



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTAMENES E
INFORMES EN DERECHO
K882 (216) 2016

2551

ORD.:

MAT.:

ANT.:

Atiende consultas sobre base de cálculo para remuneración de feriado legal e indemnizaciones por término de contrato.

5) Instrucciones de fecha 31.05.2017, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

4) Presentación de fecha 13.04.2017, de Marisa Kausel Contador, Gerente General de Empresa de Ferrocarriles del Estado.

3) Ord. N° 1311 de 22.03.2017, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

2) Instrucciones de fecha 16.02.2017, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

1) Presentación de 27.01.2017, de don Eduardo Sanchez Zamorano, Presidente Sindicato N° 8 - EFE

08 JUN 2017

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : SR. EDUARDO SÁNCHEZ ZAMORANO
eduardo.sanchez@efe.cl

Por medio de la presentación del antecedente 1), Ud. ha solicitado un pronunciamiento de este Servicio, respecto de la forma de determinar la base de cálculo del pago de remuneración por concepto de feriado legal y respecto de las indemnizaciones por término de contrato.

Señala en su presentación que la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) nunca ha realizado un promedio de los haberes variables al momento de pagar la remuneración de los trabajadores que hacen uso de su feriado legal. Agrega que esta situación produjo una acumulación de periodos de feriado por una gran cantidad de trabajadores, pues se encontraban reticentes a hacer uso de su derecho, ya que en el cálculo para el pago de la remuneración post feriado no se consideraban viáticos y horas extraordinarias, recibiendo por consiguiente una remuneración menor a la habitual. Con todo, el solicitante señala que esta situación ha cambiado actualmente por la ocurrencia de despidos de personal, creación de filiales, pago de feriado acumulado o simplemente su otorgamiento para que los trabajadores no lo perdiesen.

Sobre el particular, señala que existen trabajadores que de manera permanente generan el pago de viáticos y horas extraordinarias por motivo del trabajo que realizan, sin embargo, EFE no considera dichos ítems en el promedio para el pago de la remuneración durante el feriado legal.

En este mismo sentido, expresa que EFE nunca ha considerado el pago de tiempo extraordinario y viáticos para el cálculo de las indemnizaciones por término de contrato y del pago del feriado adeudado, en los finiquitos de los trabajadores cuyos contratos han terminado, incluso, imponiendo que en los contratos colectivos quede estipulado que dichos conceptos no sean considerados.

Fundamenta su presentación citando jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, sin especificar el rol de causa, y doctrina administrativa de este Servicio, entre los cuales se encuentran los Dictámenes N°s 5424/250 de 25.08.1995, 2745/042 de 09.07.2009, 2921/055 de 21.07.2011 y 3343/049 de 01.09.2014, como los Ordinarios N°s 3256 de 01.07.2015 y 4835 de 21.09.2015.

De esta manera, formula a este Servicio las siguientes interrogantes:

1. ¿Corresponde pagar al trabajador que hace uso de su feriado legal, un promedio de los tres meses anteriores, en lo que respecta a viático y remuneración por horas extraordinarias, en la medida que sea un haber permanente en el sueldo mensual del trabajador?

2. ¿Cuál sería el caso de trabajadores que perciben un bono que no es permanente, pero si lo han recibido en un periodo inmediatamente anterior al feriado legal, ya sea por única vez o por un periodo de más de tres meses?

3. ¿Deben ser incluidos los haberes señalados en el finiquito del trabajador, si se comprueba el carácter permanente en su remuneración?

4. ¿Es contrario a la ley, el hecho que EFE imponga en los Contratos Colectivos frases como:

“El personal sujeto al presente contrato manifiesta expresamente conocer, entender y consentir que el artículo 41 del Código del Trabajo expresamente define lo que se entiende por remuneración, no considerando como tal los viáticos. En consecuencia las partes contratantes declaran conocer que los eventuales montos percibidos como viáticos jamás podrán ser considerados como remuneración para ningún efecto legal, incluido lo señalado en el artículo 172 del Código del Trabajo”

Y en lo que respecta al cálculo de indemnización imponga la frase *“Para el cálculo de esta indemnización quedarán excluidas las horas extraordinarias.”*?

5. ¿En el caso que los haberes señalados si deban promediarse, se puede considerar como deuda remuneracional el que no hayan sido promediados para el feriado legal del trabajador? ¿Cuánto tiempo hacia atrás, si se sigue perteneciendo a la empresa?

6. ¿Para los trabajadores desvinculados, solo rige el plazo de prescripción que señala el Código del Trabajo para el reclamo de montos no incluidos en el promedio de los feriados y sus finiquitos?

7. ¿Existen sanciones pecuniarias para la Empresa, si se está incumpliendo la correcta forma de realizar los cálculos en ambas materias?

Al respecto, cúmpleme informar a Ud. lo siguiente:

Según consta en antecedente 3), en cumplimiento del principio de igualdad y contradicción de los interesados, se confirió traslado a la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE), lo cual se produjo a través de presentación de antecedente 4), con fecha 13.04.2017.

1. En respuesta a la primera consulta, es necesario recordar lo prescrito por el artículo 67 inciso 1° del Código del Trabajo:

“Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento.”

De esta manera, con relación al pago de la remuneración íntegra durante el feriado legal de un trabajador, el Código del Trabajo, en su artículo 71 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.

Asimismo, la remuneración íntegra durante el feriado deberá incluir la remuneración establecida en el inciso primero del artículo 45, según corresponda.

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."

De esta manera, respecto de la precitada norma, esta Dirección, a través de Dictamen N° 1556/021 de 07.04.2011, ha indicado que:

"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 que actualmente se encuentran en esta situación sólo los trabajadores excluidos de la limitación de jornada y

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 de diciembre de 2003.

Igualmente, la citada jurisprudencia ha precisado, que la contraprestación en estudio necesariamente conlleva la remuneración de los 15 días hábiles de feriado a que tiene derecho el dependiente, así como la de los días inhábiles que comprende dicho período."

A mayor abundamiento, para estos efectos, resulta pertinente recordar lo dispuesto por el artículo 41 del Código del Ramo, el cual dispone:

"Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie evaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.

No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo."

En este sentido, el Dictamen N° 3034/230 de 09.07.1998 ha señalado, respecto de aquellos beneficios que buscan resarcir un gasto en que incurre el trabajador, que:

"De la disposición legal transcrita se deduce que el concepto de remuneración involucra todas aquellas contraprestaciones en dinero o en especie apreciables en dinero y que tienen por causa el contrato de trabajo.

Conforme a lo anterior, es dable afirmar que la ley exige la concurrencia de dos requisitos copulativos para calificar un determinado estipendio como remuneración, a saber: a) que se trate de una contraprestación en dinero o en especie avaluable en dinero, y b) que el derecho del trabajador para percibir esta contraprestación tenga como causa el contrato de trabajo.

De la misma norma se infiere, además, que la ley expresamente ha señalado que no constituyen remuneración determinados beneficios, tales como la asignación de colación, movilización, y en general, los que tengan por objeto reembolsar gastos en que deba incurrir el trabajador con ocasión de su concurrencia a las labores.

Al tenor de lo expresado, es posible sostener que la asignación de colación y de movilización no deben ser consideradas remuneración para ningún efecto, toda vez que por expreso mandato del legislador, carecen de tal carácter, conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, antes transcrito, máxime si se considera que ambas están destinadas a resarcir al trabajador los gastos de movilización en que deba incurrir para ir a su trabajo y el valor de los alimentos que deba consumir durante su jornada.

De esta forma, para que los citados beneficios pactados entre empleador y trabajador, sean pagados durante el feriado legal del dependiente, se requiere que las partes haciendo uso del principio de autonomía de voluntad, convengan expresamente su pago a todo evento, mediante estipulación precisa al respecto.

Por el contrario, no acordándose entre las partes, que igualmente se pagarán durante el feriado legal, procede suspender su pago durante el lapso que duren las vacaciones, por cuanto en éste, el trabajador se encuentra liberado de su obligación de prestar servicios, no incurriendo en gastos de alimentación y movilización, los que constituyen la causa que genera estos beneficios y el empleador, por ende, deja de estar obligado a pagarlos."

Ahora bien, mediante dictamen N° 7271/244, de 06.11.91, esta Dirección fijó el sentido y alcance del concepto viático contenido en la disposición en comento, resolviendo que debe entenderse el vocablo viático *"como la prevención en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento del que hace un viaje"*. Agrega el citado Dictamen que: *"A la luz de esta definición y teniendo presente el carácter compensatorio del viático, el referido dictamen sostiene que, "en el ámbito del sector privado, revisten tal calidad las sumas de dinero que los empleadores pagan a los trabajadores a fin de que éstos solventen los gastos de alimentación, alojamiento o traslado en que incurran con motivo del desempeño de sus labores, siempre que para dicho efecto deban ausentarse del lugar de su residencia habitual"*

Por consiguiente, respecto de incluir los montos pagados, por concepto de viáticos dentro de la base cálculo de la remuneración íntegra del feriado, es dable concluir que estos no deben ser considerados, para los efectos del artículo 71 del

Código del Trabajo, por carecer de la naturaleza jurídica de remuneración y constituir un estipendio que tiene por objeto resarcir gastos en que deba incurrir el trabajador y que, por ende, no tienen como causa la prestación de los servicios.

Por su parte, respecto a la inclusión del monto por pago de horas extraordinarias en la base de cálculo de la remuneración íntegra del feriado, el Dictamen N° 3553/273 de 03.08.1998 indicó que:

“Por último, en la presentación del antecedente se solicita precisar si debe considerarse dentro de la base de cálculo del feriado proporcional, los montos pagados por concepto de gratificación y horas extraordinarias...”

En cuanto a la procedencia de incluir en la base de cálculo para determinar el monto correspondiente a feriado proporcional, las horas extraordinarias, cabe señalar que este Servicio, reiteradamente ha sostenido, a través de dictámenes N° 4.440 de 7.09.83 y 1914, de 22.04.93, entre otros, que, tanto en el caso de trabajadores sujetos a remuneración fija, cuanto respecto de aquellos afectos a un sistema de remuneración variable o mixto, el sobresueldo contemplado en el artículo 42 letra b) del Código del Trabajo, ha sido establecido expresamente por el legislador como una remuneración de naturaleza jurídica distinta al sueldo y por ende, no puede ser considerado para el cálculo del feriado legal o proporcional, en su caso.”

Por tanto, con el fin de responder a su primera consulta, no corresponde incluir en la base de cálculo de la remuneración del feriado legal, los montos correspondientes a viáticos y horas extraordinarias pagados durante los tres meses anteriores en que se ejerce el derecho a feriado por el trabajador, por no constituir remuneración para estos efectos.

Cabe agregar que, las conclusiones indicadas en párrafos precedentes resultan aplicables también respecto de la compensación del feriado y de la indemnización por concepto de feriado proporcional de los trabajadores (artículo 73 del Código del Trabajo), sea que se encuentren afectos a un sistema remuneracional fijo, variable o mixto, razón por la cual, cabe concluir que, los beneficios en comento tampoco deben considerarse para determinar aquellas.

Con todo, en virtud de la cita expresa en vuestra solicitud, del Ordinario N° 3256 de 01.07.2015, cabe hacer presente que dicho pronunciamiento concluye que, el estipendio cuyo análisis se solicitó debe ser considerado en la base de cálculo del feriado anual, mas no por constituir pago de sobresueldo, sino que por constituir sueldo, lo cual se expresa de la siguiente manera:

“Aplicando todo lo expuesto al caso en consulta, preciso es convenir que el monto pagado a los aludidos trabajadores bajo la denominación de "horas extras" no responde jurídicamente a sobresueldo en los términos previstos por la normativa antes transcrita y comentada. Cabe señalar que, en opinión de este Servicio, el emolumento que bajo dicho título se paga al personal de que se trata, podría ser considerado como sueldo, toda vez que de los antecedentes antes citados aparece que el mismo reúne los requisitos que tanto la jurisprudencia administrativa como judicial han estimado como esenciales para que un emolumento pueda ser calificado como tal, esto, es, que se trate de un estipendio fijo, en dinero, pactado por períodos iguales determinados en el contrato y que responde a la prestación de servicios.”

2. Previamente, con el fin de otorgar respuesta a la segunda consulta, es menester recordar que, según señala expresamente el artículo 71 del Código del Trabajo, la base de cálculo de la remuneración del feriado varía según el sistema de remuneración del trabajador, sea esta fija, variable o mixta.

De esta manera, el precitado Dictamen N° 1556/021 de 07.04.2011 diferencia entre:

“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 que actualmente se encuentran en esta situación sólo los trabajadores excluidos de la limitación de jornada y

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.*"

Por consiguiente, para poder otorgar respuesta a la consulta planteada, es necesario establecer si el sistema remuneracional del trabajador es fijo, variable o mixto, con el fin de determinar qué tipos de remuneraciones y qué lapso de tiempo deben considerarse para establecer la base de cálculo de la remuneración del feriado legal.

A su vez, del mismo modo, será necesario determinar si la naturaleza jurídica del bono de que se trate, tiene naturaleza jurídica de sueldo o de remuneración variable, para los términos del artículo 71 del Código del Trabajo.

En este sentido, cabe recordar que el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, define sueldo, y que el Dictamen N° 3662/053 de 17.08.2010, ha fijado el sentido y alcance de dicha norma, en los siguientes términos:

"Del tenor literal de la disposición en análisis fluye que un determinado estipendio constituirá sueldo o sueldo base en tanto cumpla copulativamente con las siguientes condiciones:

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

Tal como se señalara en el dictamen 3152/063 precitado, toda aquella remuneración que reúna las condiciones indicadas podrá ser calificado como sueldo o sueldo base, aun cuando las partes le hayan dado una denominación diversa, circunstancia que, a su vez, permite sostener que todas ellas pueden ser consideradas para enterar el valor del nuevo sueldo base, vale decir, el equivalente a un ingreso mínimo mensual.

Agrega el precitado dictamen, refiriéndose a las condiciones de las letras a) y d) que:

"De lo anteriormente expuesto fluye entonces que el carácter fijo del sueldo deriva de la circunstancia de que su percepción está subordinada únicamente a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo, con prescindencia de otros componentes relacionados con la productividad del trabajador.

Refiriéndose al requisito en análisis, los autores William Thayer y Patricio Novoa en su obra Manual del Derecho del Trabajo, Tomo III, Quinta Edición, sostienen que lo que caracteriza al elemento fijeza, inherente al concepto de sueldo, es el que su determinación, monto, forma y período de pago se encuentran preestablecidos y no dependen de un acaecimiento aleatorio que pueda verificarse o no.

... Por su parte, la reiterada jurisprudencia de este Servicio, ha considerado que reviste el carácter de remuneración fija, tanto aquella cuyo monto se

encuentra preestablecido en el contrato de trabajo, como aquella en que éste puede ser determinado de acuerdo a las bases numéricas consignadas en dicho instrumento.

...Íntimamente ligada con la condición de fijeza analizada anteriormente, está aquella a que se refiere la letra d) indicada en párrafos anteriores, vale decir, la que exige que el sueldo responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.

En relación a este último requisito, la doctrina reiterada y uniforme de esta Dirección ha sostenido que el que una remuneración sea recibida por la prestación de los servicios, significa que reconozca como causa inmediata de su pago la ejecución del trabajo convenido, agregando que es posible estimar que cumplen esta condición todos aquellos beneficios que digan relación con las particularidades de la respectiva prestación, pudiendo citarse, a vía de ejemplo, los que son establecidos en relación a la preparación técnica que exige el desempeño del cargo, el lugar en que se encuentra ubicada la faena, las condiciones físicas, climáticas o ambientales en que deba realizarse la labor, etc.

...Finalmente y en relación con el requisito en análisis, es preciso aclarar que la exigencia que el mismo establece en orden a que el sueldo debe responder a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo, se encuentra referida exclusivamente a que el trabajador esté afecto o sujeto a una jornada de tal carácter, sea ésta de carácter total o parcial y no al cumplimiento efectivo del total o parte de la misma."

Por su parte, respecto del concepto de "remuneraciones variables" utilizado por el artículo 71 el Código del Trabajo, el Dictamen N° 6203/273 de 05.10.1995 indicó:

"Por su parte, y en lo que respecta al concepto de remuneración variable, cabe hacer presente que en conformidad con lo prevenido en el inciso 3° del artículo 71 del Código del Trabajo, precedentemente transcrito, constituye remuneración variable todo estipendio que, de acuerdo al contrato de trabajo y respondiendo al concepto de remuneración, implique la posibilidad de que el resultado mensual total sea desigual de un mes a otro.

De ello se sigue que una remuneración variable revestirá el carácter de tal y será considerada para el cálculo del feriado, cuando reúna las siguientes condiciones copulativas:

1) Que tenga el carácter de remuneración; 2) Que esté establecida en el contrato individual o colectivo de trabajo, y 3) Que, con arreglo a lo pactado, implique la posibilidad de que la remuneración total varíe de un mes a otro."

Asimismo, el Dictamen N° 2212/151 de 18.05.1998, señaló al respecto: "La característica mencionada permite sostener, además, que tal beneficio puede ser calificado de remuneración variable para los efectos de considerarlo en el cálculo del feriado de los trabajadores de que se trata, puesto que se cumple en tal caso el requisito de variabilidad precedentemente mencionado al tratarse de un pago que permite establecer fluctuaciones de dicha remuneración entre un mes y otro."

Es decir que, para poder determinar si un bono o beneficio corresponde a remuneración variable, en los términos del citado artículo, deberá estarse a si aquel permite establecer fluctuaciones de dicha remuneración entre un mes y otro.

De esta forma, con el fin de otorgar respuesta a la consulta formulada, corresponde señalar que, de manera previa, deberá determinarse la naturaleza jurídica del bono, con el fin de determinar si corresponde a sueldo o remuneración variable, en los términos ya expresados.

Si en virtud de dicha calificación, el referido bono constituye sueldo, significa que éste cumple con el requisito de periodicidad exigido por el legislador – el cual no podrá exceder de un mes, en virtud del artículo 44 inciso 2° -, por lo cual deberá

ser considerado dentro de la base de cálculo. Por su parte, si se concluye que el bono constituye remuneración variable, significa que aquel permite fluctuaciones de la remuneración total entre un mes y otro.

De esta manera, en el caso de tratarse de un bono único, no podrá ser considerado como sueldo, ni como remuneración variable, por ser pagadero sólo un mes y no todos los meses del año. A igual conclusión es posible arribar, en el caso de tratarse de un bono que se paga con una periodicidad que excede los tres meses, pues excede la periodicidad permitida al sueldo y no permite establecer fluctuaciones de dicha remuneración entre un mes y otro. Por consiguiente, el referido bono no deberá ser considerado dentro de la base de cálculo de la remuneración del feriado legal.

Lo anterior, en concordancia con la doctrina de este Servicio, contenida en los Dictámenes N° 6203/273 de 05.10.1995, N° 8180/334 de 18.12.1995 y 2212/151 de 18.05.1998.

3. En concordancia con vuestra solicitud de antecedente 1), es dable concluir que el análisis correspondiente a su consulta 3, consiste en determinar si debe considerarse dentro de la bases de cálculo de la indemnización por años de servicio y de la indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, los conceptos de viáticos y horas extraordinarias.

Previamente, cabe mencionar, que EFE, en su presentación de antecedente 4), expresó que: *"En EFE, los viáticos se pagan persiguiendo el mismo fin para el cual el legislador los instituyó, esto es, para solventar los gastos en que incurra un trabajador, en el ejercicio de sus funciones, se ve obligado a sufragar, cuando debe ausentarse del lugar habitual de desempeño, circunstancia que se presenta en esta empresa por razones obvias, pues se trata de una empresa de transportes. De este modo, diversos trabajadores deben desplazarse por todas las localidades y zonas geográficas donde se prestan servicios de transporte y por razones de mantención de la infraestructura ferroviaria que se extiende entre Alameda y Puerto Montt, más numerosos ramales.*

En consecuencia, no siendo los viáticos remuneración, por razones obvias, no ingresan a la base de cálculo..."

Al respecto, cabe precisar, que la base de cálculo para estas indemnizaciones se encuentra especialmente regulada por el legislador, en el artículo 172 del Código del Trabajo, bajo el concepto de "última remuneración", a diferencia de la base de cálculo del feriado legal, el cual, como ya se indicó precedentemente, se encuentra prescrito en el artículo 71 del mismo texto legal.

De esta forma, el precitado artículo dispone:

"Artículo 172. Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 163 bis, 168, 169, 170, 171, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regaldas o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad.

Si se tratare de remuneraciones variables, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario.

Con todo, para los efectos de las indemnizaciones establecidas en este título, no se considerará una remuneración mensual superior a 90 unidades de fomento del último día del mes anterior al pago, limitándose a dicho monto la base de cálculo."

En atención a la consulta, cabe considerar que este Servicio, mediante Dictamen N° 2461/040 de 17.06.2011, ha manifestado su doctrina

relativa a esta materia, como consta en los dictámenes N° 4466/308 de 21.09.1998, 3011/055 de 17.07.2008 y 2745/042 de 09.07.2009 y en los ordinarios N° 494 de 30.01.2015 y 2387 de 12.05.2015, entre otros.

Conforme a la interpretación contenida en los precitados pronunciamientos, para los efectos de determinar la base de cálculo de las indemnizaciones en comento, debe considerarse toda cantidad mensual que estuviere percibiendo el trabajador al momento del término de la respectiva relación laboral, como igualmente, las regalías o especies valuadas en dinero percibidos con igual periodicidad, con la sola exclusión de los beneficios o asignaciones que expresamente señala, vale decir, la asignación familiar legal, el sobretiempo, y aquellos que se perciban en forma esporádica o por una sola vez al año.

De esta forma, es dable concluir que la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, deberá comprender toda cantidad cuya periodicidad de pago sea mensual y que no se encuentre expresamente excluida por el legislador.

Luego, en lo que concierne derechamente a la consulta planteada, cabe señalar que de acuerdo a la doctrina vigente del Servicio sobre la materia, no resulta procedente considerar el pago de las horas extraordinarias en la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio. Esta conclusión encuentra su fundamento en el tenor literal del inciso 1° del artículo 172 del Código del Trabajo, el cual establece expresamente que, para los efectos de la referida indemnización, del concepto de "la última remuneración mensual" que esté percibiendo el trabajador al término de su contrato, deben excluirse los pagos por sobretiempo.

Finalmente, respecto a la inclusión del viático, el Ordinario N°4563 de 06.09.2016 señaló:

"Precisado lo anterior, y en mérito a lo expuesto en los párrafos anteriores, se debe concluir que la exclusión del concepto "viático" de la definición de remuneración, al tenor del inciso 2° del artículo 41 del Código del Trabajo, por tratarse como se ha indicado, de un beneficio de carácter compensatorio o por corresponder a devolución de gastos en que incurra el trabajador por causa del trabajo; no implica dejar de considerarlo en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, de conformidad al artículo 172 del Código del Ramo, en cuyo contenido solo se excluyen la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad.

Así, y de conformidad al dictamen N° 4344/167, de 20.10.2003, "el concepto de última remuneración empleado por el legislador en el artículo 172 del Código del Trabajo no se limita al considerado por el artículo 41 del mismo cuerpo legal; por el contrario, resulta más amplio y se encuentra referido a toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato de trabajo y que no se encuentre comprendida entre las exclusiones señaladas en el mismo precepto".

De esta manera, del simple tenor literal del artículo 172 referido, se puede inferir que para establecer la base de cálculo de las indemnizaciones indicadas, debe considerarse toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, sin que el concepto viático se encuentre expresamente excluido en la norma indicada, y sin que corresponda a este intérprete, a priori, hacer extensiva dicha limitación a otras hipótesis no consideradas en la norma."

Por consiguiente, en caso que el viático cumpla con "tener cierto grado de permanencia y fijeza" (Ord. 2387 de 1.05.2015), en los términos exigidos por el artículo 172 del Código del Trabajo, en virtud del precedente análisis, podrá ser incluido en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio como en la

correspondiente a la indemnización sustitutiva por falta de aviso previo, situación que deberá ser analizada caso a caso.

4. Respecto a su cuarta consulta, cabe precisar que en la solicitud de antecedente 1) no se singulariza contrato colectivo alguno y sólo se efectúa una imputación respecto de la empresa empleadora por parte del solicitante.

Con todo, El Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, en su artículo 5º letra b), prescribe:

“Al Director le corresponderá especialmente:”

b) Fijar la interpretación de la legislación y reglamentación social, sin perjuicio de la competencia que sobre determinadas materias tengan otros Servicios u Organismos Fiscales, salvo que el caso esté sometido al pronunciamiento de los Tribunales y esta circunstancia esté en su conocimiento;”

De esta manera, en virtud de lo precedentemente expuesto, este Servicio ha sostenido, en virtud de su facultad interpretativa que, el concepto de “última remuneración”, utilizada por el legislador en el artículo 172 del Código del Trabajo, supone que, para establecer la base de cálculo de las indemnizaciones indicadas, debe considerarse toda cantidad que estuviese percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, no limitándose su aplicación al concepto de remuneración del artículo 41 del mismo cuerpo legal; por el contrario, resulta más amplio y se encuentra referido a toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato de trabajo y que no se encuentre comprendida entre las exclusiones señaladas en el mismo precepto.

La precitada conclusión se ampara en el criterio de interpretación de la especialidad, en virtud del cual se indica que, el artículo 172 del Código Laboral es una norma de carácter especial, pues establece precisamente la base de cálculo de las indemnizaciones legales, mas no atiende necesariamente al concepto general de remuneración contenido en el artículo 41, de manera que aun cuando las asignaciones analizadas no correspondan al concepto general, por aplicación del principio de especialidad, deben ser consideradas para el cálculo, al no haber sido excluidas por la norma específica en la materia.

Por tanto, en virtud de lo anterior, es contrario a la interpretación de este Servicio, la cláusula de exclusión de los viáticos referida en su presentación.

Sin embargo, respecto de la cláusula de exclusión referida a las horas extraordinarias, basta decir que, el mismo artículo 172 del Código del Trabajo excluye el pago por sobretiempo de la base de cálculo de las indemnizaciones referidas. Lo anterior, no obsta a que las partes, en virtud de la autonomía de su voluntad, puedan acordar su inclusión dentro de la base de cálculo referida.

5. y 6. En respuesta a la quinta y sexta consulta por Ud. formulada, respecto de si los haberes en comento son exigibles y deben ser considerados en las bases de cálculo de feriado legal como de indemnización por años de servicios, debe estarse a lo anteriormente dicho en el cuerpo del presente pronunciamiento.

Ahora bien, respecto a los plazos para exigir el cumplimiento de obligaciones laborales, el artículo 510 del Código del Trabajo dispone que los derechos laborales prescriben en el plazo de dos años contados desde que se hicieron exigibles. En el evento de que el contrato haya terminado, la acción del trabajador debe ejercerla dentro del plazo de seis meses contados desde la terminación de los servicios.

De esta manera, hay que distinguir entre las prescripciones de los derechos y acciones mientras está subsistente la relación laboral y la prescripción de los mismos cuando dicha relación termina.

En el primer caso, es decir, cuando está vigente el contrato, en lo que dice relación con la prescripción de los derechos, se aplica la regla general, esto es, prescriben en el plazo de dos años contados desde la fecha que se hicieron exigibles, no existiendo plazo para ejercer la acción, de forma que ésta subsiste mientras se mantiene vigente la relación laboral.

En el segundo caso, extinguida la relación laboral, los derechos prescriben igualmente en el plazo de dos años contados desde que se hicieron exigibles, por aplicación de la regla general, en tanto que la acción para exigir el cumplimiento de los mismos prescribe en el plazo de seis meses, contados desde la terminación de los servicios.

7. Finalmente, ante vuestra consulta sobre si *¿Existen sanciones pecuniarias para la Empresa, si se está incumpliendo la correcta forma de realizar los cálculos en ambas materias?*, el artículo 506 del Código del Trabajo dispone:

“Las infracciones a este Código y sus leyes complementarias, que no tengan señalada una sanción especial, serán sancionadas de conformidad a lo dispuesto en los incisos siguientes, según la gravedad de la infracción.

Para la micro empresa y la pequeña empresa, la sanción ascenderá de 1 a 10 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de medianas empresas, la sanción ascenderá de 2 a 40 unidades tributarias mensuales.

Tratándose de grandes empresas, la sanción ascenderá de 3 a 60 unidades tributarias mensuales.

En el caso de las multas especiales que establece este Código, su rango se podrá duplicar y triplicar, según corresponda, si se dan las condiciones establecidas en los incisos tercero y cuarto de este artículo, respectivamente y de acuerdo a la normativa aplicable por la Dirección del Trabajo.

La infracción a las normas sobre fuero sindical se sancionará con multa de 14 a 70 unidades tributarias mensuales.”

De esta manera, ante el caso de infracción del empleador por no remunerar de manera íntegra el feriado legal de un trabajador, el legislador no ha establecido una sanción especial, razón por la cual, resulta aplicable el inciso 1° de la precitada norma.

Por su parte, respecto de la inclusión de haberes en la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato, respecto de los cuales existe discrepancias entre trabajador y empleador, el Dictamen N° 1882/46 de 15.05.2003 señaló:

“En primer término, es necesario hacer presente que para el logro de sus fines la Dirección del Trabajo se encuentra dotada de facultades específicas, contenidas principalmente en el D.F.L. N° 2, de 1967, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el que le comete diversas funciones, entre las cuales pueden mencionarse las contenidas en el inciso 2° del artículo 1°, letras a) y e), que disponen:

“Le corresponderá particularmente, sin perjuicio de las funciones que leyes generales o especiales le encomienden:

- a) La fiscalización de la aplicación de la legislación laboral;*
- b) La realización de toda acción tendiente a prevenir y resolver los conflictos del trabajo.*

Por su parte, el artículo 29 del mismo cuerpo legal, previene:

“La Dirección del Trabajo y los funcionarios de su dependencia podrán citar a empleadores, trabajadores, directores de sindicatos o a los representantes de unos u otros, o cualquiera persona en relación con problemas de su dependencia, para los efectos de procurar solución a los asuntos que se le sometan en el ejercicio de sus respectivas funciones, o que deriven del cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, como asimismo, para prevenir posibles conflictos.”

Del análisis conjunto de los preceptos transcritos anteriormente es posible inferir que dentro de las funciones primordiales encomendadas por el legislador a la Dirección del Trabajo, se encuentran la de velar por la correcta aplicación de la legislación laboral y, además, la de realizar toda acción tendiente a la prevención y solución de los conflictos derivados de las relaciones laborales.

Para llevar a cabo la segunda de las funciones citadas, este Servicio, a solicitud del interesado, llama a las partes en conflicto, este último generado en razón de la terminación de la relación de trabajo que las ha vinculado, a una conciliación con el objeto de dar una solución previa a la activación de la respectiva demanda judicial por reclamación de la causal de despido o el cobro de las prestaciones adeudadas al término del contrato laboral.

Ahora bien, en la o las audiencias que se celebren al efecto, el fiscalizador, que actúa a nombre del Servicio, puede detectar, producto de la declaración de las partes y/ o de la revisión de los documentos pertinentes, que existen derechos devengados por el trabajador, que no están controvertidos por el empleador y, por ende, prestaciones adeudadas por éste, lo que necesariamente implica exigir el cumplimiento y pago de lo debido, para lo cual, en uso de las facultades que le son propias, procede a cursar las instrucciones que correspondan o directamente a aplicar las correspondientes sanciones administrativas, como sucede, por ejemplo, con las declaraciones de cotizaciones que sean extemporáneas o incompletas o erróneas.

Asimismo, puede ocurrir que en las referidas audiencias se reclamen derechos en que exista controversia entre las partes, esto es, que su certeza no haya podido establecerse por los medios de prueba que se dispone en ellas, los cuales necesariamente deben ser conocidos por los tribunales de justicia competentes en materia laboral, de no llegarse a un avenimiento en este proceso conciliatorio previo.

En efecto, la jurisprudencia uniforme y reiterada de este Servicio ha establecido la falta de competencia de la Dirección del Trabajo para conocer y resolver asuntos controvertidos una vez extinguida la relación jurídico laboral, señalando, entre otros, en dictamen ordinario N° 4616-197, de 16-08-96, que será de competencia imperativa de los Juzgados de Letras del Trabajo "toda controversia o materia discutible entre las partes que exija un detenido estudio, prueba y su ponderación para ser resuelta adecuadamente".

En otros términos, a juicio de esta Dirección, los Servicios del Trabajo están facultados para conocer y resolver los reclamos de trabajadores derivados de una relación laboral extinguida, de instruir el pago de prestaciones adeudadas, de aplicar las sanciones administrativas por infracciones laborales o previsionales que se detecten, en todos los casos en que no se verifique controversia en cuanto a la existencia misma del derecho que se reclame, evento este último en el cual, la competencia corresponde, como ya se señalara, a los Juzgados de Letras del Trabajo."

En efecto, el artículo 420, letra a) del Código del Trabajo, dispone:

"Serán de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo:

"a) las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral".

Por tanto, en virtud de disposición legal citada se desprende que serán de competencia imperativa de los Juzgados de Letras del Trabajo las cuestiones que se suscitan entre empleadores y trabajadores por la aplicación de las normas laborales y demás cuerpos normativos convencionales que detalla, esto es, toda controversia o materia discutible entre las partes que exija un detenido estudio, prueba y su ponderación para ser resuelta adecuadamente."

De esta manera, en virtud de las consultas por Ud. realizadas, en aquellos casos en que la inclusión de un haber en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio como de la sustitutiva de aviso previo, constituya una materia de controversia entre empleador y trabajador, este Servicio carecerá de competencia para sancionar la no inclusión, por tratarse de una materia discutida entre ellos, el cual requiere de prueba y su ponderación, siendo, por consiguiente, de exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia, además de que dicha materia tiene su origen en la terminación de los servicios.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales precitadas y las consideraciones formuladas, cumpla con informar a Ud. que:

1. No corresponde incluir en la base de cálculo de la remuneración del feriado legal, los montos correspondientes a viáticos y horas extraordinarias pagados durante los tres meses anteriores en que se ejerce el derecho a feriado por el trabajador.

2. Para establecer la base de cálculo de la remuneración del feriado legal, debe considerarse el sistema remuneracional del trabajador (fijo, variable o mixto) y, en este sentido, respecto de los "bonos" percibidos por un trabajador, deberá determinarse si este corresponde a sueldo o remuneración variable.

De esta manera, en caso de tratarse de un bono único, este no podrá ser considerado como sueldo, ni como remuneración variable, por ser pagadero solo un mes y no todos los meses del año. Asimismo, al tratarse de un bono que se paga con una periodicidad que excede los tres meses, excede la periodicidad permitida al sueldo y no permite establecer fluctuaciones de dicha remuneración entre un mes y otro, por lo cual no podrá ser considerado dentro de la base de cálculo de la remuneración del feriado legal.

3. La base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo debe comprender toda cantidad cuya periodicidad de pago se mensual y que no se encuentre expresamente excluida por el legislador.

En este contexto, no resulta procedente considerar el pago de las horas extraordinarias en la precitada base de cálculo, en virtud de lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 172 del Código del Trabajo.

Respecto de la inclusión del viatico en la indicada base de cálculo, es menester considerar que en caso que dicho concepto tenga cierto grado de permanencia y fijeza, en los términos exigidos por el artículo 172 del antedicho cuerpo legal, podrá ser incluido en la base de cálculo de la indemnización por años de servicios como en la correspondiente a la indemnización sustitutiva por falta del aviso previo, circunstancias que deberán ser analizadas caso a caso.

4. No resulta ajustado a Derecho excluir a través de una cláusula de un contrato colectivo, a priori, de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato, los montos correspondientes a viatico, en virtud de la conclusión 3).

Sin embargo, en virtud de la expresa exclusión efectuada por el legislador, en el artículo 172 del Código del Trabajo, si resulta ajustado a derecho la exclusión de la base de cálculo de las precitadas indemnizaciones, de los montos correspondientes a pago de horas extraordinarias.

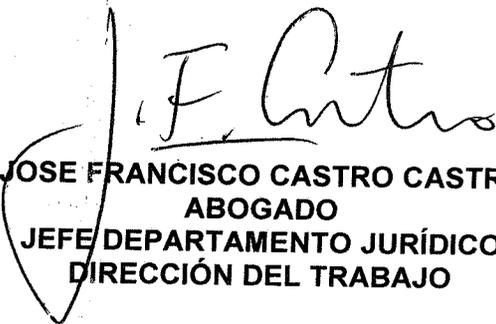
5. Por regla general, encontrándose vigente la relación laboral, el plazo de prescripción de los derechos laborales es de dos años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles, no existiendo plazo para ejercer la acción

Sin embargo, extinguida la relación laboral, los derechos prescriben en el plazo de dos años, contados desde que se hicieron exigibles, en tanto que la acción para exigir su cumplimiento prescribe en el plazo de seis meses, contados desde la terminación de los servicios.

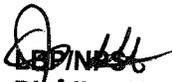
6. En caso de infracción del empleador por no remunerar de manera íntegra el feriado legal de un trabajador, el legislador no ha establecido una sanción especial, razón por la cual resulta aplicable el artículo 506 inciso 1° del Código del Trabajo.

En aquellos casos en que la inclusión de un haber en la base de cálculo de las indemnizaciones por término de contrato constituya una materia de controversia entre trabajador y empleador, este Servicio carece de competencia para sancionar la no inclusión, por tratarse de una materia discutida entre ellos, el cual requiere prueba y su ponderación, siendo por consiguiente, de exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia, además de tener su origen, la referida controversia, en la terminación de los servicios.

Saluda atentamente a Ud.


JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LEP/MS

Distribución:

- Jurídico - Partes - Control