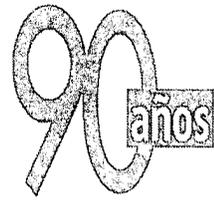


DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 10450 (1799) 2014



4589 - 72

ORD.: _____/_____

MAT.: Precisa dictamen N° 3111/39, de 14.08.2014 a la luz de las situaciones expuestas.

ANT.: 1) Instrucciones de 10.11.2014, de Director del Trabajo.
2) Pase N° 1610 de 08.09.2014, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo.
3) Presentación de 04.09.2014, de Mauricio Acevedo Sandoval, Presidente Federación Nacional de Trabajadores de Farmacias "FENATRAFAR".

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

CONCORDANCIAS: Dictamen N° 3111/39, de 14.08.2014.

SANTIAGO,

20 NOV 2014

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : MAURICIO ACEVEDO SANDOVAL
PRESIDENTE FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES DE FARMACIAS "FENATRAFAR"
MONJITAS N° 843, EDIFICIO C, OF. 7001
SANTIAGO/

Mediante presentación del antecedente 3) esa Federación ha solicitado precisar y complementar la doctrina vigente de esta Dirección, contenida en dictamen N° 3111/39, de 14.08.2014, que fija 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, en el sentido de aclarar la forma en que el empleador deberá efectuar el ajuste que prescribe dicha disposición transitoria.

Asimismo, se solicita la ampliación del referido dictamen en lo que se refiere al período establecido por el legislador como parámetro para efectuar el cálculo del promedio de las comisiones percibidas por los trabajadores por la venta de medicamentos.

1) En cuanto a la forma de efectuar el ajuste en los contratos de trabajo, resulta necesario hacer presente, en primer término, tal como se señalara en el dictamen N° 3111/039, de 14.08.2014, que la norma contenida en el artículo transitorio de la ley en estudio tiene como objetivo primordial la protección de las remuneraciones de los trabajadores de farmacias, los que como consecuencia de la

aplicación de sus preceptos, en particular el artículo 100 del Código Sanitario, podrían ver disminuidos sus ingresos.

Aclarado lo anterior, se procederá a precisar la interpretación que en el dictamen N° 3111/039, de 14.08.2014, se dio al artículo transitorio de la ley 20.724, teniendo presente que, de acuerdo a lo señalado en dicho pronunciamiento, *“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”*.

Asimismo se indicó en dicho dictamen *“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”*.

De tal modo, el inciso primero del artículo transitorio, establece que si se ha pactado el pago de incentivos económicos en los términos del artículo 100 del Código Sanitario, los empleadores deberán dentro del plazo de seis meses, ajustar los contratos a la nueva normativa, sean estos contratos de carácter individual o colectivo. Es decir, la normativa sanitaria, de orden público se impone frente al acuerdo remuneracional existente entre las partes.

Luego el inciso segundo, explica la manera como debe efectuarse el ajuste respecto de las remuneraciones pactadas en los términos del artículo 100, es decir, aquellas que infrinjan la norma sanitaria, expresando que deben pagarse con cargo a otros emolumentos variables, de tal manera que estos nuevos emolumentos no infrinjan el nuevo mandato legal del Código Sanitario. Forma de ajuste que por cierto, y esto es concordante con el artículo 54 bis del Código del Trabajo, deberá reflejarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

Por su parte, el inciso tercero en sus primeras líneas, establece desde el punto de vista laboral, como manifestación del principio protector, la norma de resguardo para las remuneraciones de los trabajadores. En efecto, este inciso dispone que el ajuste de los estipendios ahora prohibidos, no podrá significar una disminución en el monto o porcentaje total de las comisiones u otros emolumentos variables que conforman la remuneración del trabajador. Es evidente entonces, que no puede permanecer ninguna remuneración variable que infrinja la disposición del artículo 100 del Código Sanitario, y por tanto deben pagarse con cargo a otro tipo de emolumentos variables que conformen la remuneración del trabajador.

Finalmente, la segunda parte del citado inciso tercero, fija el estándar de esa protección, estableciendo que el mínimo garantizado para el monto total de las comisiones u otros emolumentos variables, no puede ser inferior al cálculo de la base del promedio de los meses de enero a diciembre del año 2011 o 2012, prefiriendo el que presente una remuneración más alta.

Ahora bien, para efectuar el ajuste que permita alcanzar el propósito del legislador, el empleador deberá actuar conforme al siguiente procedimiento:

a) Identificar las remuneraciones que infringen la norma del artículo 100 del Código Sanitario, las cuales deberán dejar de pagarse, y ajustar los contratos de trabajo, en términos tales que las mismas sean pagadas con cargo a otros emolumentos variables, operación que deberá verse reflejada en las liquidaciones de remuneraciones.

b) Verificar si este ajuste cumple con la norma protectora de las remuneraciones, es decir que no signifique disminución de las remuneraciones variables de cada trabajador. Para estos efectos, se deberá calcular el promedio del total de las remuneraciones variables del año 2011 y 2012, considerando el promedio más alto, y compararlo con el total de la remuneración variable obtenida una vez hecho el ajuste a que se refiere la letra precedente. De tal modo, si la remuneración variable obtenida por el trabajador, después de efectuado el ajuste, es igual o superior al promedio mayor de los años 2011 o 2012, estará cumpliendo con el artículo transitorio, por el contrario si es inferior se verificará una infracción y deberá corregir el ajuste.

2) Respecto al período establecido por el legislador como parámetro para efectuar el cálculo del promedio de las comisiones percibidas por los trabajadores, cabe señalar que su solicitud expone una serie de situaciones –descritas a continuación– que a su juicio, el aludido dictamen no consideraría, lo cual haría procedente un pronunciamiento que abarque tales hipótesis.

a. Trabajadores cuyo ingreso es posterior al 01.01.2011 y anterior al 2012.

Al respecto, se señala en su presentación que el promedio debe ser calculado de acuerdo a los meses de trabajo, esto es, sin que se requiera la prestación de servicios durante los 12 meses del año. Agrega, asimismo, que durante el 2013 se deben considerar todos aquellos meses que hayan sido completamente trabajados. Finalmente, expone la necesidad de incluir en los períodos a considerar, los meses de enero a julio de 2014, ya que el plazo establecido por el legislador para realizar el ajuste de los contratos de trabajo, culminaba el 14 de agosto del presente año.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. que tras un detenido examen de los alcances sugeridos en su presentación, se ha podido establecer que ellos han sido recogidos íntegramente en el dictamen que se analiza, al señalar, en lo pertinente, lo siguiente: *“...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”.

El texto transcrito precedentemente, se aviene plenamente con el propósito que persigue su solicitud, toda vez que el mismo no contiene ningún planteamiento contrario a lo requerido, resultando indiscutible que el cálculo del promedio deberá efectuarse tomando en consideración, exclusivamente, el número de meses en que el dependiente hubiere prestado servicios, excluyendo aquellos en los que no se haya percibido remuneración completa por haber operado la suspensión de la relación laboral, a consecuencia de una licencia médica o permiso sin goce de remuneraciones.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la petición de incluir los meses de enero a julio de 2014 en el período a considerar para calcular el promedio de las comisiones percibidas por los trabajadores, se hace necesario distinguir entre aquellos dependientes contratados con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 20.724 y los contratados con posterioridad a dicha fecha.

Respecto de los primeros, cabe reiterar –tal como fue señalado en el dictamen respectivo– que la referencia que hace la norma transitoria a los años 2011 y 2012, no importa, de modo alguno, la imposibilidad de considerar los años 2013 y 2014, para efectos de efectuar el cálculo del promedio de las comisiones percibidas.

Luego, tratándose de trabajadores contratados con posterioridad al 14.02.2014, fecha de entrada en vigencia de la ley en comento, no resulta jurídicamente procedente considerar los meses de enero a julio de 2014, para efectuar el cálculo del promedio de las comisiones, toda vez que de conformidad a las normas relativas a los efectos de la ley en el tiempo, ésta resulta obligatoria y adquiere vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial, a menos que en ella se establezcan normas diferentes que prevean una fecha especial de vigencia o contengan preceptos en contrario.

Pues bien, en la especie, la ley N° 20.724 se aplica desde su promulgación y publicación, con la única salvedad de la norma transitoria contenida en ella, la cual ha establecido un plazo de seis meses para que los contratos individuales o colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley, se adecuen a lo preceptuado en el artículo 100 del Código Sanitario, que prohíbe los incentivos económicos que tienden a privilegiar el uso de determinado producto farmacéutico.

En tales circunstancias, si a la fecha de entrada en vigencia de la ley en estudio, esto es, al 14.02.2014, ya no podían existir incentivos económicos en los términos del artículo 100 del Código Sanitario, mal podría incluirse en el cálculo del promedio de las comisiones, los meses en los que dichos incentivos ya estaban prohibidos.

b. Trabajadores contratados con posterioridad al 31.12.2012.

En este aspecto, la solicitud en estudio propone ampliar el margen que contempla el dictamen para calcular el promedio de las comisiones.

Al respecto, cabe señalar que del dictamen en comento aparece que tratándose 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 percibidas durante los últimos tres meses laborados, debiendo entenderse por tales, aquellos en que el dependiente hubiere percibido remuneración completa.

Luego, el recurrente manifiesta la necesidad de extender dicho período a los meses trabajados durante 2013 y los meses comprendidos entre enero y julio de 2014, a fin de contemplar aquellos meses correspondientes a temporada estival que resultan de mayores ingresos para los trabajadores que prestan servicios en zonas turísticas.

Sobre el particular, cabe señalar que como ya se dijera en el numeral precedente, la pretensión de abarcar los meses de 2014 no resulta procedente respecto de aquellos trabajadores contratados con posterioridad al 14.02.2014, por cuanto, a esa fecha, no podían existir incentivos económicos tendientes a privilegiar el uso de determinado producto farmacéutico.

Por su parte, tratándose de trabajadores contratados con anterioridad al 14.02.2014, un nuevo estudio de los antecedentes, ponderados a la luz de los argumentos vertidos en su presentación, ha permitido estimar que resulta pertinente modificar la doctrina contenida en el dictamen cuya complementación se solicita, en el sentido de incluir los meses de enero a julio de 2014 en el cálculo del promedio de las comisiones percibidas por la venta de medicamentos.

La conclusión anotada encuentra su fundamento en la regla práctica de interpretación analógica 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 que para evitar que los dependientes de farmacias sufran una disminución de sus remuneraciones variables, el legislador estimó pertinente efectuar el cálculo a partir de todo el año 2011 o 2012, aparece claro que cuando el trabajador ha sido contratado con posterioridad al año 2013, se deba considerar un lapso que abarque todo el tiempo trabajado hasta el momento de efectuar el ajuste y no sólo los últimos tres meses laborados, toda vez que ello podría conducir a que el promedio que se obtenga, luego de considerar un período más acotado, resulte inferior a aquel correspondiente a todos los meses de 2014, previos al ajuste.

c. Trabajadores que durante los años 2011 y 2012 hicieron uso de licencia médica.

En tal caso, el cálculo del promedio de las comisiones percibidas deberá considerar sólo aquellos meses íntegramente trabajados por el dependiente comisionista, lo que se condice plenamente con lo sostenido en el dictamen que se examina, el cual, en lo pertinente, señala *"...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"*.

d. Trabajadores que en los años 2013 y 2014 tienen mejor remuneración que los años 2011 y 2012.

Al respecto, cabe señalar que tal planteamiento fue abordado en el dictamen que motiva el presente pronunciamiento, toda vez que el mismo sostiene que en la eventualidad que el promedio de comisiones percibidas por la venta de medicamentos durante 2013, fuera más alto que el de 2011 y 2012, deberá aplicarse aquél que resulte más favorable al trabajador, como reflejo de la regla de la condición más beneficiosa.

e. Trabajadores como asistentes o bodegueros, que han sido ascendidos después de los años 2011 y 2012, recibiendo en la actualidad una mejor remuneración en calidad de auxiliar de farmacia.

Al respecto, cabe reiterar lo señalado en su oportunidad, mediante el dictamen citado en la concordancia, en el sentido que la adecuación de los contratos de trabajo que efectúe el empleador, sólo deberá comprender a aquellos trabajadores que habían pactado con su empleador el pago de los incentivos económicos del artículo 100 del Código Sanitario, debiendo excluirse a quienes no habían pactado tales incentivos, tal como ocurre con los bodegueros o asistentes, quienes, por la naturaleza de sus servicios no pudieron devengar dicha remuneración variable.

Lo expuesto precedentemente, permite concluir que tratándose de trabajadores que durante el 2011 o 2012 prestaban servicios como bodegueros o asistentes y que con posterioridad fueron ascendidos al cargo de auxiliar de farmacia, el período que deberá tomarse en consideración para calcular el promedio de las comisiones percibidas, deberá ser aquel en el que desempeñaron funciones relacionadas con la venta de medicamentos y siempre que el ascenso haya acaecido con anterioridad al 14.02.2014.

f. Trabajadores que los años 2011 y 2012 prestaban servicios en jornada parcial.

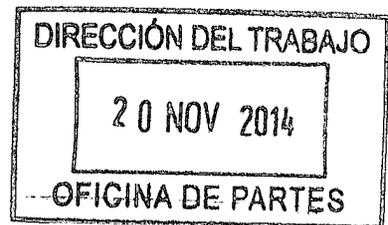
En la situación que se expone, entendida como aquella en que el dependiente estuvo afecto a jornadas de trabajo diversas, el cálculo deberá efectuarse siempre considerando aquellos períodos que coincidan con la forma en que se prestan los servicios en la actualidad, esto es, si al momento de calcular el promedio de las comisiones percibidas, el dependiente se encontraba prestando servicios a jornada completa, corresponderá considerar aquellos períodos laborados de igual modo.

Por el contrario, tratándose de trabajadores que se encuentran afectos a una jornada parcial y que en el período anterior tuvieron jornada completa, el promedio que resulte del cálculo efectuado a partir de períodos anteriores deberá aplicarse, posteriormente, en proporción a la jornada pactada en la actualidad.

En consecuencia, sobre la base de lo expuesto precedentemente, cumpla con precisar los alcances del dictamen N° 3111/39, de 14.08.2014, en los términos expresados en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,


CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO




 JFC/SOG/MBA
 Distribución:

- Jurídico.
- Partes.
- Control.
- Boletín.
- Deptos. D.T.
- Subdirector
- U. Asistencia Técnica.
- XV Regiones.
- Sr. Jefe Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social.
- Sr. Subsecretario del Trabajo.