
DAJ-AE-241-2010
3 de diciembre del 2010

Licenciado
Melvin Umaña Quesada
Administrador Acueducto Municipal
Municipalidad de Grecia
Presente

Estimado señor:

Se recibió en esta Dirección su nota el 13 de octubre de 2010, mediante la cual consulta si al firmar un contrato de disponibilidad por roles, los trabajadores tienen derecho a un día libre a la semana por haber estado disponibles.

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 fuera de la jornada ordinaria por razón de su disponibilidad, 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.

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 ordinaria 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.

En este sentido la Sala Segunda ha manifestado:

“La disponibilidad 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. De esta manera, el servidor puede recibir sólo el pago de la disponibilidad si no es requerido para trabajar o bien las dos retribuciones si realiza las tareas extraordinarias. Con ello no incurre en un doble pago por un mismo concepto, pues en uno y otro caso el origen de la retribución es distinto.”²

Aunado a lo anterior, resulta menester analizar lo expuesto por la Sala Constitucional en este tema:

“Debido a lo anterior, la persona que se encuentre en disponibilidad deberá permanecer expectante de un eventual requerimiento, razón por la que deberá mantenerse localizable dentro de su jurisdicción. A cambio de la disponibilidad, al funcionario se le reconocerá una compensación económica, misma que es distinta y por tanto no incluye el pago de horas extras en el caso de que el funcionario sea requerido para presentarse a realizar alguna actuación propia de sus funciones. En ese sentido, anteriormente se indicó que la disponibilidad es la regla por ser parte del contrato de trabajo; sin embargo, a diferencia de éste, las horas extras son excepcionales, por cuanto es imposible saber con antelación cuantas horas extras deberá laborar el funcionario, por lo que resulta materialmente imposible incluir un rubro definitivo en el salario que cubra las horas extras. No puede ordinarse un instituto extraordinario como lo son las horas extras, al incluirse como un porcentaje dentro de la disponibilidad, toda vez que no

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

² Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2002-00442 de las 9:10 horas del 6 de setiembre de 2002.

solo se tratan de situaciones diversas, sino que tal y como se indicó anteriormente existe una imposibilidad material para determinar con exactitud cuantas horas extras deberá trabajar un funcionario durante la disponibilidad, pues ello dependerá exclusivamente de las situaciones que acaecen durante la misma, razón por la cual ambos extremos deben cancelarse en forma separada, atendiendo a la naturaleza específica de cada instituto. En el caso de la disponibilidad, debe pagarse como un rubro dentro del salario, por el solo hecho de estar a la expectativa de una eventual llamada, y las horas extras se pagarán en el caso de haber sido efectivamente laboradas, claro está previa constancia rendida al efecto.”³

En cuanto a la necesidad de establecer un día de descanso dentro del rol de disponibilidad que se establezca, no existe norma al respecto que así lo disponga, ni jurisprudencia en este sentido, sin embargo *prima facie* pareciera que la figura de la disponibilidad por sí misma no permite el descanso, en este sentido la Sala Segunda ha dispuesto:

*“Se ha entendido por tal "disponibilidad", la obligación en que están ciertos servidores de permanecer alerta, fuera de la jornada ordinaria, para aprestarse a atender eventos o emergencias cuando se requiera de su colaboración o de su asistencia -sea, para realizar labores de operación y de mantenimiento, en caso de cualquier percance o de averías en el servicio-, sin que para ello cuenten la hora ni el día, ya **que la disponibilidad abarca las 24 horas de todos y cada uno de los días del año, incluso, en tiempo de descanso, pueden ser convocados conforme a sus funciones, para la pronta atención de necesidades reales, complejas e impostergables que demande el buen servicio...**”⁴ (El resaltado no forma parte del original)*

Asimismo la Procuraduría General de la República, sobre el tema ha dispuesto:

“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

³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2062-2008 de las 13:51 horas del 8 de febrero de 2008.

⁴ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, voto número 247-98 de las 15 horas del 23 de setiembre de 1998.

de la ordinaria (extraordinarias), un evento o emergencia que requiere de su participación.”⁵

Según se desprende de las anteriores citas, el régimen de disponibilidad implica que el trabajador esté expectante ante la eventualidad de tener que acudir fuera de horario a ejecutar sus labores; dicha expectativa puede producirse en cualquier momento del día e incluso en días inhábiles, razón por la cual no sería posible establecer un día de descanso de la disponibilidad pues quedarían eventualmente descubiertas las posibles emergencias que surjan.

No obstante lo anterior, es recomendación de esta Dirección que se contemple la posibilidad de establecer roles de disponibilidad que incluyan día de descanso, lo anterior con el fin de que aunque sea ocasionalmente el trabajador que se encuentra con disponibilidad pueda desligarse completamente de sus labores y disponer de un tiempo de descanso sin necesidad de mantenerse a la expectativa de un llamado.

A pesar de que no hay normativa ni jurisprudencia en este sentido, del voto número 2062-2008 de la Sala Constitucional se puede colegir que lo ideal sería la existencia de dicho día de descanso, a saber:

“...la disponibilidad es inherente al puesto y que debe ser reglada eso sí de manera que no atente contra la dignidad humana, o sea que no afecte irracional e innecesariamente la libertad personal, de manera que vayamos a algo así como a someter a los trabajadores a un régimen de esclavitud...”

Asimismo, la Sala dicha en su voto número 620-1992, dispone:

“Así cuando se elige una actividad a desarrollar en relación de dependencia para un empleador como en el caso en examen ha de tenerse en cuenta como principio que 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 aun en aquellos casos donde el trabajador haya consentido su quebranto o lesión (lo escrito en negrilla es del original).

En otra parte de la citada resolución se establece:

⁵ Procuraduría General de la República, Dictamen número C-173-92, del 27 de octubre de 1992.

El Estado siguiendo un constitucionalismo social debe estructurar y promover un orden económico justo que permita el acceso a todos los hombres -en este caso Médicos- a las fuentes del trabajo y de producción y que haga posible una distribución equitativa de las horas posibles de trabajo promoviendo así la libertad y el derecho al trabajo suprimiendo no solo la explotación y discriminación sino las trabas que hacen inaccesible que otros profesionales puedan dedicar su tiempo a esa disponibilidad".

No existiendo motivos para cambiar en precedente ya sentado por esta Sala en lo tocante a la disponibilidad debe mantenerse. Por lo que el recurso en ese sentido debe declararse con lugar teniendo las autoridades recurridas que establecer un nuevo régimen de disponibilidad en el cual se tome en cuenta los principios constitucionales que sobre el trabajo se establecen. Lo anterior sin detrimento de lo ya resuelto en cuanto a la remuneración por disponibilidad que se ordenó en el laudo que se menciona en el apartado segundo de los resultandos."⁶

Así las cosas, si bien no existe obligación de conceder un día de descanso dentro del rol de disponibilidad, esta no debería ser irrestricta, pues no se puede de ninguna manera aprobar que como consecuencia del pago de un sobre sueldo, se admita el abuso hacia el trabajador en detrimento de su vida personal, de tal suerte que la Sala es muy clara al indicar que si bien es admisible la existencia del rubro disponibilidad, la misma no puede atentar contra la dignidad del ser humano, al someterlo a jornadas excesivas y constantes, sin respetar su derecho a tener una vida privada, apoyados en una remuneración, razón por la cual es recomendable que se establezcan roles de disponibilidad que incluyan un día de descanso, en el cual los trabajadores sepan que podrán disponer de su tiempo libre a como deseen sin estar pendientes de una eventual emergencia.

Atentamente,

Licda. Adriana Quesada Hernández
ASESORA

AQH/lsr
Ampo 13 D)

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 0620-1992 de las 15:40 horas del 4 de marzo de 1992.