

DIRECCION DEL TRABAJO  
DEPARTAMENTO JURIDICO  
K 21584(1262)/94 ✓

1909 93

ORD. NQ \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/

**MAT.:** Para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio procede incluir dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 172 del Código del Trabajo, la gratificación que Compañía Minera Lolol paga a sus trabajadores en forma mensual en carácter de anticipo.

**ANT.:** 1) Ord. NQ 506, de 24.02.95, de Dirección Regional del Trabajo Región de Coquimbo.  
2) Ords. NQs. 909 y 7037, de 07.02.95 y 29.11.94, respectivamente, de Departamento Jurídico.  
3) Presentación del Sindicato de Trabajadores Cia. Minera Lolol, de 16.11.94.

**FUENTES:**

Código del Trabajo, artículo 172, inciso 1º; Código Civil, artículo 1564.

**CONCORDANCIAS:**

Ord. NQ 283/19, de 15.01.93.

SANTIAGO,

24 MAR 1995

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SRES. LEOPOLDO ORELLANA A.  
HECTOR MARIN T. Y LUIS GUZMAN C.  
SINDICATO DE TRABAJADORES CIA. MINERA LOLOL

Mediante presentación del antecedente 3) se ha solicitado un pronunciamiento en orden a determinar si para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio procede incluir dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 172 del Código del Trabajo la gratificación que la empresa Compañía Minera Lolol paga a sus trabajadores en forma mensual en carácter de anticipo.

Al respecto, cumpro con informar a

Uds. lo siguiente:

El artículo 172 del Código del Trabajo, en su inciso 1º, dispone:

" Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 168, 169, 170, y 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 regalías 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".

De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que para los efectos de determinar la indemnización por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al término del contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones previsionales o de seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero.

En otros términos, conforme a la regla anterior, para calcular la última remuneración mensual debe considerarse todo estipendio que tenga el carácter de remuneración conforme al inciso primero del artículo 41 del Código del Trabajo, siempre que sea de carácter mensual, que responda específicamente a la prestación de servicios del trabajador y que si se trata de una remuneración consistente en una regalia o especie, se encuentre debidamente valuada en dinero, incluyendo, finalmente, las imposiciones y cotizaciones previsionales y de seguridad social de cargo del trabajador.

De la misma disposición se colige, a la vez, que deben excluirse, para el cálculo de que se trata, los pagos por sobretiempo y los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año señalando dicho precepto, por vía ejemplar, las gratificaciones y los aguinaldos de navidad.

En relación a la norma en comento, cabe señalar que esta Dirección del Trabajo ha sostenido a través de dictamen N° 283/19, de 15.01.93 que "el concepto "última remuneración mensual" que utiliza el legislador, reviste en la especie un contenido y naturaleza eminentemente fáctico o pragmático, ya que alude a "toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador".

Agrega el referido dictamen que, dentro del citado artículo 172, la norma precedente es la regla general de acuerdo a la cual debe determinarse la base de cálculo de la indemnización por tiempo servido, y que las excepciones las conforman las exclusiones, de carácter taxativo, que la misma disposición establece".

Señala asimismo el dictamen de que se trata que "en esas excepciones existe una de carácter genérico: ...los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad". Luego, necesario es concluir que es la propia ley, en su tenor literal, la que, respecto de las gratificaciones, define y limita su alcance para los eventuales efectos de ser excluidas del cálculo de la indemnización, ya que de su texto se infiere directamente que la gratificación que se excepciona es la esporádica o anual, y no eventuales que bajo ese rótulo se puedan pagar al trabajador con carácter permanente".

En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista especialmente liquidaciones de sueldo e Informe de fecha 17.02.95, del fiscalizador Sr. Patricio Sanhueza Figueroa, aparece que la empresa Compañía Minera Lolol paga mensualmente un anticipo de gratificación a sus trabajadores, que consiste en una suma fija equivalente al 25% de un ingreso mínimo. Este porcentaje fue superior a dicho ingreso mínimo en el período enero a junio de 1994.

Ahora bien, analizado el beneficio de que se trata a la luz del artículo 172 del Código del Trabajo, ya transcrito y comentado, posible resulta afirmar que el mismo reviste caracteres de fijeza y permanencia tanto en el tiempo como en su pago mes a mes, siendo su monto equivalente o superior al legal.

De lo anterior se sigue entonces que, el beneficio que nos ocupa no se encuentra contemplado en la excepción del ya citado artículo 172, toda vez que la única gratificación que sí lo estaría sería aquella anual o esporádica, condiciones que no reúne el beneficio en comento.

Por tanto, atendido que las características de fijeza y permanencia de la gratificación de que se trata no harían operable su exclusión, lógicamente, ésta se encontraría en la regla general del referido artículo 172, esto es "toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato" y, por ende, formando parte del concepto de última remuneración como base de cálculo para los efectos del pago de la indemnización por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo.

Por tal razón y dadas las características enumeradas, resulta posible afirmar que la gratificación por la cual se consulta reúne las condiciones para incluirla dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 172, inciso 1º, del actual Código del Trabajo.

En nada altera la conclusión anterior la circunstancia de que en la cláusula décimo octava del contrato colectivo vigente en la Compañía, las partes hayan

pactado que la empresa no otorgará gratificación anticipada, toda vez que esta cláusula se ha visto modificada en la práctica según se desprende de los antecedentes referidos, ya que las partes reiteradamente en el tiempo han entendido y ejecutado la misma en el sentido de pagar en forma anticipada y mes a mes la gratificación legal, aplicación práctica ésta que ha fijado en definitiva la interpretación y verdadero alcance de la norma convencional aludida.

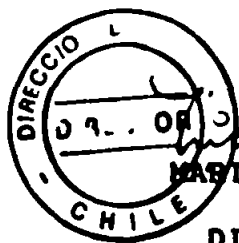
En efecto, la doctrina uniforme de este Servicio ha precisado que la modificación de cláusulas escritas, además de poder efectuarse a través de un acuerdo expreso de voluntad entre las partes, puede verificarse aplicando las reglas de interpretación de los contratos contempladas en el artículo 1564 del Código Civil, el que prescribe en su inciso final que las cláusulas de un contrato pueden también interpretarse:

" Por la aplicación que hayan hecho  
" de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la  
" otra".

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Uds. que para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio procede incluir dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 172 del Código del Trabajo, la gratificación que Compañía Minera Lolol paga a sus trabajadores en forma mensual en carácter de anticipo.

Saluda a Uds.,

INDELECCIÓN DEL TRABAJO  
24 MAR 1979  
COMISIÓN DE PARTES



*Maria Ester Peres Nazarala*  
MARIA ESTER PERES NAZARALA  
ABOGADO  
DIRECTOR DEL TRABAJO

MIO/naz  
Distribución:  
Jurídico  
Partes  
Control  
Boletín  
Deptos. D.T.  
Subdirector  
Of. Consultas  
XIII Regiones