



Jurídico

**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 2734 (690) 2017**

V

5117

ORD.: _____

MAT.: Atiende presentación acerca de la procedencia de exigir el pago del denominado "Bono extraordinario" por jornada efectuada en fines de semana o festivos. Así como, si dicho bono forma parte de la base de cálculo para el pago del feriado legal.

- ANT.:**
- 1) Correo electrónico de 15.09.2017 de la Inspección Comunal del Trabajo de Maipú.
 - 2) Ordinario N°2738 de 19.06.2017 de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
 - 3) Evacua traslado de 19.05.2017 la empresa Servicios Indura Ltda.
 - 4) Ordinario N° 1690 de 20.04.2017 de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
 - 5) Presentación de 29.03.2017 de don David Cerda y don José González, en representación del Sindicato Nacional de Empresa Servicios Indura Ltda. RSU 1309.1033.

SANTIAGO,

31 OCT 2017

31 OCT 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

**A : SRES. SINDICATO NACIONAL DE EMPRESA SERVICIOS INDURA S.A.
JOSÉ BESA N°1271
QUINTA NORMAL
sindicatoserviciosindura@gmail.com**

Por medio de la presentación del antecedente 5), ustedes han solicitado un pronunciamiento acerca de la obligación que le asiste a la empresa de pagar el denominado "Bono extraordinario" y si éste forma parte de la base de cálculo para el pago del feriado legal respecto de ciertos trabajadores que prestan servicios a Oximed Limitada, que es una de las empresas del holding Indura, con un sistema de turnos que abarcan sábados, domingos y festivos.

Fundan su solicitud señalando que en la empresa, los trabajadores prestan servicios de lunes a viernes, cumpliendo así la jornada ordinaria de 45 horas semanales. Sin embargo, desde septiembre de 2015 un grupo de trabajadores, prestan servicios además en turnos que incluyen los días sábado, domingos y festivos, con el objeto de cumplir con los requerimientos de los clientes de la empresa, esto es, un servicio de lunes a domingo desde las 8:00 a las 20 horas.

Agregan que, la empresa, junto con las remuneraciones mensuales, les paga conjuntamente a los trabajadores que efectúan turnos el denominado "bono extraordinario", el cual varía según la cantidad y las horas que trabajan, situación que no se expresa en el contrato de trabajo ni en un anexo de él.

Mediante el documento del antecedente 4) se da traslado a la empresa, la cual con fecha 19.05.2017, lo evacúa en los siguientes términos: Que el bono extraordinario que señalan los trabajadores, se otorga sólo en su hipótesis de procedencia, que no constituye remuneración variable en las condiciones que establece el artículo 73, inciso tercero, del Código del Trabajo; las remuneraciones se mantienen inalteradas de mes a mes, ya que el bono no es permanente ni fijo y sólo se entrega en pocas ocasiones. Como consecuencia, estima que no se puede generar un derecho adquirido y entiende que el empleador puede exigirle a sus trabajadores prestar servicios en dichos días, no siendo jornada laboral y siendo extraordinaria su ocurrencia.

Sobre la misma conclusión, señalan que en ningún caso dicho bono, puede ser considerado como sueldo en los términos establecidos en el artículo 42 del Código del Trabajo, al no tener la fijeza y la periodicidad requerida por la norma. Razones por las cuales presume que no procede considerar el beneficio ni para calcular el feriado legal ni para las indemnizaciones que procedan al término de la relación laboral.

Como medida para mejor resolver, se estimó pertinente una fiscalización investigativa la que consta en el antecedente 2), informe que ha sido evacuado por el funcionario Sr. Felipe Malgüe Torres mediante la Comisión N° 1309.2017.1531, el que constató lo siguiente:

- a.- Quienes ejecutan labores en jornadas de días sábados, domingos y festivos, son un grupo de trabajadores, jornada que no se encuentra escriturada en los contrato de trabajo, anexo de Contrato de Trabajo o en el Reglamento Interno de la empresa.
- b.- En cuanto a las remuneraciones por las jornadas de fin de semana, estas no son pagadas como sobretiempo ni tampoco se encuentran pactadas como horas extraordinarias. Por las labores en día sábado se paga un bono fijo imponible de \$35.000.- pesos por el turno entre las 8:00 a las 14:30 horas o el turno de las 13:30 a las 20:00 horas y por la jornada en días domingos y festivos, se paga un bono fijo imponible de \$45.000.- pesos, por los mismo turnos ya señalados.
- c.- Los trabajadores que prestan servicios en fines de semana o días festivos, no registran asistencia por alguno de los mecanismos previstos en el artículo 33 del Código del Trabajo, si no que se lleva un control en un archivo Excel.
- d.- Por el trabajo desarrollado en fines de semana o días festivos, no se les compensa con descanso compensatorio.
- e.- De acuerdo a la declaración jurada prestada por el Jefe de Personal, Sr. Iván Carabantes, los dirigentes sindicales presentes en la visita inspectiva y uno de los trabajadores que presta servicios en fines de semana, se constata que el cumplimiento de labores en los días señalados es voluntaria. Agregan, que a principios de cada año se realiza una programación, en ella se coordina y se inscriben los trabajadores que cumplirán funciones, estableciendo el o los fines de semana o festivos que trabajarán en el año. Para

el caso que un trabajador no pueda cumplir un turno ya programado, los demás trabajadores se coordinan, para cubrir esa jornada.

f.- El giro comercial de la empresa, es la entrega de un servicio orientado a la atención domiciliaria de pacientes crónicos y subagudos que requieren de oxigenoterapia o de servicios de hospitalización domiciliaria. Mantiene un contrato nacional de ventilación mecánica invasiva y no invasiva con el Ministerio de Salud, que atiende a pacientes ventilados crónicos con dependencia total de asistencia tecnológica para su supervivencia, con atención 24 horas, los 365 días del año, con el fin de cubrir las necesidades de salud que estos pacientes requieren, tales como: medicamentos, insumos, servicios de emergencia, atención de profesionales de la salud, atención de técnicos de enfermería en sistemas de turno, etc. todo esto con el fin de que el domicilio del paciente se transforme en una unidad de cuidados médicos de alta complejidad.

También tiene contratos con algunos centros de salud del país, tanto públicos como privados, con servicios de oxigenoterapia domiciliaria de pacientes oxígeno dependientes, en donde deben asegurar el suministro ininterrumpido durante todo el año.

g.- La cobertura de la empresa es nacional, y tienen pacientes con edades que fluctúan desde el año de vida hasta adultos mayores con más de 90 años.

Atendidos los antecedentes y en relación a las consultas planteadas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 7 del Código del Trabajo dispone: *“Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”*

De la norma citada es posible advertir el carácter de consensual del contrato de trabajo, lo que permite que se perfeccione por el simple consentimiento o acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Respecto a este carácter la doctrina de este Servicio, precisada en el Ordinario N°1.296 de 21.03.2017, ha señalado que *“Como consecuencia de la naturaleza consensual del contrato individual de trabajo, deben entenderse incorporadas a él, no sólo las estipulaciones y modificaciones que se hayan consignado allí expresamente, sino que, además, aquellas no escritas en el documento respectivo, pero que emanan del acuerdo de voluntades de las partes contratantes.*

‘Siguiendo este mismo orden de ideas, la uniforme y reiterada doctrina sustentada por la Dirección del Trabajo ha señalado que la formación del consentimiento o acuerdo de voluntades que perfecciona o modifica el contrato de trabajo, puede emanar tanto de una manifestación expresa de voluntad como de una tácita, salvo los casos en que la ley, por razones de seguridad jurídica, exija que opere la primera de las vías señaladas.

‘Ahora bien, la manifestación tácita a la que se ha hecho alusión está constituida por la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo, así como por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, circunstancias que permiten la existencia de cláusulas tácitas, las que se agregan a aquellas que en forma escrita configuran los contratos individuales de trabajo.’

Por su parte una de las cláusulas esenciales del contrato de trabajo es la señalada en el artículo 10 N°5 del mismo cuerpo legal el que dispone: *“El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: N° 5. Duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno;”*

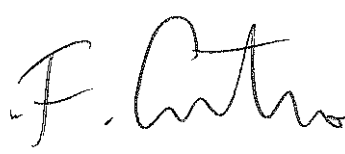
De acuerdo a las conclusiones de la fiscalización investigativa y el traslado evacuado por la empresa, respecto de los trabajadores que prestan servicios en fines de semana o festivo ha operado una modificación tácita de sus contratos de trabajo, en cuanto a la duración y distribución de la jornada ordinaria de trabajo.


Siendo obligación del empleador el regular la jornada, remuneraciones, descansos y demás estipulaciones del contrato conforme a esta variación, ajustándose a la normativa laboral vigente. No obstante, el carácter de voluntario con que el empleador reviste la ejecución de estas labores, en la práctica opera para estos trabajadores una modificación de su jornada, pues por aplicación del principio de la primacía de la realidad, los trabajadores prestan servicios bajo subordinación y dependencia del empleador en aquellos fines de semana y festivos. Sin embargo, al no encontrarse escriturado y reconocido como parte de la relación laboral, la empresa no sólo se encuentran al margen del marco legal, sino también traspasa los riesgos propios de la empresa, como es el proveer de oxigenoterapia de manera constante, a los trabajadores que deben realizar los turnos.


Consecuencia de lo anterior, la respuesta a sus consultas, quedan supeditadas a la modificación contractual que debe realizar el empleador para ajustarse a las nuevas condiciones laborales de cinco de sus trabajadores, donde debe incluirse el bono extraordinario en calidad de remuneración, lo que supone que forma parte de la base de cálculo para el cálculo de las remuneraciones durante el feriado. Su procedencia está determina, por cuanto se constató su pago en una cantidad variable los meses de junio, julio y agosto de 2017, por tanto, deberá implementar el registro control de asistencia de forma tal que le permita cumplir su obligación proteger la vida y la salud de los trabajadores que se encuentran bajo su subordinación y dependencia, entre otras especificaciones. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades fiscalizadoras que son de competencia de la Dirección del Trabajo, respecto de los incumplimientos a la normativa laboral.

Es cuanto puedo informar.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




JFCC/EBP/C&D
Distribución:
- Jurídico
- Partes
- Control