

DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 13283 (2378) 2014



731

12

ORD.: _____/_____

MAT.: 1. Este Servicio carece de competencia para pronunciarse respecto a las consecuencias que el sistema de turnos puede generar en las farmacias de menor tamaño, toda vez que la determinación de los mismos corresponde, por mandato legal, a la autoridad sanitaria respectiva.

2. En caso de existir discrepancia por la exclusión del límite de jornada practicado por el empleador respecto de un trabajador o grupo de trabajadores, se deberá interponer una denuncia ante el Inspector del Trabajo respectivo, a fin que éste, en ejercicio de su facultad fiscalizadora, investigue y constate las condiciones en que se prestan los servicios, específicamente, si estos se desarrollan bajo fiscalización superior inmediata, en cuyo caso podría configurarse una eventual transgresión a la jornada ordinaria de trabajo que establece el inciso 1° del artículo 22 del Código del Ramo.

3. En el evento que en la respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por la comisión negociadora, el empleador formule las observaciones que le merece la participación de químicos farmacéuticos, en cuyos contratos no se haya contemplado la prohibición de negociar, ello deberá ser resuelto por la autoridad competente, esto es, Inspector o Director del Trabajo, según sea el caso, al momento de resolver las objeciones de legalidad interpuestas por la comisión negociadora de los trabajadores.

ANT.: 1) Instrucciones de 28.01 y 14.01.2015, de Jefe Departamento Jurídico.

2) Pase N° 142, de 21.11.2014, de Subdirector del Trabajo.

3) Presentación de 17.11.2014, de Dr. Q.F. Mauricio Huberman, Presidente Colegio de Químico - Farmacéuticos y Bioquímicos de Chile A.G.

FUENTES: Decreto N° 466, de 1984, del Ministerio de Salud.
Artículos 305, 329 y 331, Código del Trabajo

CONCORDANCIAS: Dictamen N° 4207/64, de 27.10.2014.

SANTIAGO,

12 FEB 2015

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

A : DR. Q.F. MAURICIO HUBERMAN
PRESIDENTE COLEGIO DE QUÍMICO - FARMACÉUTICOS Y BIOQUÍMICOS
DE CHILE A.G.
MERCED N° 50
SANTIAGO/

Mediante presentación del antecedente 3) Ud. ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección respecto a una serie de situaciones que afectan al rubro farmacéutico y a los profesionales que se desempeñan en el mismo, las que se describen a continuación:

1. Que el sistema de turnos impuesto por la autoridad sanitaria a las farmacias de menor tamaño las expone al riesgo de desaparecer, toda vez que el escaso personal de que disponen dificulta el cumplimiento de dichos turnos.

2. Que la exclusión del límite de jornada que las cadenas de farmacias aplican a los profesionales químicos farmacéuticos que ejercen la dirección técnica de la misma, los priva de acceder al pago por las horas extraordinarias trabajadas.

3. Que la contratación de químicos farmacéuticos que ejercen la dirección técnica de una farmacia, en calidad de apoderado o gerente, restringe su derecho a negociar colectivamente.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

1. Respecto al cumplimiento del sistema de turnos por parte de las farmacias de menor tamaño, cabe señalar que el decreto N° 466, de 1984, del Ministerio de Salud, que aprueba el Reglamento de Farmacias, Droguerías, Almacenes Farmacéuticos, Botiquines y Depósitos Autorizados, en su artículo 42, incisos 1° y 2°, dispone:

“La Secretaría Regional Ministerial de Salud fijará semestralmente los turnos de las farmacias de su territorio, los que serán obligatorios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 45°.

Para estos efectos, dicho Servicio confeccionará antes del 30 de noviembre y del 30 de mayo de cada año, las nóminas de turnos que deberá cumplir semestralmente cada farmacia, con indicación de su nombre, ubicación, sector de la población que deberá atender y fechas en que le corresponderá cumplirlos”.

Por su parte el artículo 45 del citado decreto, en lo pertinente, establece:

“Ninguna farmacia podrá eximirse de los turnos fijados por la Secretaría Regional Ministerial de Salud. No obstante, el Servicio podrá, en casos debidamente calificados, suspender el cumplimiento del turno por el tiempo que estime prudencial, designando en su reemplazo otra farmacia que lo haga”.

En tales circunstancias, correspondiendo a la autoridad sanitaria determinar, en cada caso particular, las distintas modalidades de los turnos que se dispongan para las farmacias, incluyendo su duración y las horas del día o de la noche que deben permanecer abiertas, no cabe que este Servicio emita un pronunciamiento sobre el particular por encontrarse fuera del ámbito de su competencia.

Sin perjuicio de lo anterior y sin que ello importe un pronunciamiento sobre la situación que nos ocupa, esta Dirección, a modo de orientación, expresa a Ud. que la Subsecretaría de Salud Pública, mediante Oficio B35 N° 3.484, de 2007, al impartir las instrucciones a los respectivos Secretarios Regionales Ministeriales, para la fijación de los turnos, dispuso que estos últimos deben velar porque, *“de acuerdo con los recursos disponibles, se atiendan en la mejor forma posible las necesidades de la población en esta materia”* y que *“en ello, debe considerarse la enorme variabilidad de situaciones que se presentan, sin sobreexigir a los establecimientos con horarios que impidan su normal funcionamiento o afecten negativamente la viabilidad de instalación de éstos en zonas donde no hay o donde su presencia es escasa”*, sin perjuicio de tener en cuenta, además, *“un proceso de información y educación a la población sobre el empleo*

racional de los recursos disponibles, entre los que se incluyen los establecimientos asistenciales".

2. En lo concerniente a la exclusión del límite de jornada que las cadenas de farmacias estarían aplicando respecto de los químicos farmacéuticos que ejercen la dirección técnica de la misma, cabe hacer presente que de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo se infiere que los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos dependientes que laboran sin fiscalización superior inmediata, entre otros, se encuentran excluidos del límite de jornada, efecto que se produce por la sola concurrencia en el hecho de las circunstancias descritas en la norma, por cuanto el legislador no ha estimado necesario que esta Dirección califique previamente la exclusión del límite de jornada a que se encuentran afectos ciertos dependientes en la prestación de sus servicios.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente, es necesario tener presente que el DFL N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, en su artículo 1º, inciso 2º, prescribe que a este Servicio *"Le corresponderá particularmente, sin perjuicio de las funciones que leyes generales o especiales le encomienden:*

a. La fiscalización de la aplicación de la legislación laboral;".

Del precepto legal transcrito se colige que es atribución fundamental de la Dirección del Trabajo supervigilar la observancia y correcta aplicación del ordenamiento jurídico laboral.

De ello se sigue que frente a una situación concreta en que exista discrepancia por la exclusión del límite de jornada practicado por el empleador respecto de un trabajador o grupo de trabajadores, se deberá interponer una denuncia ante el Inspector del Trabajo respectivo, a fin que éste, en ejercicio de la facultad fiscalizadora a que se ha hecho alusión precedentemente, investigue y constate las condiciones en que se prestan los servicios, específicamente, si estos se desarrollan bajo fiscalización superior inmediata, en cuyo caso podría configurarse una eventual transgresión a la jornada ordinaria de trabajo que establece el inciso 1º del artículo 22 del Código del Ramo.

En efecto, conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 576/8, de 17.01.91; 7313/246, de 06.11.91 y 2195/071, de 14.04.92, se ha resuelto que existe fiscalización superior inmediata cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Crítica o enjuiciamiento de la labor desarrollada, lo que significa, en otros términos, una supervisión o control de los servicios prestados;

b) Que esta supervisión o control sea efectuada por personas de mayor rango o jerarquía dentro de la empresa o establecimiento, y

c) Que la misma sea ejercida en forma contigua o cercana, requisito éste que debe entenderse en el sentido de proximidad funcional entre quien supervisa o fiscaliza y quien ejecuta la labor.

Precisado lo anterior, resulta pertinente informar que a requerimiento de Mauricio Acevedo Sandoval, Presidente del Sindicato Farmacias Salcobrand N° 2, este Servicio emitió el dictamen N° 4207/64, de 27.10.2014, cuya copia se acompaña, el que resuelve que los dependientes que se desempeñan como Químicos Farmacéuticos Jefes de Local en Farmacias Salcobrand, laboran sujetos a fiscalización superior inmediata, por cuanto de lo investigado por la fiscalizadora dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, se pudo constatar la existencia de mecanismos utilizados por la empleadora para supervisar las tareas desarrolladas por tales dependientes.

3. En cuanto al reparo efectuado a la contratación de químicos farmacéuticos que ejercen la dirección técnica de una farmacia, en calidad de apoderados o gerentes, privándolos de su derecho a negociar colectivamente, es dable señalar que el artículo 305 del Código del Trabajo, en su inciso 1º, N° 2), dispone:

“No podrán negociar colectivamente:

2) los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, siempre que en todos estos casos estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración;”

A su vez, el inciso 2º y 3º, agrega:

“De la circunstancia de no poder negociar colectivamente por encontrarse el trabajador en alguno de los casos señalados en los números 2, 3 y 4 deberá dejarse constancia escrita en el contrato de trabajo y, a falta de esta estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente.

Dentro del plazo de seis meses contados desde la suscripción del contrato, o de su modificación, cualquier trabajador de la empresa podrá reclamar a la Inspección del Trabajo de la atribución a un trabajador de algunas de las calidades señaladas en este artículo, con el fin de que se declare cuál es su exacta situación jurídica. De la resolución que dicho organismo dicte, podrá recurrirse ante el juez competente en el plazo de cinco días contados desde su notificación. El tribunal resolverá en única instancia, sin forma de juicio y previa audiencia de las partes”.

De la disposición legal citada se infiere, como primera aproximación, que en la medida que en los contratos de trabajo de aquellos trabajadores que cuenten con facultades generales de administración, tal como ocurre con los gerentes, subgerentes, agentes y apoderados, no conste la prohibición de negociar colectivamente que les afecta, se entenderá que los mismos se encuentran habilitados para participar en el proceso negociador que tenga lugar en la empresa.

Ahora bien, en el evento que en la respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por la comisión negociadora, el empleador formule las observaciones que le merece la participación de químicos farmacéuticos, en cuyos contratos no se haya contemplado la prohibición de negociar, ello deberá ser resuelto por la autoridad competente, esto es, Inspector o Director del Trabajo, según sea el caso, al momento de resolver las objeciones de legalidad interpuestas por la comisión negociadora de los trabajadores.

La conclusión citada precedentemente tiene por fundamento el tenor de la disposición contenida en el artículo 331 del Código del Trabajo, en concordancia con la del artículo 329 del mismo cuerpo legal.

En efecto, el análisis de dichos preceptos permite sostener que el empleador puede, en su respuesta al proyecto de contrato colectivo, formular las observaciones que este le merezca, entre estas, la prohibición de negociar en estudio. A la comisión negociadora, por su parte, le asiste el derecho de reclamar de los alcances expresados por el empleador ante el Inspector del Trabajo respectivo, o ante el Director del Trabajo, si se trata de una negociación que involucre a más de mil trabajadores, autoridades que están facultadas legalmente para pronunciarse al respecto, en la oportunidad jurídica prevista en el inciso 2º del artículo 331, esto es, al momento de resolver la reclamación de objeción de legalidad.

Finalmente, en cuanto a lo referido en el párrafo penúltimo de su presentación, en el que describe una serie de prácticas habituales que, en su concepto, resultarían contrarias a la dignidad del trabajador, cabe informar que ellas serán puestas en conocimiento del Departamento de Inspección y de la Unidad de Derechos Fundamentales y Defensa Judicial de esta Institución, quienes recibirán copia

de este pronunciamiento, con el objeto de que esos hechos sean investigados y, eventualmente, sancionados.

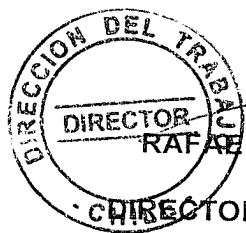
En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y reglamentarias citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. lo siguiente:

1. Este Servicio carece de competencia para pronunciarse respecto a las consecuencias que el sistema de turnos puede generar en las farmacias de menor tamaño, toda vez que la determinación de los mismos corresponde, por mandato legal, a la autoridad sanitaria respectiva.

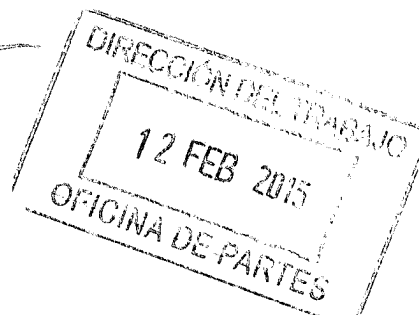
2. En caso de existir discrepancia por la exclusión del límite de jornada practicado por el empleador respecto de un trabajador o grupo de trabajadores, se deberá interponer una denuncia ante el Inspector del Trabajo respectivo, a fin que éste, en ejercicio de su facultad fiscalizadora, investigue y constate las condiciones en que se prestan los servicios, específicamente, si estos se desarrollan bajo fiscalización superior inmediata, en cuyo caso podría configurarse una eventual transgresión a la jornada ordinaria de trabajo que establece el inciso 1° del artículo 22 del Código del Ramo.

3. En el evento que en la respuesta al proyecto de contrato colectivo presentado por la comisión negociadora, el empleador formule las observaciones que le merece la participación de químicos farmacéuticos, en cuyos contratos no se haya contemplado la prohibición de negociar, ello deberá ser resuelto por la autoridad competente, esto es, Inspector o Director del Trabajo, según sea el caso, al momento de resolver las objeciones de legalidad interpuestas por la comisión negociadora de los trabajadores.

Saluda atentamente a Ud.,



RAFAEL PEREIRA LAGOS
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO (S)



JFCC/SOG/MBA
Distribución:

- Jurídico.
- Partes.
- Control.
- Boletín.
- Deptos. D.T.
- Depto. de Inspección.
- Unidad de Defensa Judicial y Derechos Fundamentales, Departamento Jurídico.
- Subdirector.
- U. Asistencia Técnica.
- XV Regiones.
- Sr. Jefe Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social.
- Sr. Subsecretario del Trabajo.