

---

---

DAJ-AE-147-11  
04 de mayo de 2011

Señor  
Fernando Gutiérrez Campos  
Presidente,  
Asociación Administradora del Acueducto Rural de Tacares Sur

Estimado señor:

En atención a su oficio N° ASADA T.S.-037-2009 recibido por esta Dirección, mediante el cual solicita se evacuen algunas dudas con respecto a la disponibilidad de sus trabajadores y como se debe pagar, concretamente nos consulta:

1. Hay que pagarles las horas extras y/o dobles cuando laboren de su jornada de cuarenta y ocho horas?
2. Se pueden cancelar horas extras y/o dobles y disponibilidad a la vez?
3. La disponibilidad es para que estén anuentes a laborar, normalmente de manera ocasional, después de su jornada laboral ordinaria pero, existe alguna norma que establezca hasta que hora está en la obligación el trabajador de estar disponible y si ésta incluye los días domingos y feriados de ley?
4. Se puede establecer disponibilidad parcialmente, es decir sólo para un período determinado? Ejemplo de lunes a viernes.
5. Puede el trabajador realizar otros trabajos “extras” a terceros fuera de su jornada ordinaria de trabajo, aún cuando se le está reconociendo una disponibilidad?
6. Existe alguna tabla que establezca el monto o porcentaje máximo de sobre sueldo por concepto de disponibilidad?

Ofrecemos disculpas por el tiempo transcurrido, esto se ha debido a la cantidad de trabajo que tenemos en materia de consultas, todas tan importantes como la suya y las cuales se atienden de acuerdo al orden de ingreso a nuestro sistema. Antes de entrar a analizar con detalle su consulta, es importante para lo que interesa tener claro los conceptos de jornadas, disponibilidad y deber de fidelidad.

### **Jornada Laboral**

---

La doctrina ha definido la **jornada de trabajo ordinaria** como “*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*”<sup>1</sup>

Dada la obligatoriedad de cumplimiento que el trabajador debe asumir en cada jornada laboral, como regla general, la Ley ha impuesto límites máximos que no pueden excederse. Es así como el Código de Trabajo<sup>2</sup> 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.

Bajo estos supuestos legales tenemos que:

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.
2. La **jornada nocturna** esta 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, constituye una mezcla entre las dos, del 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 10:30 horas de la noche o antes de las 1:30 de la mañana ya se considera jornada ordinaria nocturna, y entonces tendrá que reducirse a seis horas.

Asimismo es importante indicar que el total de horas a laborar durante una semana no puede en ningún caso superar las 48 horas, tratándose de jornada diurna, ni las 36 en jornada nocturna.

### **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.

De conformidad con el artículo 140 de nuestro Código de Trabajo, la jornada extraordinaria solo se puede aplicar de manera temporal y excepcional, para atender necesidades imperiosas de la empresa que son importergables, de modo que no puede

---

<sup>1</sup> Vargas Chavarría, Eugenio, “La Jornada de Trabajo y el Descanso Semanal”, pág. 13

<sup>2</sup> Artículos 135, 136 y 138 del Código de Trabajo.

---

---

aplicarse en forma permanente. Así también dispone la norma, que la jornada extraordinaria se deberá pagar con un cincuenta por ciento más sobre la hora que ordinariamente se pague.

### **Disponibilidad**

La “disponibilidad”<sup>3</sup> en términos generales, es un reconocimiento o compensación salarial que se otorga a 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 la necesidad de la empresa o institución de que se trate.

Por lo general, esta remuneración se encuentra regulada en un reglamento dictado a los efectos, con el fin 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 de previo han aceptado laborar en disponibilidad, reciben un reconocimiento salarial por dicho concepto. En este sentido no pueden rehusarse a prestar servicios cuando son llamados, aún cuando estén en sus respectivos hogares o en otras ocupaciones de índole privada.

Sin embargo debe quedar claro, que el concepto de disponibilidad es independiente del pago de horas extraordinarias, que sean laboradas por el trabajador después de su jornada ordinaria. El concepto de disponibilidad precisamente origina una obligación para el trabajador de estar listo para cualquier llamado, fuera de su jornada ordinaria y aún en sus tiempos o días de descansos, pero al ser llamados a laborar en esos tiempos, por tratarse de tiempo fuera de la jornada ordinaria, debe ser reconocido y pagado como tiempo extraordinario, aparte del porcentaje que se reciba por concepto de disponibilidad.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en un extracto de la Sentencia 00202-2010 de las 10:15 minutos del 10 de febrero de 2010 resuelve en cuanto a este punto lo siguiente:

*“...No hay duda, entonces, de que el actor sí laboraba una hora y media extra por día (que sumaban 9 a la semana, pues recordemos que trabajaba seis días y descansaba uno), la cual, según los testimonios arriba copiados, nunca le fue debidamente remunerada (es decir, con el recargo del 50% del salario que manda*

---

<sup>1</sup> El Dictamen No. C-171-92 de 27 de octubre de 1992, de la Procuraduría General de la República indica que: " El régimen de disponibilidad, es un ordenamiento jurídico particular que crea una condición especial en el sujeto que es admitido a él, y es que debe permanecer expectante, durante toda la relación de servicio, a fin de atender, obviamente en jornadas fuera de la ordinaria (extraordinarias) un evento o emergencia que requiere de su participación."

---

*el canon 139 del Código de Trabajo), por lo que debe ordenarse ahora su pago, teniendo que revocarse en este sentido la resolución impugnada. Antes de efectuar los cálculos respectivos, cabe advertir la equivocación en que incurrieron los integrantes del órgano de alzada al interpretar que lo que debió reclamar el accionante fue un sobresueldo por disponibilidad y no horas extra. El error probablemente obedeció a que don Alexander manifestó en el recurso de apelación que durante la hora y media de la comida debía estar “disponible” en la empresa (vocablo que también utilizaron algunos testigos), pero es claro que con ello no se hacía referencia a un régimen de disponibilidad en sentido estricto, pues tal instituto, según lo definió esta Cámara en el voto n° 412-04, consiste “en un régimen que obliga al servidor a estar expectante y localizable en cualquier momento para realizar labores extraordinarias, si así se le requiere de acuerdo con las necesidades de la parte empleadora. El pago por ese extremo tiene como finalidad compensar esa situación, sin duda alguna limitante de las actividades propias de la vida privada de quien está sometido al régimen, con independencia de la retribución de las horas efectivamente laboradas”. La disponibilidad, así concebida, entraña que el trabajador sí puede salir del centro de trabajo y hacer las actividades propias de su vida privada, solo que adquiere el compromiso de estar localizable y a la espera de ser llamado por el patrono en cualquier momento para prestar sus servicios durante ese lapso de disponibilidad, restricción a la libertad que se retribuye generalmente mediante el reconocimiento de un plus salarial. Empero, no era esa la situación del señor González Romero por cuanto -se insiste- él estaba obligado a pasar en la granja durante la hora y media en cuestión...”*

De acuerdo a lo anterior el plus salarial por disponibilidad, lo que encierra es el pago de la expectativa a la que está sometido el trabajador que en cualquier momento pueda ser requerido por su patrono para que se presente a laborar por una situación que así lo amerite, pero el tiempo que el trabajador utilice por la disponibilidad debe ser pagado como tiempo extraordinario, con esto damos por un hecho que el trabajador cumplió con su jornada ordinaria de trabajo. Entonces queda claro que el pago de “disponibilidad” no basta por sí solo para compensar la prestación de servicios en horas no hábiles, sino que pretende compensar como el término lo indica, la obligación que asumen los trabajadores de presentarse a laborar en el momento en que sean requeridos, sin que puedan alegar a su favor la realización de otro tipo de compromiso familiar o profesional, como sí lo podría hacer si no se le paga ese rubro y se le pide laborar jornada extraordinaria propiamente dicha.

También la Sala Constitucional se ha pronunciado con respecto a este tema Disponibilidad y en el Voto N° 2007-009411 de la 16 horas y 46 minutos del 28 de junio de 2007 dice:

---

*“(...) Se colige de los precedentes antes citados, que la doctrina elaborada por la Sala establece que la disponibilidad implica la permanente y total disposición del servidor o servidora a la necesidad de atención que, fuera de la jornada ordinaria de trabajo, le plantea su cargo y el servicio que presta, que solo puede determinarse en atención a las necesidades o no que tenga el empleador de los servicios del empleado, más allá de la jornada laboral. La determinación acerca de si procede o no el pago de ese plus salarial para una determinada persona excede las competencias de esta Sala, por tratarse de un asunto de mera legalidad que debe ventilarse ante lo justicia común, administrativa inicialmente o jurisdiccional después. Sí ha reconocido este Tribunal Constitucional que la Administración tiene la potestad de constatar que el servidor o servidora ya no se encuentra en la condición de hecho que amerita el otorgamiento de ese plus salarial; sin embargo, de previo a la ejecución del acto administrativo que elimina dicho rubro debe comunicárselo en resguardo del debido proceso y el derecho de defensa. Como corolario de lo anterior, cuando se reconoce el pago por disponibilidad a un servidor o servidora, solo adquiere un derecho a seguir recibiendo esa remuneración mientras se mantenga el supuesto de hecho o condición objetiva que le dio origen, de manera que si permaneciendo intactas las condiciones para el trabajador o la trabajadora el patrono elimina ese sobresueldo unilateralmente, puede estarse ante la violación del principio de intangibilidad de los actos propios, si no se respeta el procedimiento legalmente establecido con el fin de revocar o en su caso anular un acto declarativo de derechos. Puede también el patrono regular en cualquier momento el pago por disponibilidad, estableciendo lineamientos generales para todos los servidores que reciben ese sobresueldo; no obstante, debe salvaguardar al hacerlo los derechos que todos o algunos de ellos hubieren adquirido antes, sobre todo –dijo la Sala en la sentencia 1055-93: ‘como resultado de la aplicación de la modalidad de pago más favorable’. Finalmente, en particular de la sentencia 1991-00810 se puede concluir que la disponibilidad puede revestir dos modalidades: una, como condición aceptada por el trabajador o trabajadora al momento de firmar el contrato laboral y, dos, como producto de un acuerdo posterior. En cualquier caso, la libertad de contratar impide que se celebre un contrato de empleo posterior donde la prestación de servicio esclavice, denigre o discrimine al hombre, pues el trabajo debe responder siempre a la dignidad de la persona, la salud, la subsistencia, la seguridad - como principios derivados de la supremacía constitucional- y la vida, sea esta personal, familiar o social, aún en aquellos casos donde el trabajador haya consentido en su quebranto o lesión. Así las cosas, se ha estimado que la disponibilidad es renunciable en determinadas condiciones, por ejemplo, cuando sea incompatible con el horario de trabajo normal, o discriminatorias, por contraponerse a la dignidad, la salud, la subsistencia, la seguridad y la vida; también cuando la remuneración no sea acorde con el sacrificio que la disponibilidad apareja. Lo anterior, sin involucrar la resolución del contrato de trabajo suscrito entre las partes. (...)” Sentencia N°*

---

*2004-14163 de las 10:55 hrs. del 10 de diciembre de 2004. (El destacado no forma parte del original).*

Se deduce de lo anterior que la disponibilidad se cumple en horas fuera de la jornada laboral, sin sujeción de que sea un día en particular, lo que importa es la total disposición y a la que está obligado el trabajador que percibe ese incentivo salarial.

De este mismo voto podemos extraer lo relacionado con el porcentaje que puede percibir un trabajador por disponibilidad:

*“..El antecedente es del todo aplicable al presente caso, en vista que los amparados se encuentran en una situación de hecho similar a la que allí se discutió. En efecto los recurrentes son funcionarios judiciales vinculados con la materia penal, para los cuales se dispuso partir del 1° de enero de 1998 el pago de un porcentaje determinado por disponibilidad, calculado y dispuesto con base en el acuerdo de Corte Plena de la sesión No.003-1998 del 2 de febrero de 1998, artículo VIII, y posteriormente, ese sobresueldo fue modificado, sin audiencia, ni procedimiento alguno previo, a partir del 18 de julio de 2002, reduciéndose el pago del porcentaje de disponibilidad que venían percibiendo, según lo dispuesto en el artículo XLVIII de la sesión ordinaria No.64-2002 del 29 de agosto de 2002 del Consejo Superior. Por otra parte, en el expediente no consta que los amparados hubiesen variado de puesto, sino que se han mantenido en forma continua en el ejercicio de sus cargos...”*

Aquí podemos deducir que el porcentaje que se aplicara al plus de disponibilidad dependerá de un acuerdo entre trabajador y el patrono, o lo que se establezca en los contratos, la Convención Colectiva o el Reglamento Interior de Trabajo y se mantendrá de acuerdo a las condiciones que lo originaron siempre y cuando no vayan en contra de la dignidad y la salud del trabajador.

### **Deber de Fidelidad**

Nuestro Código de Trabajo tal vez en un intento de legislar situaciones especiales de secretos empresariales, establece el deber de fidelidad como un derivado propio de toda relación laboral. Este se puede desprender indirectamente del artículo 71 inciso g) que señala:

*“Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus Leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores:*

*...g) Guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tenga conocimiento por razón del trabajo*

---

---

*que ejecutan; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono, y...*”

Esta norma refiere al deber de confidencialidad pero debemos tener claro que solamente tiene vigencia durante la relación laboral de manera que una vez concluido el contrato, la obligación desaparece, al menos no podría alegarse la sobrevivencia de la cláusula si el contrato de trabajo ha finalizado.

Al respecto, el tratadista Ernesto Krotoschin<sup>4</sup> expone “...c) *El deber de fidelidad se concreta, sobre todo, en tres aspectos de la relación laboral, que son: la prohibición de hacer competencia al empleador, el deber de guardar reserva o secreto de las informaciones confidenciales a que tenga acceso y la prohibición de aceptar sobornos...*” Sobre cada uno de estos aspectos el autor expone que aunque no está prohibido que un trabajador tenga varios trabajos a la vez, si existe impedimento para que ese segundo trabajo no afecte directamente a su primer patrono y afecte sus intereses, ya sea porque se trata de la misma labor que le presta al primero, o porque se trata de empresas de la competencia. Indica que esta segunda labor puede ser tanto por cuenta propia como por cuenta ajena.

Ahora bien, lo que muchas empresas aplican, para asegurar ese deber de confidencialidad, es que pagan un porcentaje o plus sobre el salario base, para así establecer la prohibición específica de no poder laborar para otras empresas, pero este concepto es totalmente diferente al concepto antes analizado de disponibilidad.

### **Conclusión:**

Seguidamente damos respuesta a cada pregunta de su consulta:

1.- En el caso planteado en su nota, las horas que los trabajadores sean llamados a laborar fuera de las ordinarias (es decir las que fueron pactadas), deben ser pagadas como jornada extraordinaria, independientemente del monto que reciben mensualmente por disponibilidad, sin olvidar que de acuerdo con el artículo 140 del Código citado, la jornada ordinaria sumada a la extraordinaria no puede exceder las doce horas diarias y esa jornada extraordinaria debe cancelarse con un 50% más sobre el salario que ordinariamente recibe. El cálculo del valor de la hora dependerá si se ejecuta de día, en jornada mixta o en jornada nocturna, ya que ese valor varía dependiendo de su ubicación, la hora nocturna es más cara porque se debe tomar el salario diario y dividirlo entre 6, en jornada mixta se divide entre 7 y en jornada diurna se divide entre 8, por eso dependerá de la hora en que se ejecute la labor extraordinaria para determinar el valor de la hora extra que se obtendrá al multiplicar ese monto de la hora por 1.5 (tiempo y medio). La hora doble no se aplica para la jornada extraordinaria, lo que se da en algunos casos es un pago doble, cuando se labora ya sea el

---

<sup>4</sup> Krotoschin Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Vol I, 4ta Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 229.

---

---

día de descanso o un feriado de pago obligatorio, entonces se adiciona un pago sencillo a ese día laborado.

2.- Como ya se mencionó líneas atrás, el plus salarial de disponibilidad comprende la expectativa a la que está sometido el trabajador a ser solicitado por su patrono a laborar y dejar sus actividades personales y este tiempo debe remunerarse como extraordinario lo que comúnmente se dice tiempo y medio. En el punto anterior se habló de las horas dobles.

3.- La disponibilidad se aplica como una norma general y el trabajador que la acepta y recibe el plus convenido, está obligado a cumplir con la expectativa de su patrono, nuestra legislación es omisa en este tipo de acuerdos, razón por la cual se ha regulado mediante instrumentos como Convención Colectiva, Reglamento Interior de Trabajo o en el mismo Contrato de Trabajo.

4.- Si se pacto que la disponibilidad fuera de lunes a viernes y existe un documento que respalde este acuerdo así se dispondrá.

5.- De acuerdo a lo expuesto para el trabajador hay un deber de fidelidad hacia su patrono, lo que implica que no debe desarrollar en su tiempo libre labores similares a otros patronos o de la competencia. La disponibilidad solo implica la obligación de cumplir cuando le sea requerido en su tiempo libre independientemente de lo que esté realizando en ese momento.

6.- No existe una tabla general para aplicar el porcentaje que se debe pagar por disponibilidad, puede se trata de un acuerdo entre las partes contratantes, algo ya establecido en un documento, llámese Convención Colectiva, Reglamento Interno de Trabajo o lo que se aplica en la práctica en un caso concreto, lo que si es claro que ese porcentaje debe ser razonable con la labor y la obligación a la que está sometida el trabajador

Atentamente,

Lic. Francisco Obando Díaz  
**Asesor**

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

FOD/ihb  
Ampo 13 c)