

DEPARTAMENTO JURÍDICO
K 15297(3496) 2015

2575

ORD.: _____

Jurídico

MAT.: Da respuesta a presentación del Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales Línea Aérea Sky Airlines S.A., sobre diversas materias relacionadas con el Contrato Colectivo vigente.

ANT.: 1) Instrucciones, de 03.05.2016, de Jefe Departamento Jurídico;
2) Ord. N° 6794, de 29.12.2015, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho;
3) Presentación, de 23.12.2015, de Sr. José Domingo Márquez, Presidente Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales Línea Aérea Sky Airlines S.A.
4) Pase N° 2113, de 17.12.2015, de Jefe de Gabinete del Director del Trabajo;
5) Presentación, de 16.12.2015, de Sr. José Domingo Márquez, Presidente Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales Línea Aérea Sky Airlines S.A.

SANTIAGO,

16 MAY 2016

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SR. JOSÉ DOMINGO MÁRQUEZ
SINDICATO DE ESTABLECIMIENTO DE EMPRESA PILOTOS
PROFESIONALES LÍNEA AÉREA SKY AIRLINES S.A.
PADRE MARIANO N°103 OFICINA 405
PROVIDENCIA

Mediante presentación del antecedente 5), complementada con la del Ant. 3), los dirigentes del Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales Línea Aérea Sky Airlines S.A., solicitan un pronunciamiento de esta Dirección, en relación a diversas materias relacionadas con el Contrato Colectivo vigente, suscrito entre dicha organización sindical y su empleador, Sky Airline S.A., el 07.09.2015.

A continuación, sus consultas:

1) La naturaleza variable o fija de sus remuneraciones y pago de horas de vuelo programadas, en relación a la cláusula Cuarta letra C del Contrato Colectivo.

2) Las horas que deben compensarse y pagarse por la empresa, ante asignaciones de actividad o trabajo en tierra.

3) Los períodos de Turno o Retén y su compensación

En primer término, cabe hacer presente, que en cumplimiento de los principios de contradicción e igualdad de los interesados, este Servicio puso en conocimiento del empleador la presentación de que se trata, quien, no dio respuesta al traslado conferido.

Sobre el particular, corresponde atender las consultas de la presentación a la luz de lo expuesto a continuación:

1) Respecto a la naturaleza variable de sus remuneraciones, en conformidad al Bono de Productividad de Vuelo, establecido en la letra C, de la cláusula Cuarta del Contrato Colectivo vigente.

Precisa, que en concordancia con el artículo 152 ter C del Código del Trabajo, a su juicio, sus remuneraciones se calculan parcialmente sobre la base de horas efectivas de vuelo, por lo que corresponde les sea aplicable la primera parte del inciso 2° de dicha norma, que garantiza el derecho de cada tripulante a ser remunerado en conformidad a las horas originalmente programadas en el Rol respectivo, en caso que un cambio de Rol de Vuelo, implique un número menor de horas de vuelo.

Agrega que, al considerarse variable sus remuneraciones, resulta adecuado aplicar la doctrina establecida en el Ord. N° 1556/021, para calcular las remuneraciones correspondientes a su feriado legal.

Al respecto, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 153 ter C del Código del Trabajo, prescribe:

“El empleador o el operador, en su caso, deberá entregar con una anticipación de a lo menos cinco días el Rol de Vuelo que regirá la jornada de los trabajadores durante el mes siguiente. El empleador podrá modificar, por cualquier causa, dicho Rol de Vuelo dentro de su período de vigencia en tanto no se afecten con ello los días libres programados del trabajador.

Si el cambio de un Rol de Vuelo implica un número menor de horas de vuelo, el trabajador tendrá derecho a que se le remunere en conformidad a las horas originalmente programadas; si implica un número superior de horas de vuelo, éstas deberán ser pagadas en su totalidad. Esta norma se aplicará sólo a los trabajadores cuyas remuneraciones se calculan total o parcialmente sobre la base de horas efectivas de vuelo.

Si en caso de fuerza mayor o caso fortuito los días libres programados fueren afectados estando el trabajador fuera de su hogar de residencia, estos deberán ser compensados de común acuerdo.”

De este modo, del análisis de la disposición legal precedentemente transcrita, se obtiene en lo pertinente que, el Rol de Vuelo es el instrumento de planificación mensual de la jornada de trabajo, que se equipara a la cláusula sobre jornada laboral que debe contener todo contrato de trabajo. Dicho instrumento, debe ser entregado al trabajador con una anticipación de a lo menos

cinco días antes del inicio del mes siguiente, y se faculta al empleador para modificarlo unilateralmente durante el período de vigencia del mismo, siempre y cuando tales modificaciones no afecten los días libres programados del trabajador. Si el cambio implica un número menor de horas de vuelo y la remuneración se basa total o parcialmente en estas últimas, se deberá pagar al trabajador, la cantidad original de horas programadas. Asimismo, si el número de horas se incrementa por el cambio en el Rol de Vuelo, se pagará la totalidad de ellas.

A continuación corresponde determinar, si el Bono Productividad de Vuelo, establecido en la Letra C), de la Cláusula 2° del Contrato Colectivo suscrito entre Sky Airline S.A. y el Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales de Línea Aérea Sky Airline S.A., es de carácter fijo o variable.

Al respecto este Servicio, mediante dictamen N° 3152/063, de 25.07.2008, sostuvo: *...“La afirmación anterior se corrobora plenamente con el estudio de la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.281, en la cual se deja constancia expresa que la modificación a la norma contenida en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo tuvo por objeto “delimitar y diferenciar en el concepto de remuneración aquellos componentes fijos de los variables, entendiendo que estos últimos dicen relación inequívoca con la productividad del trabajador, en tanto que aquellos, compensan el tiempo o jornada de trabajo en que el trabajador se pone a disposición del empleador para los servicios que se pacten en el contrato de trabajo”.*

De la definición contenida en el artículo 42 del Código del Trabajo, se desprende que una remuneración puede ser calificada como sueldo o sueldo base, en caso de reunir las siguientes condiciones copulativas:

- a) Que se trate de un estipendio fijo.
- b) Que se pague en dinero, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2° del artículo 10.
- c) Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato.
- d) Que responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.

En este sentido es posible afirmar que todos los estipendios que reúnan las condiciones indicadas precedentemente, que sean percibidos por la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo y en virtud de normas convencionales – sean estas individuales o colectivas-, pueden ser calificados de sueldo o sueldo base.

Efectuadas tales precisiones, corresponde entrar al examen del beneficio objeto de la consulta:

La letra C, de la Cláusula 2° del Contrato Colectivo suscrito entre Sky Airline S.A. y el Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales de Línea Aérea Sky Airline S.A., estipula:

BONO PRODUCTIVIDAD DE VUELO

Para el cálculo del bono de productividad de vuelo, se define como "Horas Voladas" la o las horas programadas en base al itinerario de los vuelos efectivamente ejecutados en el mes.

Los Capitanes recibirán, incentivo variable mensual denominado Bono Productividad de Vuelo, que se devengará y pagará en la remuneración del mes siguiente, por cada hora adicional volada y superior a 60 horas, ascendente a un monto de \$50.000.- pesos bruto.

Los primeros oficiales, recibirán incentivo variable mensual denominado Bono Productividad de Vuelo, que se devengará y pagará en la remuneración del mes siguiente, por cada hora adicional volada superior a 60 horas, ascendente a un monto de \$30.000.- pesos bruto.

Durante el primer año de vigencia del contrato, es decir, desde el 01 de Septiembre del 2015 hasta el 31 de Agosto de 2016, se garantizará sólo para efecto de pago de este bono, excepcionalmente 2 horas después de las 60 (62 horas), estas horas se cancelarán durante este período, de forma proporcional a los días efectivamente trabajados en el respectivo mes, sin perjuicio que este monto proporcional, sea complementado con el subsidio de licencia médica especificado en al clausula 20 bis.

De ese modo, a través de la norma convencional recién transcrita, se obtiene que las partes del contrato colectivo en referencia pactaron una bonificación por productividad, esencialmente variable, para las categorías de Capitán y Primeros Oficiales ascendente a \$50.000 y \$30.000, respectivamente, por cada hora volada superior a 60. Estableciendo que durante el primer año de vigencia del contrato, se garantizará para efectos del pago de dicho Bono, excepcionalmente 2 horas después de las 60, las que se cancelarán de forma proporcional a los días efectivamente trabajados.

De esta suerte, atendida las características de la bonificación en análisis, no se cumple a su respecto con el elemento de fijeza, esencial del concepto de sueldo.

En efecto, el elemento de fijeza y periodicidad que le da a un determinado beneficio el carácter de sueldo, está representado por la posibilidad cierta de percibirlo, al respecto, la uniforme doctrina de este Servicio representada, entre otros por los dictámenes N°s 5.904/400 de 30.11.1998, 1.207/75, de 22.03.93, 7630/316 de 20.11.1995, 1495/88 de 02.04.1998, han dejado establecido que el hecho de que un determinado beneficio pueda producir resultados que no sean constantes de un mes a otro, no altera la naturaleza del mismo para convertirlo en un estipendio de carácter variable, por cuanto el elemento de fijeza que le da a un determinado beneficio el carácter de sueldo, está representado por la posibilidad cierta de percibirlo mensualmente, cuestión que, tal como se ha demostrado precedentemente no ocurre respecto de la bonificación en consulta, pues su naturaleza no es fija ni constante dado que no se percibe siempre, sino que sólo si se superan las 60 horas efectivas de vuelo, de lo contrario el incentivo se pierde.

A mayor abundamiento, cabe agregar que los términos usados por las partes al establecer la bonificación en análisis son claros y precisos, correspondiendo entonces, atenerse a su texto sin que, por la vía interpretativa, se proceda alterar su contenido. En efecto, son las partes del contrato en referencia, las que expresamente establecieron que la bonificación en análisis tendría carácter de estipendio variable, de incentivo a la productividad y que se calcularía sobre la base de horas efectivas de vuelo, las cuales deben sumar 60 para ser percibido.

Por consiguiente, siendo el Bono de Productividad de Vuelo, un incentivo de carácter variable, en el evento de un cambio de Rol de Vuelo que implique un número menor de horas de vuelo, los trabajadores afectos al contrato colectivo en estudio, tendrán derecho a que se les remunere en conformidad a las horas originalmente programadas.

Ahora bien, aclarado lo anterior, corresponde determinar si para efectos de calcular el feriado legal corresponde aplicar la doctrina sustentada por Ord. N° 1556/021, de 07.04.2011, al respecto, cumple indicar lo siguiente:

El artículo 71 del Código del Trabajo, dispone:

“Durante el feriado, la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija.

En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados.

Se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes.

Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, durante el feriado deberá pagarse también toda otra remuneración o beneficio cuya cancelación corresponda efectuar durante el mismo y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra.”

Del precepto legal precedentemente transcrito, aparece que para los efectos de determinar la remuneración íntegra que corresponde pagar a los trabajadores durante el lapso en que hacen uso de su feriado legal, se debe atender al sistema remuneracional a que estén afectos:

a) Trabajadores sujetos a remuneración fija, en cuyo caso la remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo.

b) Trabajadores afectos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, los cuales en el período correspondiente a este beneficio deberán percibir el promedio de lo ganado en los últimos tres meses laborados. Cabe hacer presente además, que actualmente se encuentran en esta situación sólo trabajadores excluidos de la limitación de jornada.

c) Trabajadores sujetos a un sistema de remuneración mixta, esto es, que además del sueldo perciben contraprestaciones variables, cuya remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo, al cual corresponderá adicionar el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los últimos tres meses laborados.

Cabe destacar además, que la reiterada y uniforme doctrina de este Servicio, ha sostenido que el legislador tuvo en vista establecer el principio de la remuneración íntegra consagrado en el precepto legal anotado precedentemente, con la finalidad de impedir que el trabajador sufriera una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio de

feriado legal y asegurarle, desde otra perspectiva, durante el mismo período, la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios. Así lo ha precisado la jurisprudencia aludida, entre otros, en Dictamen N° 5409/251 de 16.12.2003.

Ahora bien, de los antecedentes proporcionados, se desprende que en la especie la remuneración está compuesta por un sueldo base mensual y del estipendio de carácter variable denominado, "Bono Horas de Vuelo", esto es, por un sistema de remuneración mixta, caso en el cual corresponde según ya se expresó, pagar como remuneración íntegra el sueldo base pactado con el empleador y, adicionalmente, el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los últimos tres meses laborados por el respectivo dependiente.

Cabe hacer presente que para efectos de efectuar el referido cálculo, el promedio de las sumas percibidas por concepto de remuneraciones variables, debe dividirse por 30 y no por el número de días efectivamente laborados por el respectivo trabajador, el cual sería menor. Lo anterior, atendido que durante el período de feriado corresponde remunerar tanto los días hábiles como los inhábiles.

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

1.- La Bonificación denominada "Bono de Productividad de Vuelo", o "Bono Horas de Vuelo, es un incentivo de carácter variable, por lo que en el evento de un cambio en el Rol de Vuelo, que implique un número menor de horas de vuelo, los trabajadores de Sky Airlines S.A., afectos al contrato colectivo en estudio, tendrán derecho a que se les remunere en conformidad a las horas originalmente programadas.

2.- Para efectos de determinar la remuneración íntegra a que tienen derecho durante su feriado legal los trabajadores de Sky Airlines S.A., afectos al Contrato Colectivo en estudio, quienes están sujetos a un sistema de remuneración mixta, el valor obtenido del promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados, debe dividirse por 30.

2) En relación a su segunda consulta, respecto a las horas que deben compensarse y pagarse por la empresa, ante asignaciones de actividad o trabajo en tierra, señala que el Contrato Colectivo en estudio, define en el ítem, "Consideraciones especiales", las actividades de Trabajo en Tierra que se contemplan para el cálculo del Bono de Productividad de Vuelo. Explica que, el problema se suscita porque su empleador, les habría informado expresamente, que no asignaría valor alguno a las actividades de clases de instrucción para rendir el simulador ni tampoco a las prácticas de emergencia y evacuación realizadas en tierra, lo que a su juicio no se aviene con lo acordado por las partes del contrato, en el ítem sobre "Trabajo en Tierra" de las "Consideraciones Especiales", de la letra C) de la Cláusula 2° del Contrato Colectivo vigente.

Al respecto, cabe indicar que, el ítem "Trabajo en Tierra", acordado en las "Consideraciones Especiales" de la letra C), de la Cláusula 2° del Contrato Colectivo suscrito entre Sky Airline S.A. y el Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales de Línea Aérea Sky Airline S.A., estipula en lo pertinente, lo siguiente:

Consideraciones Especiales...

Trabajo en Tierra: Es toda actividad programada por la empresa que requiera que el piloto realice funciones en tierra; ya sea para realizar instrucción, trabajo de oficina y/o día sindical. En el primer mes de vigencia del presente contrato y en el mes de enero de cada año de vigencia del presente instrumento, se definirá el equivalente de hora volada de cada día de trabajo en tierra, las que también serán consideradas para el cálculo de bono de productividad de vuelo. No se considerarán, para lo anterior, aquellas funciones de carácter permanente que requieran 3 o más días de la semana de trabajo en tierra.

De la norma convencional recién transcrita, fluye que serán consideradas para el cálculo del Bono de Productividad de Vuelo, también aquellas actividades de trabajo en tierra, programadas por la empresa que requieran que el piloto realice funciones en tierra, sea para realizar instrucción, trabajo de oficina y/o día sindical.

Como puede apreciarse del texto transcrito, la utilización del verbo "ser" en la expresión "ya sea" permite inferir que la norma convencional precedentemente transcrita, es taxativa respecto de cuales actividades programadas por la empresa constituyen Trabajo en Tierra, y entonces son consideradas para el cálculo del Bono de Productividad de Vuelo.

En tal sentido, es dable estimar que, son consideradas Trabajo en Tierra, las siguientes actividades programadas por la empresa: realizar instrucción, trabajo de oficina y/o día sindical.

Aclarado lo anterior, corresponde precisar si, las actividades de clases de instrucción para rendir el simulador y las prácticas de emergencia y evacuación realizadas en tierra constituyen "Trabajo en Tierra", según el concepto acordado por las partes del contrato en estudio. Para ello, concierne analizar si las partes tuvieron la intención de incluir tales actividades o prácticas dentro del concepto "realizar Instrucción".

Ahora bien, para resolver la consulta planteada se hace necesario determinar, previamente, el sentido y alcance de dicha estipulación, para lo cual, a falta de normas laborales que regulen la materia, cabe recurrir a los preceptos que sobre interpretación de los contratos se contemplan en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, el primero de los cuales dispone:

"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe "estarse más a ella que a lo literal de las palabras".

De la disposición legal transcrita se infiere que el primer elemento que debe tomarse en consideración al interpretar normas convencionales es la intención que tuvieron las partes al contratar.

En otros términos, al interpretarse un contrato debe buscarse o averiguarse ante todo cual ha sido la intención de las partes, puesto que los contratos se generan mediante la voluntad de éstos, y son no lo que el contrato diga, sino lo que las partes han querido estipular.

Ahora bien, es dable señalar que la Norma 121, de la Dirección General de Aeronáutica Civil, en su Capítulo K, desarrolla detalladamente lo que se entiende por Programa de Instrucción, incluyendo en este, entre otras materias, los cursos de instrucción de simulador, programas de instrucción y entrenamiento en el uso de simuladores de aeronaves, como también la instrucción de emergencia, el amaraje y otras evacuaciones, la evacuación de personas con

requerimientos especiales, la instrucción periódica de emergencia, y los ejercicios o prácticas de evacuación en emergencias, sin hacer distinción alguna respecto a si la instrucción se recibe o se ejecuta.

Determinado lo anterior, no cabe sino entender que las partes al momento de acordar qué actividades de instrucción serían consideradas "Trabajo en Tierra", asumieron que se trataba de aquellas consideradas por la Norma 121 de la Dirección General de Aeronáutica Civil en su Capítulo K, que rige precisamente al personal aeronáutico titular de licencia.

Al respecto, es necesario tener presente que conforme al artículo 1545 del Código Civil, *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

De la precitada norma legal se infiere que todo contrato celebrado legalmente obliga a las partes a cumplir sus estipulaciones en los términos en que se hubieren acordado, no siendo viable, que ninguna de ellas, unilateralmente, esto es, sin mutuo consentimiento, alteren o modifiquen lo pactado.

De esta suerte atendido lo expuesto precedentemente, dable resulta sostener que no resulta procedente que para los efectos del pago del Bono de Productividad de Vuelo de que se trata, sean excluidas las clases o prácticas para recibir o ejecutar instrucción para rendir el simulador ni tampoco las prácticas o clases de emergencia y evacuación realizadas en tierra, ya que ello significaría modificar el pacto que sobre la materia se contiene en la cláusula que nos ocupa, modificación que, al tenor de lo ya señalado, requiere la voluntad de ambos contratantes.

3) En relación a su tercera consulta, referida a los períodos de Turno o Retén, explica que el principal problema radica en la falta de retribución de los turnos asignados y por otra, su utilización desnaturalizada sin contemplar un descanso a continuación de este, situación que complejiza la función del piloto, al acumular agotamiento físico y mental.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 152 ter I, inserto en el Capítulo VII "Del Contrato de Tripulantes de Vuelo y de Tripulantes de Cabina de Aeronaves Comerciales de Pasajeros y Carga", incorporado al Código del Trabajo por la Ley N°20.321, de 05.02.2009, dispone:

"El empleador podrá establecer turnos de llamada o período de retén, por el cual el trabajador estará obligado a encontrarse disponible para un vuelo en caso de que deba reemplazar a otro miembro de la tripulación o se presente una emergencia similar. Dicho período no podrá exceder de doce horas continuas ni ser consecutivo con otro, y no podrá establecerse dentro del período de descanso. El período de retén deberá ser compensado, de común acuerdo entre las partes o bien por acuerdo colectivo, salvo que se encuentre expresamente incluido en la remuneración del trabajador."

De la disposición legal precedentemente transcrita se infiere que el empleador está habilitado para establecer turno de llamada o período de retén y que el trabajador, por su parte, deberá encontrarse disponible para un vuelo en el evento de tener que reemplazar a otro miembro de la tripulación o de que se presente una emergencia similar.

La misma norma prevé que tal período no podrá exceder de doce horas continuas ni ser consecutivo con otro, así como tampoco establecerse dentro del período de descanso del trabajador respectivo.

Establece, asimismo, que el período de retén deberá ser compensado de común acuerdo entre las partes o bien, a través de un instrumento colectivo, a menos que se haya incluido expresamente en la remuneración del trabajador.

Ahora bien, por Ord. N° 2547/044, de 24.06.2011, este Servicio estableció que los turnos de llamada o período de retén a que se encuentran afectos los tripulantes de vuelo y de cabina de aeronaves de pasajeros y carga, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152 ter I del Código del Trabajo, no constituyen período de servicio ni, consecuentemente, jornada de trabajo, así como tampoco implican para los trabajadores, el cumplimiento de jornada pasiva, en los términos del inciso 2° del artículo 21 del Código del Trabajo. De este modo, conforme a la doctrina señalada, se infiere que los turnos de llamada o período de retén, requieren ser expresamente consignados.

Precisado lo anterior, corresponde determinar, cómo se debe retribuir económicamente el turno de llamada o período de retén, para ello, resulta idóneo analizar la parte final del artículo 152 ter I, que manifiesta lo siguiente:

“El período de reten deberá ser compensado, de común acuerdo entre las partes o bien por acuerdo colectivo, salvo que se encuentre expresamente incluido en la remuneración del trabajador.”

Al respecto, el inciso primero del artículo 19 del Código Civil dispone que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu, en igual sentido, el Dictamen N° 28.006, de 1.998 de la Contraloría General de la República, indica que por tenor literal se entiende el contenido literal o conforme a la letra del texto, limitándose su aplicación al caso en que el sentido de la norma sea claro, esto es, cuando la significación cabal, alcance o interpretación del precepto sea inteligible, fácil de comprender o bien, evidente, cierto o manifiesto.

En ese contexto, resulta evidente que los términos usados en la norma precedentemente transcrita, materia de la consulta, son claros y precisos, correspondiendo entonces atenerse a su texto sin que, por la vía interpretativa, proceda alterar su contenido.

En efecto, de la norma que se analiza se desprende con claridad que, el período de retén debe ser retribuido económicamente de común acuerdo entre las partes o a través de un acuerdo colectivo, salvo que se encuentre en términos claros, precisos, manifiestos o explícitos, incluido en la remuneración del trabajador, es decir, en términos ciertos, no vagos ni ambiguos, a fin de cumplir con el principio de certeza que inspira a toda relación laboral.

Por su parte, cabe agregar, que, en las páginas 115 y 116 del Boletín de Indicaciones N° 5.820-13, se obtiene que, al momento de ser discutida la Indicación N° 16, del Ejecutivo en la Comisión del Trabajo del Senado, la Comisión compartió la redacción final de la norma en análisis, en la medida que esta esclarece que la norma impone la obligación de compensar económicamente el período de retén, a menos que su pago ya esté incluido en la remuneración estipulada.

En estas circunstancias, forzoso es concluir, que el turno de llamada o período de retén debe ser retribuido económicamente de común acuerdo entre las partes o a través de un acuerdo colectivo, salvo que se encuentre en términos claros, precisos, manifiestos o explícitos, incluido en la remuneración del trabajador, es decir, en términos ciertos, no vagos ni ambiguos, a fin de cumplir con el principio de certeza que inspira a toda relación laboral.

Sobre el particular, de los antecedentes tenidos a la vista, se desprende con toda claridad, que no existe acuerdo individual ni colectivo suscrito entre las partes que retribuya económicamente las actividades efectuadas por turno de llamada o período de retén, ni se encuentra expresamente incluido en la remuneración de los trabajadores, en los términos señalados precedentemente, de lo que se deduce que dicha actividad no se encuentra retribuida económicamente por la empresa. Resulta útil precisar, que el cumplimiento de la obligación en análisis, es susceptible de ser fiscalizada por esta Dirección del Trabajo, conforme lo dispuesto en el artículo 506 del Código del Trabajo.

En relación a su consulta referida a la utilización desnaturalizada del turno de llamada o período de retén, sin contemplar a continuación de su ejercicio un período de descanso que tenga por objeto restablecer al piloto de las horas de agotamiento físico y mental acumulado tras haber desarrollado dicha actividad, cabe mencionar que el artículo 152 ter I, ya citado, no estableció expresamente ningún tipo de descanso a continuación de su ejercicio, en este contexto, el ya citado dictamen N° 2547/044, de 24.06.2011, de este Servicio señaló que los turnos de llamada o período de retén a que se encuentran afectos los tripulantes de vuelo y de cabina de aeronaves de pasajeros y carga, no constituyen período de servicio ni, consecuentemente, jornada de trabajo, así como tampoco implican para los trabajadores, el cumplimiento de jornada pasiva, en los términos del inciso 2° del artículo 21 del Código del Trabajo.

No obstante lo anterior, en opinión de esta Dirección del trabajo, en conformidad al deber general de protección del empleador respecto del trabajador, nada obsta que las partes del contrato acuerden un período sin asignación de actividad a continuación de éste.

En efecto, el empleador, si bien posee el poder de dirección y administración, está a la vez sujeto al deber de protección que consagra el ordenamiento laboral, quedando limitado el espectro de potestades empresariales por los alcances de esta ineludible obligación. (Dictamen N° 5073/082 de 16.12.2014). La doctrina laboralista ha sostenido que el deber de protección es consecuencia obligada del poder de dirección. Si el empleador puede dar órdenes para la ejecución del trabajo, debe también proteger al trabajador procurando que la ejecución de dichas órdenes no le sean lesivas ni nocivas, debiendo asumir una serie de precauciones y responsabilidades (de seguridad e higiene en el trabajo, descansos obligatorios, retribución justa con pago oportuno y completo, respeto a la dignidad del trabajador).¹

Mediante dictamen N° 4.336-262, de 25.08.1993, ya esta Dirección había resuelto al tratar la materia que es *"indudable que la prestación del servicio a que el trabajador se obliga por el contrato de trabajo debe efectuarse en condiciones materiales y técnicas que salvaguarden plenamente su integridad física y su salud."* En efecto, al estar vinculados los trabajadores con su empleador por una relación de subordinación y dependencia, motivados por una necesidad

¹ Hernández Rueda, L; Poder de Dirección del Empleador; Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, I.I.J., Unam, 1997, p.417

económica de mantener su empleo y salario, nuestra legislación reconoce que el primer responsable por la prevención debe ser el empleador, por cuanto las obligaciones del contrato y el estado de necesidad pueden motivar a la exposición a riesgos, situación que la sociedad quiere evitar. (Ord. 2284/93 de 17.04.1996).

A mayor abundamiento, este Servicio a través de dictamen N° 5469/292, de 12.09.1997 sostuvo que *“La obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador.”*

En consecuencia, dado el carácter genérico de esta obligación de seguridad que comprende no tan solo aquello que expresamente la norma prevé sino que también aquellos riesgos que la naturaleza de la actividad conlleva, esta Dirección del Trabajo no puede soslayar la situación de riesgo a que se expondría al trabajador que a continuación del ejercicio de un turno de llamada o período de retén se le planifique inmediatamente un período de servicio de vuelo, por lo que ante el silencio del legislador, nada obstaría que las partes del contrato acuerden un período sin asignación de actividad a continuación del mencionado turno de llamada o período de retén.

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

1.- La Bonificación denominada “Bono de Productividad de Vuelo”, o “Bono Horas de Vuelo, es un incentivo de carácter variable, por lo que en el evento de un cambio en el Rol de Vuelo, que implique un número menor de horas de vuelo, los trabajadores de Sky Airlines S.A., afectos al contrato colectivo en estudio, tendrán derecho a que se les remunere en conformidad a las horas originalmente programadas.

2.- Para efectos de determinar la remuneración íntegra a que tienen derecho durante su feriado legal los trabajadores de Sky Airlines S.A., afectos al Contrato Colectivo en estudio, quienes están sujetos a un sistema de remuneración mixta, el valor obtenido del promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados, debe dividirse por 30.

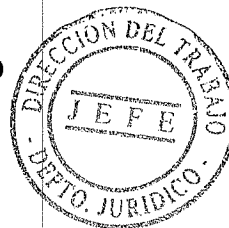
3.- No resulta procedente que para los efectos del pago del Bono de Productividad de Vuelo de que se trata, sean excluidas las clases o prácticas para recibir o ejecutar instrucción para rendir el simulador ni tampoco las prácticas o clases de emergencia y evacuación realizadas en tierra, ya que ello significaría modificar el pacto que sobre la materia se contiene en el ítem “Consideraciones Especiales” de la letra C), de la Cláusula 2° del Contrato Colectivo suscrito entre Sky Airline S.A. y el Sindicato de Establecimiento de Empresa Pilotos Profesionales de Línea Aérea Sky Airline S.A., modificación que, al tenor de lo ya señalado, requiere la voluntad de ambos contratantes.

4.- El turno de llamada o período de retén debe ser retribuido económicamente de común acuerdo entre las partes o a través de un acuerdo colectivo, salvo que se encuentre en términos claros, precisos, manifiestos o explícitos, incluido en la remuneración del trabajador, es decir, en términos ciertos, no vagos ni ambiguos, a fin de cumplir con el principio de certeza que inspira a toda relación laboral.

5.- Dado el carácter genérico del Deber de Protección del empleador respecto de sus trabajadores, nada obsta que las partes del contrato, ante el silencio del legislador, acuerden un período sin asignación de actividad a continuación del mencionado turno de llamada o período de retén.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




DSP/MECB
Distribución:

- Dest.
- Jurídico.
- Partes.
- Control.
- Sky Airlines S.A., Avenida del Valle N° 537, Huechuraba.