



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 8504 (1939) 2016**

Jurídico

0678

ORD.: _____

MAT.: Atiende presentación relativa a la forma de calcular la gratificación legal, no obstante existir una cláusula sobre la materia en instrumento colectivo vigente.

ANT.: 1) Instrucciones de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho de 12.12.2016.

2) Ordinario N° 1.562, de 06.12.2016 de la Inspectora Comunal del Trabajo Santiago Sur.

3) Ordinario N° 4.757, de 16.09.2016 de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

4) Presentación de 06.09.2016, del Sindicato de Trabajadores de Talleres Gráficos Smirnow S.A.

5) Ordinario N° 4.358, de 24.08.2016, de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

6) Presentación de 16.08.2016 de doña Valeska Basay Aravena, en representación de Talleres Gráficos Smirnow Limitada.

SANTIAGO,

08 FEB 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

**A : VALESKA BASAY ARAVENA
TALLERES GRÁFICOS SMIRNOW LIMITADA
MARÍA AUXILIADORA N° 778
SAN MIGUEL, SANTIAGO**

Mediante la presentación del antecedente 6), Talleres Gráficos Smirnow Limitada ha solicitado un pronunciamiento que determine la forma en que legalmente debe calcularse la gratificación, no obstante existir una cláusula en su instrumento colectivo vigente que regula esta materia.

Funda su presentación en que, en el año 2014, se suscribió con el Sindicato un contrato colectivo en el que se acordó pagar la gratificación por rangos de antigüedad de los trabajadores en la empresa, lo que, por demás, correspondía a la forma en que se había pagado dicha remuneración antes de la suscripción del instrumento colectivo vigente. No obstante lo anterior, la organización sindical indica que esa fórmula de pago es inferior a la gratificación legal y que la diferencia existente debe solucionarse de modo retroactivo. Agrega el empleador, que no en todos los tramos

existirían diferencias, razón por la que solicita se precise la forma de cálculo de la gratificación de manera de ajustarse a derecho, si así resulta necesario.

Por medio del Ordinario N° 4.358 de 24.08.2016, y con el fin de dar cumplimiento al principio de contradictoriedad, se confirió traslado a la organización sindical, quien señala lo siguiente:

Luego de transcribir la cláusula del contrato colectivo, indica que la gratificación sería garantizada, pues se convino un pago anual independiente de la existencia de utilidades líquidas en el ejercicio financiero; que se pactaron ciertos montos, según la antigüedad del trabajador; y que por expreso acuerdo de las partes, ésta cubre o sirve de abono a cualquier gratificación legal. Agrega el sitio web del Servicio, donde se clasifican las gratificaciones, y lo dispuesto en los artículos 46 y 50 del Código del Trabajo.

Concluyen que, de acuerdo a lo dispuesto en la última de las normas señaladas, la empresa debe pagar un mínimo del 25% de la remuneración y un máximo de 4,75 ingresos mínimos mensuales, para lo cual entrega dos ejemplos prácticos, según los cuales la gratificación pactada en el contrato colectivo sería inferior a la que se obtendría si los montos fueran calculados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 del Código del Trabajo. Reconocen la autonomía de la voluntad al momento de pactar la cláusula, pero que ella se restringe por la irrenunciabilidad de los derechos laborales, entre los que se encuentra la gratificación.

En forma previa al análisis del caso particular, es necesario precisar lo siguiente:

Que según lo dispuesto en el artículo 42 del Código del Trabajo constituyen remuneración, entre otras, la gratificación, que *"corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador"*.

El artículo 46 del mismo cuerpo legal establece *"Si las partes convinieren un sistema de gratificaciones, éstas no podrán ser inferiores a las que resulten de la aplicación de las normas siguientes"*.

Por su parte el artículo 47 del aludido código dispone que *"Los establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas y cualesquiera otros que persigan fines de lucro, y las cooperativas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros, tendrán la obligación de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción no inferior al treinta por ciento de dichas utilidades o excedentes. La gratificación de cada trabajador con derecho a ella será determinada en forma proporcional a lo devengado por cada trabajador en el respectivo período anual, incluidos los que no tengan derecho"*.

Finalmente, según el artículo 50 del Código del Trabajo *"El empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo 47, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales. Para determinar el veinticinco por ciento anterior, se ajustarán las remuneraciones mensuales percibidas durante el ejercicio comercial conforme a los porcentajes de variación que hayan experimentado tales remuneraciones dentro del mismo"*.

De las normas transcritas, es posible indicar que el legislador permite a las partes pactar una gratificación convencional, siempre que ella no resulte inferior a la gratificación que, de acuerdo con las disposiciones legales, está obligado a pagar el empleador.

En relación a la obligación legal del empleador de gratificar anualmente a sus dependientes, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida, entre otros, en el Ordinario N° 3.037, de 17.06.2015, señala que ella existe, cualquiera sea el sistema de pago de la gratificación que utilice el empleador, cuando se reúnan copulativamente las siguientes condiciones:

1) Que se trate de establecimientos, ya sea mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas o cualquier otro, o de cooperativas;

- 2) Que estos establecimientos o empresas, con excepción de las cooperativas persigan fines de lucro;
- 3) Que estén obligados a llevar libros de contabilidad; y
- 4) Que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros.

Esta doctrina agrega que, de los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo, es posible colegir que, *"la ley ha facultado al empleador para eximirse de la obligación de gratificar en base al sistema contemplado en el artículo 47 del Código del Trabajo, esto es, repartir el 30% de sus utilidades líquidas, abonando o pagando al trabajador una suma equivalente al 25% de lo devengado por éste en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, caso en el cual el tope máximo de dicho beneficio no podrá exceder de 4,75 ingresos mínimos mensuales"*.

Por su parte, el Ordinario N° 4.482, de 12.11.2014, de esta Dirección sostiene que, aunque el artículo 50 del Código del Trabajo establece que el pago de la gratificación realizada de acuerdo con dicha norma procederá sea cual fuere la utilidad líquida obtenida, ello no significa que ese beneficio tenga el carácter de "garantizado", es decir, que su procedencia no esté condicionada a la existencia de tales utilidades.

Agrega el pronunciamiento que, en razón de lo anterior, *"la única circunstancia en virtud de la cual, el empleador se encontraría obligado al pago de la gratificación legal, con prescindencia de considerar el resultado referente a las utilidades líquidas, devengadas en ejercicios financieros anteriores o futuros, corresponde a aquella en que las partes, dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad, han acordado un sistema de gratificación legal garantizado, manifestado así en los respectivos contratos individuales de trabajo o instrumentos colectivos"*.

Por último, cumple señalar que en cuanto a la época en que surge la obligación del empleador de gratificar, y su derecho de optar entre uno u otro mecanismo establecido en la ley, la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en el Dictamen N° 1.079/60, de 12.03.2004, señala que ésta *"nace en el momento en que se presenta al Servicio de Impuestos Internos el balance o liquidación correspondiente y, consecuentemente, a partir de ese momento el empleador se encuentra en condiciones de determinar qué sistema de pago elegirá de conformidad a la opción que le confiere la ley, toda vez que sólo entonces conocerá el resultado del ejercicio financiero y el monto de las utilidades, en su caso, salvo que convencionalmente se hubiere obligado a hacerlo con arreglo a uno de los dos sistemas que se consignan en los artículos 47 y 50 del Código del Trabajo"*.

Precisado lo anterior, y en cuanto al caso específico que se analiza, cabe señalar que la cláusula décima del contrato colectivo dispone: *"La empresa pagará anualmente a los trabajadores que forman parte de este Contrato Colectivo, una gratificación garantizada de acuerdo con la siguiente escala:*

Antigüedad menos de un año: 17 días de sueldo base, equivalente a 136 horas.

Antigüedad de uno a dos años: 27 días de sueldo base, equivalente a 216 horas.

Antigüedad de más de dos años: 44 días de sueldo base, equivalente a 352 horas.

Esta gratificación cubre o sirve de abono a cualquier gratificación legal, en la eventualidad que hubiere que pagarla o que dicha gratificación fuere superior a la pactada.

La gratificación para los Trabajadores a Trato se calculará sobre la base del promedio del trato más semana corrida percibida los últimos seis meses anteriores al pago de esta gratificación, con tope máximo de siete Ingresos Mínimos Mensuales. Para el cálculo de la gratificación, las horas trabajadas en los últimos seis meses considera horas pagadas por semana corrida en dichos meses.

Las gratificaciones pactadas en los incisos precedentes serán pagadas al momento que el trabajador haga uso de su feriado legal o en su defecto en los meses de enero, febrero o marzo.

Las partes dejan expresamente establecido que aquellos trabajadores que en sus contratos individuales tengan acordado con la empresa

el pago de una gratificación garantizada, mantienen dicho beneficio consignado en su contrato individual en lugar del establecido en este artículo. También en este caso, la gratificación garantizada cubre o sirve de abono a cualquier gratificación legal, en la eventualidad que hubiera que pagarla o que dicha gratificación fuere superior a la pactada en el contrato individual. La mencionada gratificación garantizada, en el caso de ser base anual, se pagará al hacer uso el trabajador de su feriado legal, considerándose como un abono lo ya pagado por el año 2014.

De la sola lectura de la cláusula descrita se puede deducir lo siguiente:

- a.- Que es una gratificación convenida y garantizada.
- b.- Que el monto a pagar está determinado por la antigüedad del trabajador en la empresa.
- c.- Que sirve de abono a cualquier gratificación legal.
- d.- Establece la forma de cálculo de la gratificación para trabajadores a trato, en la que se incluye la semana corrida
- e.- Establece el momento del pago de la gratificación.
- f.- Mantiene el beneficio de la gratificación, pactado en contratos individuales, la cual también sirve de abono a cualquier gratificación legal. Considera como abono lo pagado por el año 2014.

Ahora bien, de los antecedentes reunidos en este caso, especialmente del Informe de Fiscalización N° 1302/2016/1754 consta que, en la muestra que fue revisada, los montos pagados por el empleador -y consignados en las liquidaciones de sueldo como "Gratificación Conv. Colectivo" en enero o febrero de cada año- se encuentran correctamente solucionados con apego al contrato colectivo vigente, pero que dicha forma de pago se encuentra fuera de la norma legal.

Agrega que en los contratos individuales de los trabajadores no ha sido escriturada la forma de pago de la gratificación legal y que la única escrituración existente es la consignada en el instrumento colectivo. En cuanto a los trabajadores no sindicalizados fue constatado que sus contratos establecen el pago de gratificación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 del Código del Trabajo.

Concluye el informe que *"Derivado de esta investigación se constata que la empresa no cancela gratificación de acuerdo a las utilidades líquidas y el ejercicio comercial de la empresa -artículo n° 47 del Código del Trabajo-*

"Tampoco cancela el 25% de la remuneración mensual con tope de 4,75 IMM. La empresa cancela gratificación de acuerdo al contrato colectivo vigente.

Cancela los meses de enero/febrero 2015 y 2016 un monto inferior al legalmente estipulado en el artículo n° 50 del Código del Trabajo".

Del informe de fiscalización fluye claramente que la forma de cálculo y pago de la gratificación que realiza anualmente la empresa requirente no se ajusta a ninguna de las disposiciones legales sobre la materia, sino que estas son determinadas exclusivamente en base a la norma contractual.

En este sentido cumple recordar que si bien el legislador autoriza a las partes a regular el pago de la gratificación mediante la autonomía de la voluntad, es la misma ley la que limita esta prerrogativa al impedir que la gratificación pactada sea inferior a la que se obtendría al aplicar las disposiciones pertinentes.

Por consiguiente resulta necesario anotar que, si el empleador está obligado a gratificar a sus trabajadores, por concurrir a su respecto las circunstancias descritas en el cuerpo del presente documento, entre otras, haber obtenido utilidades líquidas en su giro, dicha obligación no puede satisfacerse con un monto inferior al que resulte de aplicar las normas generales contenidas en el Código del Trabajo para estos efectos, y deberá completar la diferencia.

Así lo ha señalado la jurisprudencia administrativa de este Servicio en el Ordinario N° 1679, de 26.03.1985, que indica que *"en el caso de que se*

convenga una gratificación convencional garantizada y, en el evento de que esta fuera inferior a la legal, el empleador deberá pagar la diferencia que resultare”.

A su vez, si el empleador no estuviera legalmente obligado a gratificar a sus trabajadores, entre otros motivos, por no obtener excedentes líquidos en su giro, deberá igualmente pagar gratificación si se hubiere obligado a ello -en un instrumento individual o colectivo- en razón de una gratificación convencional garantizada, como ocurre en este caso.

En razón de los antecedentes, las disposiciones legales vigentes y la jurisprudencia citada es posible concluir, que concurriendo las circunstancias que obligan al empleador a gratificar a sus trabajadores, deberá determinar el monto de dicho estipendio de acuerdo con alguno de los dos sistemas establecidos en la ley -artículo 47 o 50 del Código del Trabajo-, respetando, en su caso, la modalidad de pago a la que se haya obligado contractualmente, y compararla con los montos efectivamente reflejados en las liquidaciones de remuneración de sus dependientes y que corresponden al cálculo realizado de acuerdo con el contrato colectivo vigente, pagando la diferencia si la hubiere.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




BP/KRF/CGD

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Inspección Comunal del Trabajo Santiago Sur
- Sindicato de Trabajadores de Talleres Gráficos Smirnow (María Auxiliadora Nº 778, San Miguel)
- Control