



DEPARTAMENTO JURIDICO
K3503 (875) 2016

Juridico
✓

ORD.: 0373 /

MAT.: Atiende presentación de Sindicato de Empresa de Trabajadores SubusChile S.A.

ANT.: 1) Instrucciones de 29.11.2016, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho
2) Instrucciones de 24.08.2016, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
3) Ord. N°460, de 20.06.2016, de Inspector Provincial del Trabajo, Cordillera.
4) Oficio N°2344, de 02.05.2016, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
5) Comparecencia personal de 26.04.2016, de Sr. Boris Guerrero Espinoza.
6) Presentación de 04.04.2016, de Sindicato de Empresa de Trabajadores SubusChile S.A.

SANTIAGO,

20 ENE 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SRES.

**SINDICATO DE EMPRESA DE TRABAJADORES SUBUSCHILE S.A.
SANTA JULIA ORIENTE N°1152-H
LA FLORIDA/**

Mediante presentación del antecedente 6), esa organización sindical solicita de este Servicio un pronunciamiento jurídico, respecto de las siguientes consultas:

1) Si es correcto que el empleador otorgue un día de descanso a la semana en compensación de los domingos trabajados o, por el contrario, debiera otorgar dos días de descanso, uno imputable al señalado domingo y otro, correspondiente al día de descanso semanal que consagra el artículo 28 del Código del Trabajo, norma que establece que la jornada ordinaria no puede distribuirse en más de 6 días, correspondiendo el 7° a descanso.

2) Si corresponde que el denominado "bono de conductor" no sea considerado en la base de cálculo de las horas extraordinarias, dado que a juicio de los recurrentes dicha bonificación tendría las características del sueldo, establecido en el artículo 42 letra a) del Código del Ramo.

Al respecto, cabe señalar que a fin de dar cabal respuesta a su presentación, se ordenó practicar una fiscalización investigativa en terreno, actividad que se materializó en el informe N°1305/2016/517, confeccionado por la funcionaria Sra. Claudia Martínez Garrido, dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo Cordillera.

1-. Con relación a su primera consulta, es dable indicar que de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 28 del Código del Ramo, la jornada ordinaria de trabajo se encuentra sujeta a límites que las partes deben respetar al convenir el respectivo contrato, siendo éstos los siguientes:

a) no puede exceder de 45 horas semanales.

b) el máximo legal, esto es, las 45 horas, debe ser distribuido en no menos de cinco ni en más de seis días, y

c) no puede exceder de 10 horas diarias.

Por otra parte, conforme lo prescribe el artículo 35 del Código del Trabajo, por regla general, los días domingo y aquellos que la ley declara festivos son de descanso. De esta manera, las partes pueden convenir que la jornada de trabajo se distribuya en cinco o en seis días, esto es de lunes a viernes o de lunes a sábado. En consecuencia, tratándose de una jornada de 45 horas, el trabajador tendrá derecho a descansar uno o dos días, esto es, si la jornada se pacta de lunes a viernes se tendrá derecho a descansar los días sábados y los domingos. Si la jornada se pacta de lunes a sábado, el trabajador tendrá derecho a descansar los domingos. En todo caso, en ambas situaciones el trabajador tendrá derecho a descansar todos los días que la ley declara festivos.

Ahora bien, no obstante lo señalado en los párrafos que anteceden, existen algunas actividades que la ley ha exceptuado de esta regla. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Código del Trabajo, los trabajadores que se encuentran en alguna de las situaciones que dicho artículo señala pueden convenir con su empleador incluir en la jornada ordinaria de trabajo los días domingo y festivos, caso en el cual el empleador deberá otorgar un día de descanso en la semana en compensación por las labores realizadas en domingo y otro por cada festivo en que deba prestarse servicio. En tal evento el trabajador estará sujeto a un régimen especial de descanso, vale decir, con descanso compensatorio en la semana (un día por el domingo trabajado y otro día por el festivo laborado).

Particularmente, los choferes del sistema de transporte público colectivo de pasajeros se encuentran en la hipótesis del N°2 del citado artículo 38, vale decir, en *"en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen, o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria;"*.

Debe agregarse que la circunstancia de que el legislador haya establecido la posibilidad de que tratándose de estas actividades, las partes puedan convenir una jornada ordinaria que incluya los domingos y los festivos, no implica que pueda excederse la cantidad de días que se puede laborar de forma continua, por lo cual, tratándose de los trabajadores exceptuados del descanso en días domingos y festivos, la jornada de 45 horas no puede distribuirse en menos de cinco ni en más de seis días continuos de labor, luego de lo cual el trabajador debe hacer uso de su descanso semanal bajo la modalidad de descanso compensatorio.

Aclarado lo anterior, resulta necesario indicar que, entrevistada durante la fiscalización investigativa, la jefa de recursos humanos de la compañía SubusChile S.A., Sra. Carolina Isabel Henríquez Pool, manifestó lo siguiente:

“La empresa, otorga un día de descanso por cada que a los trabajadores les corresponde trabajar. En el fondo tienen un día libre a la semana, en el caso que les corresponda que se acumule más de un día de descanso por los festivos. La empresa acordó a través de los instrumentos colectivos vigentes, remunerar en la forma prevista en el art. 32 del código del trabajo. Es decir, se paga al valor de horas extraordinarias. Pero en las liquidaciones de sueldos aparece como “Compensación Feriado”.

Si bien lo señalado se ajusta a la normativa vigente sobre la materia, la fiscalizadora actuante no pudo verificar la correcta concesión de los días de descanso compensatorio, dadas las graves falencias que presenta el sistema de registro y control de asistencia biométrico que utiliza la empleadora. Además, como se indicara en el cuerpo del presente informe, cada domingo laborado por los choferes de la especie, debe ser compensado con un día de descanso, no siendo correcta la interpretación de esa organización sindical en cuanto a que, además del referido descanso, les correspondería otro día adicional por el sólo hecho de cumplir una jornada de 45 horas semanales. Lo anterior es concordante con la reiterada y uniforme jurisprudencia de este Servicio contenida, entre otros, en Ord. N°4872, de 28.09.2016.

2) Respecto de su consulta signada con este número, es decir, si corresponde que el denominado “bono de conductor” no sea considerado en la base de cálculo de las horas extraordinarias, dado que a juicio de los recurrentes dicha bonificación tendría las características del sueldo, establecido en el artículo 42 letra a) del Código del Ramo, cabe tener presente que la bonificación por la que se consulta, se encuentra estipulada en la cláusula cuarta de un contrato colectivo vigente, en los siguientes términos:

“CUARTO. Bono Conductor Comercial. Incentivo por Cumplimiento de Objetivos Laborales.

El bono Conductor es un incentivo variable por cumplimiento de objetivos y se pagara conforme a lo que seguidamente se acuerda.

El Empleador pagará a los trabajadores parte de este instrumento, que se desempeñen en calidad de conductores de buses comerciales estándar Transantiago o Sistema de Transporte Público de Santiago, un incentivo por cumplimiento de metas laborales, cuyo monto será el que establecen los respectivos contratos individuales de trabajo, sin perjuicio de la nivelación y reestructuración pactada precedentemente.

Dicho bono se devengará por mes calendario, y se liquidará y pagará por periodo mensual vencido, en las condiciones que se describen a continuación:

a) *Se devengará el momento completo cuando el Conductor haya trabajado la totalidad de los días en el mes, y se liquidará y pagará en ese mismo mes.*

b) *Si el conductor falta en día en forma injustificada a su trabajo el bono se descontará en su totalidad.*

c) *En caso de ausencia justificada a través de una licencia médica, debidamente emitida o ausencia por accidentes o enfermedad profesional, el bono se devengará en forma proporcional a los días trabajados.*

d) *En atención a la aplicación del Sistema de Gestión de Flota en la Empresa y las exigencias de las autoridades en el inicio de los servicios en forma oportuna, cuyo incumplimiento origina multas al empleador, por cada día de atraso, de cualquier naturaleza o entidad, se rebajará del bono la suma de \$10.000.-, en todo caso, al cuarto atraso generado en el mes implicará el no pago de este Bono. Con todo, los atrasos ocasionados por el acercamiento en buses dispuestos por la empresa, no se considerarán como tales previa verificación de las rutas realizadas por el bus de acercamiento mediante sistema GPS”.*

En tal contexto, es del caso mencionar que durante la fiscalización investigativa realizada, pudo constatarse que la empleadora excluye el bono de conductor de la base de cálculo de las horas extraordinarias a contar del 08 de octubre de 2014, por cuanto se trata de una asignación variable. Sin embargo, la funcionaria actuante, verificó que existen incongruencias entre los descuentos realizados por bono conductor y el registro de asistencia de la empresa, por ejemplo, en el caso del trabajador Rafael Ernesto Guerra, quién el día 20 de febrero de 2016, no registra marca horaria al ingreso de su jornada, a pesar de lo cual recibió la bonificación de que se trata en su totalidad. El mismo chofer, de acuerdo al registro de asistencia, aparece ausente el día 25 de febrero de 2016, pero no se le realizó descuento alguno. Lo mismo ocurre con el chofer Sr. Abel Daniel Cerna, quien el 12 de febrero de 2016 se encuentra ausente y no se observa baja en su bono conductor en su liquidación de sueldos.

La fiscalizadora actuante constató, además que, a pesar de no registrar ingreso en el control biométrico, a los trabajadores igualmente se les paga el día trabajado, lo que consta en liquidaciones de sueldo o, por el contrario, se rebaja el monto del bono a conductores que sí asistieron a prestar servicios. Consultada sobre la situación durante la fiscalización investigativa, la jefa de recursos humanos de la empresa expone que reconoce lo constatado, indicando que como compañía realizan esfuerzos por registrar correctamente la asistencia.

Atendidas las graves falencias que presenta el sistema de registro y control de asistencia utilizado por la empleadora, el citado informe de fiscalización refleja las dificultades que presenta el ejercicio de la función inspectiva de esta Dirección, de lo que dan cuenta reiteradas multas cursadas a esa compañía por el mismo hecho. En el mismo orden de ideas, cabe indicar que la ausencia de un sistema de registro de asistencia completo y fiable permite, en definitiva, que los descuentos y pagos del bono conductor queden al mero arbitrio del empleador, situación que debe ser corregida a la brevedad por la empleadora.

Ahora bien, precisado lo anterior, resulta pertinente indicar que un bono responde a una secuencia específica y determinada de la prestación de servicios, como por ejemplo, el estímulo a la productividad, a la asistencia, a la eficiencia, a la puntualidad, etc. De esta forma, si se quiere incentivar un aspecto de la relación laboral las partes son libres para convenir el pago de un determinado monto que se encuentre condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos que las mismas partes fijan, de manera que, cumpliéndose los requisitos, se devenga la bonificación.

Finalmente, cabe señalar que el bono es remuneración y por tanto imponible, por ser una contraprestación en dinero que percibe el dependiente del empleador por causa del contrato de trabajo.

A mayor abundamiento, mediante dictamen Nº 6920/324, de 13/12/1996, esta Dirección ha señalado que el inciso 3º del artículo 32 del Código del Trabajo prescribe:

"Las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo período. En caso de que no exista sueldo convenido, o éste sea inferior al ingreso mínimo mensual que determina la ley, éste constituirá la base de cálculo para el respectivo recargo".

De esta disposición legal se infiere que las horas extraordinarias deben calcularse sobre la base del sueldo convenido, cuyo concepto está fijado por el artículo 42 letra a) del citado cuerpo legal, el que establece:

"Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

"a) sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10. El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador."

De este precepto se infiere que una remuneración o beneficio puede ser calificado como sueldo cuando reúne las siguientes condiciones copulativas:

- 1.-Que se trate de estipendio fijo.
- 2.-Que se pague en dinero.
- 3.-Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato.
- 4.-Que responda a una prestación de servicios.

Así entonces, todo aquel estipendio que cumpla con estas condiciones deberá servir de base de cálculo de las horas extraordinarias. Procede por lo tanto, comprobar si el bono por el cual se consulta reúne estos requisitos. Desde luego, la bonificación en examen evidentemente cumple con las condiciones signadas con los números 2) y 3) -precedentes-, en atención a que el beneficio se paga en dinero y en períodos iguales. Sólo resta establecer -en consecuencia-, si estos bonos son estipendios fijos y si responden a prestaciones de servicios.

De acuerdo a la información que se ha tenido a la vista para la confección del presente informe, el bono conductor, cuya cuantía asciende a \$75.000.- (Setenta y cinco mil pesos), sólo se pagará completo si el chofer cumple los requisitos establecidos al efecto en la cláusula 4° del contrato colectivo precitado, fundamentalmente, referidos a asistencia y puntualidad. Así una ausencia injustificada trae aparejada la pérdida completa del bono del mes respectivo, y cada atraso –hasta 4 como máximo- merman en \$10.000.- (Diez mil pesos) cada uno el total del beneficio.

De la disposición contractual en examen, es dable inferir que la empresa en referencia ha establecido en favor de sus trabajadores un bono de asistencia y puntualidad, ascendente a una suma fija de dinero que se percibirá mensualmente cumplidas las condiciones que la misma cláusula señala.

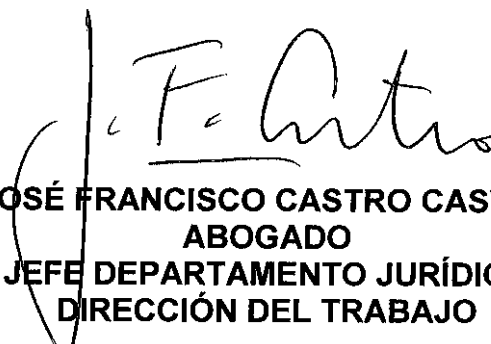
Ahora bien, analizado el bono en comento a la luz de la doctrina de este Servicio contenida, entre otros, en dictámenes N°1.207/75 de 22.03.93 N°5411/285, de 03.09.1997, preciso es sostener que el mismo reviste plenamente los caracteres de sueldo, por estar estipulado en forma fija en los contratos en cuestión, efectuarse su pago en dinero en períodos iguales y tener su origen en la prestación de los servicios por lo que, a su vez, debe considerársele para el cálculo de las horas extraordinarias.


En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cúpleme manifestar a Uds., que:

1-. Cada domingo laborado por los choferes de la de la empresa SubusChile S.A., debe ser compensado con un día de descanso a la semana, no correspondiendo que, además del referido descanso, se les otorgue otro día adicional por el sólo hecho de cumplir una jornada de 45 horas semanales.

2-. El bono conductor pactado mediante el contrato colectivo vigente tiene carácter fijo, por lo que corresponde que sea tomado en consideración para la base de cálculo y pago de las horas extraordinarias.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LIBP/RCG

Distribución:

-Jurídico

-Partes

-Control

-Empresa Subus Chile S.A.