



DEPARTAMENTO JURIDICO

- 4609 (993) 2014
- S/K (1218) 2014
- S/K (1370) 2014
- 8521 (1505) 2014
- 9008 (1560) 2014



3111 . 39

ORD.: _____/_____

MAT.: Fija el sentido y alcance del artículo transitorio de la ley N° 20.724.

- ANT.:** 1) Nota de respuesta de 04.08.2014, de Sergio Rojas Barahona.
2) Presentación de 31.07.2014, de Andrea Barría Muñoz, Gerente de Personas, RSE y Comunicaciones, Salcobrand S.A.
3) Ord. N° 1604 de 30.07.2014, de Director (TP) Instituto de Salud Pública de Chile.
4) Nota de respuesta de 25.07.2014, de Mauricio Acevedo Sandoval, Presidente Federación Nacional de Trabajadores de Farmacias "FENATRAFAR"
5) Pase N° 1323 de 24.07.2014, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo.
6) Ord. N° 2672 de 21.07.2014, de Director del Trabajo.
7) Ord. N° 2474 y 2381 de 07.07.2014 y 01.07.2014, respectivamente, de Subdirector del Trabajo.
8) Correo electrónico de 03.07.2014, de Sindicato Nacional Salcobrand N° 1.
9) Correo electrónico de 01.07.2014, de Alfonso Canales Undurraga.
10) Nota de respuesta de 19.06.2014, de Andrea Barría Muñoz, Gerente de Personas, RSE y Comunicaciones, Salcobrand S.A.
11) Ords. N°s. 2236, 2237, 2238, 2239, 2240 y 2241 de 16.06.2014, de Director del Trabajo.
12) Presentación de 23.04.2014 de Carlos Alberto González Correa, Subgerente Gestión de Personas, Salcobrand S.A.

FUENTES: Ley N° 20.724, publicada en el Diario Oficial el 14.02.2014.

SANTIAGO,

14 AGO 2014

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Por necesidades del Servicio se ha estimado necesario fijar el sentido y alcance del artículo transitorio de la ley N° 20.724, publicada en el Diario Oficial el 14.02.2014, que modifica el Código Sanitario en materia de regulación de farmacias y medicamentos.

En forma previa a emitir un pronunciamiento sobre el particular y con el objeto de contar con mayores antecedentes sobre la materia, se estimó necesario extender una invitación a las empresas y organizaciones sindicales del sector farmacéutico, para que mediante la instalación de mesas de trabajo, manifestaran sus posturas, aprensiones e inquietudes en torno a la aplicación de la disposición transitoria en comento. A la citada convocatoria, ocurrida entre los meses de junio y agosto del presente año, asistieron las siguientes entidades:

a. Reunión de 08.04.14, realizada entre el Director del Trabajo, el Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo y la Federación Nacional de Trabajadores de Farmacias "FENATRAFAR".

b. Reunión de 11.06.14, celebrada con la participación del Subdirector del Trabajo y farmacias Salcobrand S.A., FASA Chile y Cruz Verde.

c. Reunión de 01.07.14, efectuada con la asistencia del Subdirector del Trabajo y el Sindicato Nacional Salcobrand N° 1.

d. Reunión de 07.07.14 sostenida entre el Subdirector del Trabajo y el Sindicato FASA Chile.

e. Reunión de 29.07.14 entre el Jefe del Departamento Jurídico de la Dirección del Trabajo y representantes legales de farmacias Salcobrand S.A.

f. Reunión de 31.07.14, realizada en presencia del Subdirector del Trabajo y representantes legales de farmacias Cruz Verde.

g. Reunión de 31.07.14, celebrada con la asistencia del Subdirector del Trabajo y representantes legales de FASA Chile.

h. Reunión celebrada el 01.08.14, entre el Jefe de Gabinete del Subdirector del Trabajo y representantes legales de farmacias Dr. Simi.

i. Reunión de 01.08.14, del Jefe de Gabinete del Subdirector del Trabajo y representante legal AFICH.

Asimismo, en tal contexto, fueron recibidas las presentaciones signadas en el antecedente N° 10), 9), 8), 4) y 1), formuladas por Salcobrand S.A., FASA, Sindicato Nacional Salcobrand N° 1, Federación Nacional de Trabajadores de Farmacias "FENATRAFAR" y Cruz Verde, respectivamente.

Precisado lo anterior, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo transitorio de la ley N° 20.724, de 14.02.2014, dispone:

"Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren pactado el pago de incentivos económicos en los términos del artículo 100 del Código Sanitario, deberán, dentro del plazo de seis meses desde la entrada en vigencia de la presente ley, ajustar sus contratos de

trabajo a la normativa vigente, sean éstos individuales o producto de negociaciones colectivas.

Dicho ajuste consistirá en que los porcentajes totales de los incentivos económicos señalados en el inciso anterior, deberán pagarse con cargo a otros emolumentos variables, lo que deberá reflejarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

Este ajuste no podrá significar una disminución en el monto o porcentaje total de las comisiones u otros emolumentos variables que conformen la remuneración del trabajador, calculado sobre la base del promedio anual entre enero y diciembre del año 2011 o igual término del año 2012, debiendo aplicarse de entre ellos, el que presente una remuneración promedio más alta".

De la disposición legal preinserta se infiere, en primer término, que el legislador ha establecido un plazo de seis meses contado desde la entrada en vigencia de la ley, para que los empleadores que a esta última fecha hubieren pactado, sea individual o colectivamente, el pago de incentivos económicos en los términos del artículo 100 del Código Sanitario, procedan a ajustar los respectivos contratos en el sentido que los porcentajes totales de estos incentivos deberán pagarse con cargo a otros estipendios variables que reciba el trabajador, ajuste que deberá consignarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

De la misma norma fluye que el señalado ajuste no puede significar en caso alguno una disminución en el monto o porcentaje total de las remuneraciones variables del trabajador, calculado sobre el promedio anual de dichos estipendios, percibidos entre enero y diciembre del año 2011 o igual período de 2012, debiendo aplicarse de entre ellos, el que presente un promedio más alto.

En otros términos, el ajuste de remuneraciones que se encuentran obligados a efectuar los empleadores respecto de aquellos trabajadores que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, habían pactado, individual o colectivamente, el pago de incentivos económicos en la forma prevista en el inciso 4º del artículo 100 del Código Sanitario, presenta las características y debe reunir las condiciones que se indican a continuación:

a) Debe estar referida, únicamente, a aquella parte de las remuneraciones variables recibidas por la venta de productos farmacéuticos.

b) Debe efectuarse en el plazo fatal de seis meses contado desde el 14.02.2014, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20.724.

c) Debe reflejarse expresamente en la liquidación de remuneraciones.

d) Los porcentajes totales asociados a aquellos incentivos económicos que como consecuencia de la nueva normativa hubieren sido eliminados, deberán pagarse con cargo a otros estipendios variables.

e) El referido ajuste no puede importar una disminución del monto o porcentaje total de las remuneraciones variables, entendiéndose que existe tal disminución si una vez producido el ajuste el trabajador recibe un monto menor al promedio de lo percibido por estipendios variables durante el año 2011 o 2012, dependiendo cual fuera más alto.

Ahora bien, en relación a la forma de efectuar el señalado ajuste, cabe señalar, en primer término, que la relación laboral constituye un sistema complejo, integrado por múltiples variables, cuya puerta de entrada es el contrato de trabajo, el cual fija un conjunto de condiciones esenciales a las que deberán sujetarse las partes en sus relaciones al interior de dicho sistema, de modo tal que una alteración en dichas variables o condiciones, requiere, necesariamente, el acuerdo de voluntades de los contratantes, para no violentar el consentimiento que cada parte otorgó al momento de pactar la relación laboral.

Lo anterior obliga a sostener que el ajuste en los contratos de trabajo, implica para las partes de la relación laboral la modificación de la respectiva cláusula sobre remuneraciones, sea que ésta se encuentre inserta en los contratos individuales o instrumentos colectivos, la cual debiese ser acordada de mutuo acuerdo por las partes y materializarse por escrito.

De este modo, si la señalada estipulación se encuentra inserta en los contratos individuales de trabajo, dicha modificación deberá consignarse por escrito y firmarse por los contratantes al dorso de los ejemplares del mismo o en un documento anexo, conforme a lo dispuesto por el inciso 1º del artículo 11 del Código del Trabajo.

A su vez, si la cláusula respectiva se encuentra contemplada en un instrumento colectivo de trabajo, la modificación deberá ser igualmente convenida por las partes, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, inciso final del artículo 5 del Código del Trabajo y, en lo pertinente, la normativa contenida en el Libro IV del mismo cuerpo legal.

Sin perjuicio de lo anterior, y considerando que el ajuste de remuneraciones que nos ocupa deriva de un imperativo legal, resulta posible concluir que de no existir acuerdo sobre la materia, el empleador podrá unilateralmente, vale decir, sin el consentimiento de los involucrados, efectuar la adecuación de que se trata, imputando las comisiones que se pagaban por la venta de productos farmacéuticos, –las que infringirían el artículo 100 del Código Sanitario–, al pago de otros estipendios variables.

La mencionada adecuación deberá constar en un documento elaborado y firmado por el empleador que deberá ponerse en conocimiento del trabajador, el cual, constituirá un instrumento válido para acreditar ante los Servicios del Trabajo que se ha dado cumplimiento al imperativo legal de ajustar los contratos de trabajo en materia de remuneraciones, aún cuando en él no se consigne la firma del trabajador.

Con todo, cabe señalar que al momento de efectuar el ajuste que prescribe la normativa en análisis debe estarse a la intención perseguida por el legislador al establecer la citada disposición, para cuyos efectos cabe recurrir a las normas de hermenéutica legal consignadas en los artículos 19 a 24 del Código Civil, la primera de las cuales prescribe:

“Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Pues bien, consta que el espíritu que esconde la disposición en estudio, ha sido la de establecer una protección a las remuneraciones de los trabajadores de farmacias, quienes como consecuencia del término del incentivo consistente en el pago de una comisión por la venta de ciertos medicamentos, podrían ver disminuidos sus ingresos, situación que se pretende evitar mediante el artículo transitorio precedentemente citado.

Corroborando lo anterior, el estudio de la historia fidedigna de la ley N° 20.724, de la cual aparece la intervención del Honorable Senador Hernán Larraín, que reza *“...comparto el propósito de que los trabajadores no resulten perjudicados por una mala práctica a la que fueron inducidos. Porque no nació de su creatividad la incorporación de una comisión por la venta de ciertos productos de determinados laboratorios, sino que ello obedeció al acuerdo de las farmacias con estos últimos”.*

En tal sentido, la norma transitoria se hace cargo de las implicancias que el inciso 4° del artículo 100 del Código Sanitario, pudiera generar en la situación laboral de los dependientes de las farmacias, disponiendo, para ello, que los porcentajes totales que se pagaban por la venta de medicamentos sean imputados a un estipendio variable distinto, operación que no podrá, en caso alguno, significar una disminución de lo que recibía el trabajador por tal concepto.

Para alcanzar el mencionado propósito el legislador ha recurrido a una fórmula que consiste en calcular el promedio de lo que haya percibido el trabajador por la venta de medicamentos entre enero y diciembre de 2011 e igual período del año 2012, de modo tal que el resultado mayor que se obtenga –el que deberá corresponder a un porcentaje de las ventas mensuales–, constituya el piso remuneracional a partir del cual se entere el nuevo emolumento variable.

Precisado lo anterior, cabe determinar a cuáles estipendios variables podrían ser imputados los porcentajes totales pagados por la venta de medicamentos, para cuyos efectos este Servicio está solicitando al Ministerio de Salud un pronunciamiento para precisar el sentido y alcance de la prohibición contenida en el inciso 4° del artículo 100 del Código Sanitario, por corresponder al ámbito de su competencia legal.

Ahora bien, en cuanto a las dificultades que puedan presentarse con ocasión del período fijado por el legislador para calcular el promedio de lo percibido por venta de medicamentos, cabe distinguir las siguientes hipótesis:

a. Trabajadores cuyo ingreso es posterior al 01.01.2011 y anterior al 31.12.2012.

Sobre el particular, cabe señalar que la naturaleza variable de las comisiones determina que lo recibido por el trabajador durante cada mes represente distintos montos, lo que conlleva un promedio anual

diverso, pudiendo ser mejor el promedio de un año que el del siguiente, o viceversa.

De ello se sigue que la norma en estudio, al abarcar dos períodos distintos, ha tenido por objeto proteger la remuneración de los trabajadores, debiendo aplicarse el promedio más alto, independientemente de las circunstancias que motivan que el promedio de un año sea superior o inferior al del otro.

Con todo, cabe hacer presente que conforme a la regla de la condición más beneficiosa, reflejo del principio tutelar o protector del Derecho del Trabajo, en el evento que el promedio percibido por el trabajador por la venta de medicamentos durante el 2013, resultare mayor al promedio de los dos años que le anteceden, corresponderá aplicar aquél, por resultar más favorable al trabajador.

Corrobora lo anterior, lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 19 del Código Civil, conforme al cual –como se dijera en párrafos precedentes–, para interpretar la ley se deberá recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en la misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Pues bien, como fue anotado en acápites anteriores, la historia de la ley testimonia nítidamente, que la intención del legislador fue evitar la disminución de las remuneraciones variables de los trabajadores de farmacia, como consecuencia de la eliminación del incentivo económico por la venta de productos farmacéuticos.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la razón por la cual el legislador estableció que el ajuste de remuneraciones debía efectuarse considerando el período comprendido entre enero y diciembre de 2011 o igual término de 2012, excluyendo al año 2013, obedece a que este último año coincidió con la discusión parlamentaria del proyecto de ley en comento, lo que condujo a pensar que dicha circunstancia pudo haber influido negativamente el nivel remuneracional de los dependientes de farmacia durante dicho período.

b. Trabajadores contratados con posterioridad al 31.12.2012.

Respecto de aquellos trabajadores que ingresaron a prestar servicios con posterioridad al 31 de diciembre de 2012 y que, por consiguiente, no tienen ingresos registrados con anterioridad a esa fecha, para que el ajuste que se efectúe no afecte sus remuneraciones, el promedio se deberá calcular sobre las comisiones por venta de medicamentos percibidas durante los últimos tres meses laborados, debiendo entenderse por tales, aquellos en que el dependiente hubiere percibido remuneración completa, de manera que si en alguno de ellos el trabajador no generó remuneración por haber operado la suspensión de la relación laboral, a consecuencia de una licencia médica o permiso sin goce de remuneraciones, deberá ser excluido.

La conclusión anotada precedentemente guarda armonía con la reiterada y uniforme jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 1556/021 y 2921/055, de 07.04.2011 y 21.07.2011, respectivamente.

c. Trabajadores con remuneraciones variables devengadas por día.

Considerando que el ajuste de remuneraciones mandatado por el legislador dice relación con el componente variable de la remuneración, emolumento éste último sobre cuya base debe efectuarse el cálculo de la semana corrida, resulta indudable que el promedio que se obtenga de lo percibido por tal concepto, en el período 2011 o 2012, según cual fuere más alto, constituirá el piso remuneracional a partir del cual deberá pagarse el beneficio de semana corrida.

La conclusión anotada precedentemente se reafirma si aplicamos la regla práctica de interpretación de analogía o a pari, la que se expresa en el aforismo jurídico, *"donde existe la misma razón debe existir la misma disposición"*.

En efecto, si se tiene presente la finalidad perseguida por el legislador al establecer la adecuación remuneracional en los contratos de trabajo, cual es, evitar que los dependientes de farmacias sufran una disminución de sus remuneraciones, aparece claro que dicho ajuste resulta aplicable, también, para determinar el pago del beneficio de semana corrida.

Tal conclusión se refuerza aún más, si aplicamos la regla práctica de interpretación o aforismo jurídico denominado el absurdo, conforme al cual *"debe rechazarse toda interpretación que conduzca al absurdo, vale decir, cualquier conclusión contraria a la lógica"*.

Conforme a ello sería ilógico sostener que el ajuste de remuneraciones no resulta aplicable tratándose del beneficio de semana corrida, toda vez que ello conduciría al absurdo de que dicho ajuste sólo regiría respecto de algunos trabajadores, lo que no se condice con la intención que motivó al legislador al establecer la normativa en comento.

En tales circunstancias, posible es convenir que los trabajadores con remuneraciones variables devengadas por día, tienen derecho a percibir por los días domingo y festivos o por los días de descanso compensatorio, según corresponda, una remuneración que no podrá ser inferior al promedio de lo percibido por estipendios variables, en el período enero a diciembre de 2011 o 2012, dependiendo cual fuere más alto.

Finalmente, cabe precisar que el ajuste de los contratos de trabajo es aplicable, exclusivamente, respecto de aquellos trabajadores que al 14.02.2014, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20.724, habían pactado con su empleador incentivos por la venta de productos farmacéuticos –los que infringirían el artículo 100 del Código Sanitario– y, en consecuencia, la referida adecuación sólo deberá comprender el período durante el cual el dependiente recibió comisión por dicho concepto.

Cabe hacer presente, igualmente, que la norma transitoria en estudio, que otorga un plazo de seis meses para realizar el ajuste analizado en el presente informe, no rige respecto de los contratos celebrados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la citada ley, puesto que, por expresa disposición del artículo 100 del Código Sanitario, a tal entonces, debiese haberse dado cumplimiento a la citada norma legal en orden a no pactar incentivos económicos por venta de medicamentos.

Reflejo de lo anterior es que la aludida disposición hace referencia, para efectos de aplicar el ajuste a los contratos de trabajo, a "Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley 'hubieren pactado' el pago de incentivos económicos...", lo que denota el carácter pretérito del contrato respecto del cual opera el ajuste.

En consecuencia, con el mérito de lo expuesto, cúmpleme informar a Ud. que el sentido y alcance del artículo transitorio de la ley N° 20.724, que modifica el Código Sanitario en materia de regulación de farmacias y medicamentos, es el contenido en el presente dictamen, sin perjuicio de la jurisprudencia administrativa que se pudiere originar con motivo de su aplicación.

Saluda a Ud.,



CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO



JFCC/SOG/MBA

Distribución:

- Salcobrand S.A.
- Sindicato Nacional Salcobrand N° 1.
- Federación Nacional de Trabajadores de Farmacias "FENATRAFAR".
- FASA Chile.
- Cruz Verde.
- Sindicato FASA Chile.
- Farmacias Dr. Simi.
- AFICH.
- Jurídico.
- Partes.
- Control.
- Boletín.
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica.
- XV Regiones.
- Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social.
- Sr. Subsecretario del Trabajo.