrán establecerse diferencias por consideración a edad, sexo o nacionalidad.”

Esta norma expresa claramente, que entre trabajadores contratados para un mismo puesto, categoría y condiciones, no pueden establecerse diferentes salarios. No obstante lo anterior, en el caso concreto, si la trabajadora ocupa un puesto de “Encargada” para el cual debía cumplir con ciertos requisitos en cuanto a responsabilidad, experiencia, manejo del tema, conocimiento, cumplimiento de metas, etc. al igual que otros encargados de otras áreas, -aún sin tener los títulos- debieron pagarle de conformidad con la escala por ustedes citada, aun cuando se le haya reconocido algún rubro por concepto de pago extraordinario, el cual es procedente si se labora más allá de la jornada ordinaria.

Como ilustración sobre algunos de los temas consultados, vale la pena insertar un extracto de la Resolución 2008-000134 (Exp: 03-000188-0166-LA) de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia emitida en San José, a las nueve horas y cuarenta minutos del veinte de febrero del dos mil ocho, en la cual, entre otras cosas, alude a un caso de falta de títulos académicos:

*“El ius variandi es una facultad legal que le asiste al empleador para modificar legítimamente de manera unilateral algunas de las condiciones del contrato de trabajo como podría ser el lugar de trabajo, la jornada laboral, la prestación laboral, etc. Esos cambios deben ajustarse a principios de razonabilidad, necesidad e indemnidad del trabajador (pues no puede dar lugar a menoscabo patrimonial ni moral), y obedecer a necesidades de la organización o a alguna situación excepcional, desde luego, sin que atenten contra las cláusulas esenciales del contrato. En consecuencia, en situaciones en que el empleador ejerza esa potestad en detrimento de los intereses del trabajador, (de manera abusiva o arbitraria), este puede alegar el perjuicio causado y concluir la relación laboral con responsabilidad patronal. Una de las manifestaciones del ius variandi se da cuando el patrono ordena un cambio de funciones, este cambio debe ser de duración temporal no indefinida, pues si la variación es por un período largo o indeterminado, se debe consolidar la posición del trabajador ubicándolo en el puesto que realmente está desempeñando. En los casos en que al trabajador se le asignen funciones de nivel superior a las que normalmente ejerce, el trabajo debe ser remunerado de acuerdo con el salario correspondiente a las nuevas labores asignadas. Al referirse a esta hipótesis Alonso García indica: “Por otro lado, la cuestión podría plantearse, bien como realización de trabajos de categoría superior al habitual en cuya hipótesis habría de otorgarse al trabajador un salario también superior correspondiente con el trabajo y reconociéndose consolidada la nueva categoría pasado cierto tiempo....” (Alonso García Manuel, Curso de Derecho del Trabajo, 9 Edición, Editorial Ariel, Barcelona España, 1985, página 545). En el caso bajo análisis según se desprende de la resolución AC-179-97 supracitada, el recargo de funciones estaba plenamente justificado tanto en el interés público como en el deber de la Administración de brindar un servicio eficiente; por otra parte obedeció a una orden de un funcionario que tenía las facultades para asignarlo, por lo que Doña Nixi asumió el recargo de funciones y laboró como Tramitadora de Aduanas, labor que desempeñó adecuadamente, puesto que permaneció ejerciendo como tramitadora por un período de más de cuatro años, hasta que se le trasladó a otra oficina. Si bien es cierto que el artículo 11 de la Constitución Política establece el principio de legalidad el cual se desarrolla en el artículo 11 de la Ley General de Administración Pública, y, que en virtud de este principio la Administración Pública solo puede realizar lo que literalmente le esté autorizado por una norma, eso implica que ninguna actividad que no esté autorizada expresamente pueda ser realizada por la Administración. Los artículos 13 y 16 de la Ley citada disponen la vinculación de la Administración a todo el ordenamiento administrativo, y supletoriamente al derecho privado, por su parte el artículo 16 establece que al dictar sus actos la Administración se debe sujetar a las reglas unívocas de la ciencia o la técnica, los **principios elementales de justicia** y lógica conveniencia, no puede la*

Administración invocar ese principio para vulnerar derechos fundamentales de los administrados. La Constitución Política establece en el ordinal 33 el principio de igualdad al indicar: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.” En el tema salarial este principio se establece en el artículo 57 del mismo cuerpo normativo que en lo de interés dispone: “El salario será siempre igual en idénticas condiciones de eficiencia.” La normativa especial aplicable a las relaciones de empleo público, establece la posibilidad de que se recarguen funciones en algún trabajador, siempre que el período no sea superior a sesenta días durante el mismo año. Al respecto, el artículo 120 del Estatuto del Servicio Civil dispone: “Cuando el servicio público lo exija, podrán asignarse a un servidor tareas correspondientes a otro puesto distinto al suyo, sin que ello signifique aumento o disminución de salario, por un plazo que no debe exceder de sesenta días consecutivos o no durante un año.” Del enunciado de este numeral se concluye que en sentido contrario, si el recargo de funciones supera los sesenta días, el trabajador debe recibir el pago correspondiente a la categoría que está desempeñando, y la Administración no puede escudarse bajo el principio de legalidad para eludir el pago a que lo obliga el artículo 120 del Estatuto del Servicio Civil. Al ubicar a doña Nixi en un puesto de mayor complejidad, debió pagársele el salario correspondiente y, al no hacerlo, se le causó un daño injusto que debe ser reparado por la Administración, pues la accionante no tiene el deber de soportarlo, y por lo tanto se le debe cancelar las sumas correspondientes a las diferencias salariales no pagadas, así como sus respectivos intereses. Sobre este tema, en un caso en que se estudió una situación similar referente al reconocimiento de diferencias salariales por recargo de funciones, la Sala en el voto número 0110 de las 10:15 horas del 30 de noviembre del 2006 dijo: “Sin embargo, la carencia de ese requisito, (se refería a requisitos académicos) no puede desconocer la circunstancia expresamente admitida por la demandada, sobre el desempeño efectivo que han tenido las actoras desde setiembre de 1998, como Auditoras II (folios 102 y 111). Con su desempeño, el interés institucional se vio favorecido y la demandada, aún conociendo que ellas no cumplían con el requisito académico les encomendó esas funciones. La responsabilidad derivada para la demandada, de un acto que por contrariar la legalidad administrativa, resulta ilegítimo, no puede perjudicar al propio servidor, sino que debe ser dirigida contra las autoridades administrativas o jerarcas que propiciaron esa situación; es decir, esa ilegalidad no puede revertirse en perjuicio del propio servidor/a que, sin advertirse alguna mala fe, es puesto en esas condiciones.” (el destacado no es del original). En casos como el de autos, debe resolverse de este modo conforme con el derecho fundamental a la justicia consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política y el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública que indica:

“1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de tercero”. La Administración, que por razones particulares no atribuibles a la actora, quebrantó el artículo 120 del Estatuto del Servicio Civil, al no pagar los salarios que de conformidad con esa normativa, debió cancelar a la accionante desde el momento en que cumplió sesenta días laborando como Tramitadora de Aduanas, debe resarcirlo,

pagándole las diferencias salariales y sus intereses correspondientes pues, que como se indicó, doña Nixi fue designada como tramitadora aduanera por un funcionario con legitimación para nombrarla, si bien ella no reunía los requisitos académicos atinentes al puesto, si colaboró para que la aduana pudiera suministrar el servicio público adecuadamente y realizó el trabajo correspondiente a Tramitadora Aduanera, por lo que en cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad y salario justo, la Administración debe pagarle las diferencias salariales correspondientes a ese puesto durante los años laborados. En consecuencia, lleva razón la recurrente por lo que procede ordenar el pago de las diferencias salariales correspondientes...”

Tal como se desprende de la nota jurisprudencial, debe el patrono reconocer el salario que corresponda al trabajador que se desempeñe en un determinado puesto, aunque no posea los atestados académicos para el mismo.

3. ¿Es correcto que una persona tenga a su cargo dos puestos a la vez y solo se le remunere el pago de uno, siendo que actuó como Encargada de Unidad y como Asistente de Presidencia?

RECARGO DE FUNCIONES

Sobre el particular le indicamos, que nuestra legislación laboral es omisa respecto al tema del recargo de funciones. No obstante, el artículo 71 del Código de Trabajo contempla, dentro de las obligaciones que 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 las funciones que se le indiquen dentro de sus condiciones y facultades.

Según el tratadista argentino Guillermo Cabanellas, recargo es “*segunda carga o mayor carga*”², 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 que 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 (sobrecargan) las funciones, pero en realidad realiza las funciones para las que fue contratado y además las que se le encarguen.

Ahora bien, en virtud de la omisión de nuestra legislación sobre la materia, muchas empresas han optado por introducir en los Reglamentos Internos de Trabajo, disposiciones relacionadas con ese tema, respondiendo a una directriz de esta Dirección, en el sentido de que cuando se acuerde recargo total de funciones –se le asignan tareas distintas para las que

² CABANELLAS, Guillermo, “Diccionario de Derecho Usual”. Tomo III, Ediciones Arayú, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, pagina 328.

fue contratado- 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 patrono³.

Cuando se habla de recargo de funciones, se hace necesario retomar –un poco más en detalle- el concepto de IUS VARIANDI analizado anteriormente.

Según lo ha expresado la doctrina, se admite que *“el empleador tiene la facultad de modificar, unilateralmente las condiciones de la prestación de servicio, siempre que no se trate de cambios radicales y de carácter definitivo del régimen contractual, y cuando dicho cambio no cause al trabajador un daño material inmediato o futuro, ya sea de carácter pecuniario o simplemente profesional.”*⁴ (el destacado no es del original)

Existen situaciones, dentro de la relación laboral, que indudablemente no pueden ser previstas por el patrono a la hora de suscribir el contrato de trabajo, y si tomamos en consideración que dichas modificaciones no alteran en nada la calificación del trabajador (profesional, técnico, etc.) y no le causan un perjuicio (sobre todo en el aspecto salarial y de jornadas) son admisibles, **en el tanto sea transitorias.**

En cuanto al recargo de funciones, bajo la perspectiva del IUS VARIANDI como facultad patronal, y cuando necesidades imperiosas de la empresa así lo exijan, todo trabajador podrá ser requerido por sus superiores para realizar, en forma temporal, labores diferentes a las pactadas en el contrato de trabajo, siempre que esta sea compatible con sus fuerzas, aptitudes, estado o condición, que sea del mismo género y para la cual esté acreditado, **siempre y cuando, por su carácter temporal, no exceda de un mes.**

En caso contrario, decimos que, si el recargo excede de un mes y el trabajador no presenta reclamo alguno, se tiene como incorporado al contrato de trabajo, como una condición ya permanente, de manera que una nueva modificación en este sentido, podría ser rechazada por el trabajador, si le afecta sus intereses (disminución de salario). Lo anterior no obsta para que el trabajador presente el reclamo por las diferencias salariales que correspondan, para ello tiene tiempo durante la relación laboral y hasta un año después de que la relación laboral concluya por cualquier causa, por esto se recomienda reconocer cualquier diferencia salarial para evitar pagar montos muy elevados ante una eventual demanda en el futuro.

³ En ese sentido el artículo 20 del Código de Trabajo expresa: *“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.”*

⁴ DE FERRARI, Francisco. Derecho del Trabajo. (Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma. 1977), p.323.

-
4. *¿Si un empleado realizó muchos trabajos en su casa y por mucho tiempo durante los sábados y domingos, para poder cumplir con las responsabilidades de su puesto, se le tendría que pagar ese tiempo y cómo se debería de proceder?*

JORNADA EXTRAORDINARIA

La jornada extraordinaria, u horas extras, son “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.”

De conformidad con el artículo 139 del Código de Trabajo, se considera tiempo extraordinario, las horas que se laboren superando los límites de la jornada ordinaria y deberán remunerarse con el salario asignado a cada hora laborada, más un cincuenta por ciento de ese valor, que se conoce como “tiempo y medio” y que está regulado en el artículo citado de la siguiente manera:

“El trabajo efectivo que se ejecute fuera de los límites anteriormente fijados, o que exceda de la jornada inferior a éstos que contractualmente se pacte, constituye jornada extraordinaria y deberá ser remunerada con un cincuenta por ciento más de los salarios mínimos, o de los salarios superiores a éstos que se hubieran estipulado...”

La jornada extraordinaria no debe efectuarse de forma permanente, porque ésta se caracteriza por la temporalidad, la cual es motivada por una circunstancia excepcional, que procede en situaciones de emergencia o impostergables de las empresas o instituciones, además, la jornada ordinaria, sumada a la extraordinaria, no debe ser mayor a doce horas en un mismo día.

DEL DÍA DE DESCANSO EN GENERAL

Resulta necesario hacer referencia a un extracto del artículo 152 del Código de Trabajo, en relación al día de descanso, que dice:

“...Todo trabajador tiene derecho a disfrutar de un día de descanso absoluto después de cada semana o de cada seis días de trabajo continuo, que sólo será con goce del salario correspondiente si se

tratare de personas que prestan sus servicios en establecimientos comerciales o cuando, en los demás casos, así se hubiere estipulado.

El patrono que no otorgue el día de descanso incurrirá en las sanciones legales y en la obligación de satisfacer a sus trabajadores, por esa jornada, el doble del salario que ordinariamente les pague...”

De acuerdo con la disposición transcrita, la regla general es que el día de descanso debe otorgarse a todos los trabajadores, después de cada seis días de trabajo o después de cada semana laborada, sin importar la cantidad de horas que labore durante su día, sean ocho o cuatro, más o menos, el derecho al descanso semanal se mantiene, pues tal como podemos ver, la norma no hace distinción alguna en relación con la cantidad de horas laboradas.

Además, de conformidad con el artículo transcrito, si el patrono le solicita a un trabajador laborar en su día de descanso, debe remunerarle de forma **doble** todas las horas que trabaje, cabe indicar aquí, que este pago doble es en realidad una sanción para el patrono por no otorgarle el descanso semanal al trabajador, y que de ninguna manera se permite que el patrono pretenda “pagarle” al trabajador que laboró en su día de descanso “con tiempo”, o sea, darle otro día de descanso en sustitución del laborado, sea domingo o el día que corresponda.

El patrono puede requerirle al trabajador que labore en su día de descanso -ocasionalmente, sin que se le haga una costumbre- siendo que el trabajador debe prestarle auxilio y colaboración a su patrono en casos de necesidad, el trabajador puede laborar, pero si este último tiene alguna justificación para no trabajar ese día, el patrono debe aceptarla y no exigirle que se presente.

De conformidad con lo explicado anteriormente, el trabajo realizado por el trabajador indicado los días sábados y domingos, deben pagarse de conformidad con lo dictan las normas de la jornada extraordinaria los días sábados y de forma doble los domingos.

De usted con toda consideración,

Licda. Shirley Bonilla Guzmán
Asesora

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefa Asesoría Interna

sbg
AMPO 24)