

Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E.8219(132)2021

Jurídico

ORDINARIO N°: 92

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Remuneraciones. Bono de incentivo. Licencia médica.

RESUMEN:

- 1) No resulta jurídicamente procedente establecer un sistema de incentivo remuneracional que haga depender la obtención de este, a la circunstancia de que el trabajador no haga uso de su derecho a gozar de licencia médica o del feriado legal.
- 2) No resulta jurídicamente procedente la modificación unilateral de las metas que determinan los incentivos remuneraciones, reitera Ordinario N° 6515, de 26.12.2018.
- 3) El cálculo o medición de los incentivos variables de los cobradores Recovery que hacen uso de licencia médica, debe ser calculado considerando la proporción de días trabajados, por lo que, cualquier factor u operación aritmética utilizado para la medición de un incentivo que no respete esa proporcionalidad, deviene improcedente al constituirse en un imposible para aquellos trabajadores que se encuentran afectos por una contingencia de salud.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones, de 09.01.2024 de Jefe Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S);
- 2) Pase N° 29 de 23.02.2022, de Jefe Departamento Jurídico y Fiscal, de la época;
- 3) Pase N° 78, de 24.05.2021, de Jefe Departamento Jurídico y Fiscal, de la época;

- 4) Instrucciones de 19.04.2021, de Jefa de Unidad de pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales;
- 5) Presentación de 31.03.2021, de doña Francisca Marchant Letelier, Encargada de Relaciones Laborales, Banco Ripley;
- 6) Ord. 966 de 17.03.2021, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales;
- 7) Solicitud de Pronunciamiento de don César Uribe Rojo, Presidente de Sindicato Nacional de Trabajadores de Empresa Payback N° 4, de fecha 27.01.2021.

SANTIAGO,

12 FEB 2024

**DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SR. CÉSAR URIBE ROJO
PRESIDENTE SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES EMPRESA
PAYBACK N° 4
ESTADO N° 91, PISO 2
SANTIAGO**

Mediante presentación del Ant. 7), solicita un pronunciamiento de este Servicio, acerca de la práctica adoptada por su empleador en orden a pagar ciertos incentivos remuneraciones bajo la circunstancia de que el trabajador no haga uso de su derecho a gozar de licencia médica o feriado legal.

Expone que su empleador Empresa Cobranzas Payback, habría implementado un sistema de pago por bonos denominados, de campaña, premios, incentivos o desafíos, que impiden optar a los trabajadores que presentan algún tipo de ausencia laboral, como licencia médica o feriado legal.

Además, agrega que su empleador a la fecha se mantiene sin dar cumplimiento al Ordinario N°6515 de 26.12.2018, solicitado por ese mismo Sindicato por modificar unilateralmente las metas que determinan los incentivos remuneraciones pactados entre la empresa Sociedad Payback Ltda. y sus respectivos trabajadores, aduciendo que se trata de una práctica permanente en la empresa, lo que afecta la necesidad de certeza respecto del cálculo y monto de las remuneraciones.

Respecto de la presentación aludida, este Servicio, en cumplimiento del principio de contradictoriedad de los intervinientes, confirió traslado al empleador, recibiendo respuesta a través de carta indicada en el ANT. 5), aclarando que, sólo los cobradores Recovery Santiago están sujetos a meta. Además, expone que, la remuneración variable, tanto de los cobradores de terreno como de los telefónicos se calcula según lo pactado en el anexo de contrato, de ese modo, en caso de feriado legal, el trabajador tendría garantizado, por lo días no trabajados, una

remuneración de acuerdo con el promedio de lo percibido en los tres meses anteriores, y en caso de licencia médica, señala que se daría la misma situación, por cuanto el subsidio se calcula sobre la misma base.

Agrega que, *“siendo así las cosas no se advierte ningún detrimento en el pago de las remuneraciones en el caso de los meses que los trabajadores se encuentren haciendo uso de licencia médica o vacaciones, ya que jamás ha existido cláusula alguna en sus respectivos anexos que condicione, a que no existan ausencias de algún tipo, el pago de remuneración variable mensual y permanente del trabajador.”*

Explica que, la solicitud del Sindicato se refiere exclusivamente a “Campañas”, como son llamadas por la empresa, y no a cláusulas establecidas en los anexos de contrato que regulan las variables permanentes de los cobradores. Precizando que estas son incentivos de carácter transitorios para estimular ciertas funciones o logros de los cobradores, como sería el sobrecumplimiento de la meta en el caso de los cobradores de terreno recovery Santiago (sobrepasar el 100% de la meta mensual de acuerdo al detalle particular de la campaña), u otras variables extraordinarias únicas y de carácter transitorio en el caso de cobradores telefónicos, las que tendrían un período acotado de vigencia y que, por lo mismo, no forma parte de la remuneración permanente que recibe el trabajador, sino que constituirían un premio adicional.

Insiste que, el Sindicato se está refiriendo a campañas o incentivos transitorios, ya que de los anexos de contrato que regulan las variables permanentes jamás se condicionaría el pago de remuneración variable a que no existan ausencias. Que, en los hechos, siempre se ha permitido a los trabajadores hacer uso de permisos, que el pago de ciertos beneficios adicionales de carácter extraordinario solo busca potenciar la asistencia como elemento adicional a las demás variables de medición, pero en ningún caso se impide al trabajador ejercer sus derechos. Reitera que una posición contraria significaría declarar ilegal cualquier pago o variable que busque incentivar el no ausentismo.

Finalmente reitera que, “en los contratos de trabajo y anexos de los cobradores, no existe una cláusula que indique que la meta se proporciona o ajusta de acuerdo a los días trabajados.” Explica que esa sería una práctica que se ha usado para favorecer a los trabajadores al momento de calcular su remuneración variable permanente, pero que dicha práctica no se aplicaría para el caso de las Campañas, expresándose en ellas la frase “meta campaña considera meta no ajustada por licencias, vacaciones u otras ausencias”, con el objeto de determinar si hay sobrecumplimiento (para efectos del devengo del Bono Campaña) la meta no se ajusta.

Ahora bien, con la finalidad de recabar información necesaria para emitir el pronunciamiento requerido se solicitó realizar una visita inspectiva en el domicilio de la empresa.

Que, sobre el particular, el fiscalizador actuante, dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, en Comisión de fiscalización N°1301/2021/1870 levantada para ese efecto, señala que pese a las insistencias

dirigidas a la casilla del empleador, correo que se encuentra debidamente ratificado en conformidad a los artículos 508,515 y 516 del Código del Trabajo, este no dio respuesta a su requerimiento, impidiendo obtener detalles de las operaciones y cálculo que realiza esta para el pago de las remuneraciones, especialmente bonos variables, incentivos o “campañas”, como tampoco si está dando cumplimiento al Ordinario N°6515 de 26.12.2018 de la Dirección del Trabajo, ni constatar la veracidad de la información que señaló la empresa en su traslado.

Sin embargo, en el sistema DT Plus de este Servicio fiscalizador, en relación con la materia consultada, consta en los últimos 18 meses una serie de fiscalizaciones a la empresa las cuales, se tendrán presente para dar respuesta a esta solicitud.

Al respecto, cabe mencionar que en fiscalización N°1301/2021/4936 de 29.12.2021, de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, iniciada por denuncia, el fiscalizador actuante verifica que el trabajador denunciante presta servicios como “Cobrador Terreno Recovery”, percibiendo una remuneración variable pagada por mes desfasado. Verificando que, durante el período revisado, Julio a diciembre 2021 el trabajador afectado cuenta con ausencias prolongadas por licencia médica, no percibiendo remuneraciones variables en agosto ni septiembre, mientras que, en octubre, noviembre y diciembre se le habría cancelado un promedio. No obstante, el fiscalizador constata que el anexo de liquidación exhibido por la empresa, no contiene los montos de la comisión por recuperación junto al detalle de cada operación que le dio origen y la forma empleada para su cálculo, razón por la que cursó una multa administrativa, la que actualmente se encuentra pagada.

Por su parte, de las fiscalizaciones N°1301/2023/460 y N°1301/2023/459 de 31.01.2023, en relación con su consulta, cabe mencionar que, en los contratos de trabajo y anexos revisados no existen estipulaciones de ningún tipo que restrinjan el pago del incentivo por motivos de licencias médicas. En efecto, de la revisión de los libros de comisiones como de las entrevistas efectuadas a un grupo de trabajadores se obtiene, que estas son pagadas en base a una meta proporcional a los días efectivamente trabajados, de igual forma es pagado también el incentivo. Sin embargo, al revisar el detalle del cálculo del pago de las remuneraciones variables, existen casos en que no hay concordancia en el porcentaje de cumplimiento de la meta en proporción a los días trabajados y el monto total de la comisión pagada al trabajador. Por ejemplo, un trabajador cuyo cálculo del incentivo variable se ha estimado en conformidad al anexo de contrato, considerando una base mínima para el pago del 50% de cumplimiento, sin embargo, en mes con ausencias, se verifica que no recibió incentivo alguno, ni en proporción a lo que habría correspondido por los 13 días que efectivamente trabajó.

Ahora bien, en relación con la denuncia sobre incumplimiento del Ordinario N°6515 de 26.12.2018 de la Dirección del Trabajo, sobre improcedencia de la modificación unilateral de metas, el informe en comento da cuenta de la efectividad de esta situación, en al menos tres casos de los 10 revisados, sin embargo, no aparece que se haya cursado multa por este concepto, en las fiscalizaciones señaladas en el párrafo que antecede, razón por la que más adelante se reiterara

a fin de que se cursen las infracciones sobre esta materia inmediatamente sea constatada en terreno.

Sin embargo, se verifica que, dicha materia ha sido fiscalizada y multada en otras fiscalizaciones, por ejemplo en Comisión de fiscalización N°1301/2019/2814, en que se aplicó la Resolución de Multa N°1605/19/34 – actualmente pagada- por no consignar por escrito en el contrato de trabajo o en documento anexo la modificación mensual que establece la empresa respecto de las metas sobre las cuales los trabajadores deben generar su remuneración variable, lo que constituye infracción al artículo 11 del Código del Trabajo y a la reiterada doctrina de este Servicio.

Aclarado lo anterior, corresponde dar respuesta a su solicitud, en orden a precisar si resulta jurídicamente procedente establecer incentivos remuneraciones que hagan depender la obtención de esta remuneración a la circunstancia de que el trabajador no haga uso de su derecho a gozar de licencia médica o feriado legal.

Al respecto, cabe indicar que la doctrina reiterada de este Servicio se ha pronunciado en contra de tales estímulos, principalmente en consideración al deber de respeto y protección del que es deudor el empleador a causa del contrato de trabajo.

En efecto, el artículo 1° del Decreto N°3 de 1984, que aprueba el Reglamento de autorización de licencias médicas por las COMPIN e Instituciones de Salud Previsional¹, dispone que *“se entiende por licencia médica el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona”*.

De la norma legal antes transcrita se colige que la licencia médica, es un derecho irrenunciable para el trabajador cualquiera sea el tipo de licencia de que se trate.

Por su parte el inciso 1° del artículo 184 del Código del Trabajo, establece lo siguiente:

“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.”

El carácter imperativo de este deber es claro y no cabe ninguna duda que la responsabilidad primaria de protección corresponde al empleador. En efecto, ya el dictamen N°4.336/262, de 25.08.1993, estableció que es *“ indudable que la prestación del servicio a que el trabajador se obliga por el contrato de trabajo debe*

¹ Norma disponible en : <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=7281>

efectuarse en condiciones materiales y técnicas que salvaguarden plenamente su integridad física y su salud".

Más categórico, el dictamen N°4870/281 de 21.09.1999 en que, a propósito de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo a cuyo cumplimiento el empleador está compelido, señala que, el Deber General de Protección del empleador, admite ser desglosado en una serie de obligaciones vinculadas con la prevención de accidentes laborales y enfermedades profesionales, y también aquellas referidas al cumplimiento de la normativa referente a las obligaciones de afiliación y cotización que se originan del seguro social obligatorio contra riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales regulado por la ley N°16.744, normas en las que también se ha de entender incluidas las referidas a la protección al descanso maternal, feriado legal y el descanso del trabajador en virtud de una licencia médica.

Además, el citado pronunciamiento, determina el grado de culpa a que debe responder el empleador en el cumplimiento de este Deber General de Protección, precisando ser el propio de la culpa levísima, dado que el empleador, al ser un deudor de seguridad de sus trabajadores, tiene en consecuencia, influencia directa sobre la vida y la salud de sus dependientes, por lo que, en el cumplimiento de ese deber, ha de emplear una esmerada diligencia y un extremo cuidado, pues está en juego un bien jurídico superior, a saber: la vida de las personas, y no un simple bien patrimonial.

Entonces, del precepto legal transcrito, fluye que el empleador debe tomar, de manera amplia, todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de sus trabajadores, dentro de las que se incluyen, entre otras, que ellos hagan uso de licencia médica cuando la enfermedad que los aqueje lo amerite, sin que por ello deban ser sancionados con la pérdida de algún beneficio.

Acorde con el criterio recién expuesto, esta Dirección ha señalado de manera ejemplar, en Dictamen N°2421/139 de 25.07.2002, que el período en que el trabajador hace uso de licencia médica es útil para los efectos de obtener la indemnización por años de servicio, y en Dictamen N°2028/133, de 07.05.1998, que el período de licencia médica también es útil para los efectos del derecho a feriado.

A mayor abundamiento, la reiterada doctrina de este Servicio, contenida entre otros, en Ordinario N°1988, de 09.08.2021, Ordinario N°4032, de 16.10.2014 y Dictamen N°1467/68, de 24.03.1997, ha sido clara en señalar que *"No se ajusta a derecho un sistema de evaluación de desempeño que considere las inasistencias por licencias médicas como subfactor de evaluación."* De igual forma, el Ordinario N°1032, de 26.10.2004, ha precisado que *"No resulta jurídicamente procedente establecer un sistema de incentivo remuneracional que haga depender la obtención del beneficio de la circunstancia de que el trabajador no haga uso de su derecho a gozar de licencia médica por enfermedad común."* Por último, el Ordinario N° 5761, de 09.11.2015, se pronuncia en el sentido de que ningún pacto no directa o indirectamente puede contener un perjuicio económico para el trabajador que hace ejercicio de una licencia médica.

De acuerdo a estos pronunciamientos las licencias médicas son un derecho que tiene todo trabajador para ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado lapso de tiempo, con el fin de atender al restablecimiento de salud, en cumplimiento de una prescripción profesional determinada por un médico cirujano, cirujano dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el correspondiente Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional en Sentencia Rol 790 de 11.12.2007, en su considerando 31, señaló *“El derecho a la seguridad social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal...”*.

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1801 de 12.04.2011, considerandos 13 y 24 indica *“Las licencias médicas constituyen sin distinción un derecho de los funcionarios públicos y trabajadores del sector privado, que forma parte de su régimen de seguridad social, tendiente a permitirles enfrentar adecuadamente las contingencias derivadas de los riesgos involuntarios que puedan afectarlos en relación con su salud, no pudiendo importar una disminución de los demás derechos que como el derecho a la remuneración, son inherentes a la relación funcionaria o laboral...”*(STC 1801, cc 13 y 24).

De acuerdo a los pronunciamientos de esta Dirección el Trabajo, como las sentencias del Tribunal constitucional citadas, las licencias médicas son un derecho que tiene todo trabajador para ausentarse o reducir su jornada de trabajo durante un determinado tiempo, con el fin de atender al restablecimiento de su salud, en cumplimiento de una prescripción determinada por un médico, cirujano dentista o matrona, según corresponda, autorizada por el competente Servicio de Salud o Institución de Salud Previsional.

Teniendo presente lo expuesto, la doctrina de la Dirección del Trabajo ha determinado la improcedencia de establecer un sistema de incentivos remuneraciones que haga depender la obtención del beneficio o remuneración a la circunstancia de que el trabajador no haga uso de licencia médica, dado el carácter irrenunciable de este derecho, de ese modo, forzoso resulta aplicar esta doctrina a la forma de calcular los incentivos variables de los cobradores Recovery que hacen uso de licencia médica por una contingencia de salud, debiendo ser calculados considerando la proporción de días trabajados. De ese modo, cualquier factor en la operación aritmética para el cálculo del incentivo, que no respete esa proporcionalidad, deviene improcedente al constituirse en un imposible para aquellos trabajadores que se encuentran en una contingencia de salud.

Es perfectamente comprensible estimular la presencia de los trabajadores a través de bonificaciones especiales, sin embargo, ese estímulo además de incentivar la producción debe ser equitativo, es decir debe tener un resultado y medición justas, lo que no ocurre, si alguno de los factores de la medición considera para su cálculo máximos imposibles de alcanzar sin la ponderación que corresponde a la proporción de días de trabajo efectivo, una posición contraria implica desconocer que los trabajadores están expuestos a riesgos involuntarios

que puede afectar su salud, situación que no puede importar una disminución en su derecho a la remuneración correspondiente.

En consecuencia, no resulta jurídicamente procedente establecer un sistema de incentivo remuneracional que haga depender la obtención de este, a la circunstancia de que el trabajador no haga uso de su derecho a gozar de licencia médica o del feriado legal.

En cuanto al incumplimiento del Ordinario N°6515 de 26.12.2018, sobre la improcedencia de la modificación unilateral de metas, cabe señalar que dicho pronunciamiento nace a raíz de una solicitud de los Sindicatos N°1 y N°4 de Empresas Payback en el año 2018.

Al respecto, corresponde destacar que conforme a la doctrina de este Servicio contenida tanto en el Ordinario N°6515 de 26.12.2018, cuyo cumplimiento se solicita verificar, como en el Ord. N° 223 de 09.02.2023, se indica que, no resulta aceptable que el contenido contractual convenido entre las partes de la relación laboral quede, en todo o parte, al mero arbitrio del empleador, pues cobra primordial relevancia en el ámbito laboral el principio de certeza, resultando contrario a derecho que el empleador modifique sin mediar mutuo acuerdo, las metas que establecen los incentivos de las remuneraciones variables, pues con ello transgrede, precisamente, esa certidumbre mínima que el dependiente merece tener en su relación laboral.

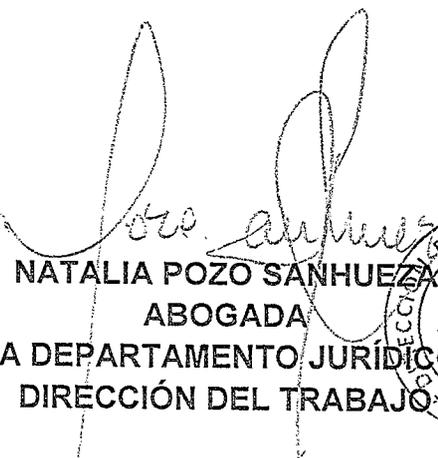
El mismo criterio aplica el Ordinario N°1738 de 06.04.2018, en el que se sostiene que, la cláusula relativa a remuneraciones, por ser una estipulación mínima y esencial del contrato individual de trabajo, solo puede ser modificada, suprimida o alterada por consentimiento mutuo de las partes contratantes, lo que es corroborado por el artículo 1545 del Código Civil, del cual es posible igualmente inferir que las cláusulas de todo contrato legalmente celebrado son jurídicamente obligatorias para las partes y no pueden ser invalidadas o modificadas por mutuo consentimiento o por causales legales.

A mayor abundamiento, en Dictamen N°4084/43, de 18.10.2013 y Ordinario N°5286 de 31.12.2014, se establece que no se ajustan a derecho aquellas normas convencionales que impliquen dejar al arbitrio y determinación del empleador, las condiciones de percepción de remuneraciones de carácter variable como las comisiones, en materia de metas, porcentajes u otros aspectos, por cuanto ello atentaría contra el principio de certeza aludido en párrafos que anteceden implicaría una renuncia anticipada de derechos laborales por parte de los afectados.

En consecuencia, conforme a las normas legales citadas y consideraciones expuestas forzoso resulta aplicar esta doctrina al cálculo o medición de los incentivos variables de los cobradores Recovery que hacen uso de licencia médica, debiendo ser calculados considerando la proporción de días trabajados, por lo que, cualquier factor u operación aritmética para la medición de un incentivo, que no respete esa proporcionalidad, deviene improcedente al constituirse en un imposible para aquellos trabajadores que se encuentran afectos por una contingencia de salud.

Se envía copia del presente Ordinario, a la Dirección Regional Metropolitana Poniente, a fin de efectuar las fiscalizaciones que correspondan a la empresa señalada para verificar el efectivo cumplimiento de la legislación y doctrina vigente señalada en el cuerpo del presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,


NATALIA POZO SANHUEZA
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO *



GMS/MECB
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control
- DRT Metropolitana Poniente
- Empresa Cobranzas Payback