



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 85527 (554) 2022

ORD N°: 90 /

ACTUACIÓN: Aplica doctrina.

MATERIA:

Responde consultas en materia de remuneraciones y permisos sindicales.

RESUMEN:

Para la respuesta a las consultas planteadas deberán atenderse las conclusiones contenidas en el cuerpo del presente informe.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de Jefa (s) de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales de 03.01.2023.
- 2) Ord. N°817 de 20.05.2022 de la Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 3) Solicitud de pronunciamiento de fecha 26.04.2022 de Sindicato de Empresa "Hela Spice Latam S.A." RSU N°1309.1375.

SANTIAGO, 18 ENE 2023

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)

**A: SRES. SINDICATO DE EMPRESA "HELA SPICE LATAM S.A." RSU
N°1309.1375
sindicatohela@hotmail.com**

Mediante solicitud de ANT. 2), se ha requerido un pronunciamiento que se refiera a un conjunto de situaciones que relata la organización sindical en base a las remuneraciones que perciben los trabajadores y en relación con los permisos sindicales, para luego plantear algunas preguntas que se detallan a continuación:

1.- Si el bono de antigüedad es fijado mensualmente ¿Debe ser considerado en la base de cálculo para el pago de horas extraordinarias?

2.- Si el trabajador percibe bonos y no están registrados en documento alguno, como ocurre con los bonos de: "gestión", "responsabilidad" y "trabajos especiales", ¿Existe el derecho a tales remuneraciones?

3.- Si los bonos son variables ¿Existe el derecho a la semana corrida?

4.- Si el trabajador en el transcurso de sus vacaciones tiene derecho a sus remuneraciones promedio de los últimos tres meses.

5.- Si existen infracciones de parte del empleador a los derechos antes señalados ¿Cuál es el plazo de prescripción de dichos derechos?

6.- Si después de 4 meses de hacer uso de permisos sindicales sin que el empleador haya realizado descuentos, ¿Se trataría de un derecho adquirido?

Posterior a la presentación del Sindicato, se otorgó traslado al empleador mediante Ord. N°817 de 20.05.2022, el que no fue respondido en su oportunidad.

Al respecto, se otorgará respuesta a las consultas planteadas en el mismo orden señalado en su presentación:

1.- El artículo 41 del Código del Trabajo establece que: "*Art. 41. Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables 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, las indemnizaciones establecidas 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".

Por su parte, la doctrina de este Servicio contenida en Dictamen N°3152/33 de 25.07.2008, concluye que: "*De los señalados antecedentes, como asimismo, de la definición contenida en la nueva letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, se desprende que una remuneración puede ser calificada como sueldo o sueldo base, en caso de reunir las siguientes condiciones copulativas:*

a) Que se trate de un estipendio fijo;

b) Que se pague en dinero, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2° del artículo 10.

c) Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato,

d) Que responda a la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo.

De esta suerte, es posible afirmar que todos los estipendios que reúnan las condiciones antes anotadas, que sean percibidos por la prestación de servicios en una jornada ordinaria de trabajo y en virtud de normas convencionales, sean éstas, individuales o colectivas, pueden ser calificados como sueldo o sueldo base, circunstancia que, a la vez, permite sostener que todos ellos pueden ser

considerados para enterar el monto mínimo fijado por tal concepto, vale decir, una suma no inferior al ingreso mínimo mensual”.

Por consiguiente, el bono de antigüedad que acorde lo afirmado por el Sindicato se paga en dinero, por un monto fijo y en forma mensual a todos quienes cumplan 5 años de antigüedad laboral, corresponde a una remuneración que se identifica con la definición legal de sueldo, por ende, dicho bono debe ser considerado parte integrante del sueldo de los trabajadores y, como tal, en la base de cálculo de las horas extraordinarias, toda vez que tales horas se calculan con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido según lo señala el inciso 3° del artículo 32 del Código del Trabajo.

2. Las remuneraciones que perciban los trabajadores y que no se encuentran consignadas en documento alguno, conservan su naturaleza toda vez que en el ámbito del derecho del trabajo se aplica el principio protector de la “primacía de la realidad”, que otorga prevalencia a la aplicación práctica que en los hechos han realizado las partes del contrato de trabajo por sobre lo que señalen los documentos. Asimismo, la doctrina de este Servicio ha reconocido a la validez y aplicación de las cláusulas tácitas, que no se encuentran escritas pero que han sido acordadas por la voluntad de las partes, por ejemplo, en Dictamen N°2739/218 de 05.07.2000, que indica: *“De lo expuesto anteriormente, es posible concluir, entonces, que una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato las que derivan de la reiteración del pago de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc. que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un lapso prolongado con anuencia diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de una cláusula tácita, la que debe entenderse como parte integrante del contrato respectivo.*

Conforme a lo anterior, para que se verifique la existencia de una cláusula tácita en el contrato de trabajo, es necesario que se verifiquen los siguientes elementos a saber:

- a) Reiteración en el tiempo de una determinada práctica de trabajo que otorgue, modifique o extinga algún beneficio, regalía o derecho de la relación laboral.*
- b) Voluntad de las partes, esto es del comportamiento de las partes debe desprenderse inequívocamente que éstas tenían un conocimiento cabal de la modificación del contrato que se estaba produciendo, así como de haber prestado su aquiescencia tácita a la modificación del mismo.*
- c) Esta modificación no puede referirse a materias de orden público, ni tratarse de los casos en que el legislador ha exigido que las modificaciones al contrato se estipulen de manera expresa”.*

Verificados los anteriores requisitos, los bonos que se describen por la organización sindical no han sido registrados en ningún documento, permanecerán en el tiempo mientras el consentimiento de las partes o causa legal no determine lo

contrario. Además, los efectos que en esta materia puedan estar vinculados con el tipo jornada de trabajo, diurna o nocturna u otras situaciones ajenas a la voluntad deben ser explicadas para que este Servicio pueda emitir una opinión al respecto.

3. En relación con el trabajador o trabajadora que percibe un bono variable, para determinar si dicho estipendio forma parte de la base de cálculo de la semana corrida, cabe precisar que la jurisprudencia de este Servicio, contenida en Dictamen N°3262/66 de 05.08.2008, ha determinado los siguientes requisitos:

a) El primer requisito que debe reunir un determinado estipendio para integrar dicha base de cálculo, es que la misma revista el carácter de remuneración. Al respecto, es necesario tener presente que el artículo 41 del Código del Trabajo, preceptúa: *“Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables 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 servicio 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.”*

b) El segundo requisito, es que se trate de una remuneración, ya sea fija o variable, que se devengue diariamente. En relación con este requisito, la doctrina de este Servicio inserta en el mismo pronunciamiento antes citado, clarifica que: *“En relación con este requisito, la jurisprudencia administrativa de este Servicio ha precisado que debe entenderse que cumple tal condición aquella que el trabajador incorpora a su patrimonio día a día, en función del trabajo diario, esto es, la remuneración que tiene derecho a percibir por cada día laborado, sin perjuicio de que su pago se realice en forma mensual.*

Lo anteriormente expuesto permite concluir que no deben incluirse en la base de cálculo de la semana corrida aquellos estipendios que, no obstante ser de carácter fijo, no se devengan diariamente, sino en forma mensual, como ocurre, con el sueldo o sueldo base previsto en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo”.

c) El tercer requisito y final, consiste en que la remuneración sea principal y ordinaria. En este sentido, este Servicio ha establecido en la jurisprudencia aludida, tanto para las remuneraciones fijas como para las variables, lo siguiente: *“En lo que respecta a este segundo requisito, cabe manifestar que la doctrina de este Servicio ha precisado, en forma reiterada y uniforme lo que debe entenderse por remuneraciones principales y ordinarias, señalando que pueden ser calificadas como tales aquellas que subsisten por sí mismas, independientemente de otra remuneración.*

Acorde a ello, forzoso es convenir que sólo corresponde incluir en la base de cálculo del beneficio de que se trata las remuneraciones fijas que revistan el carácter de principales y ordinarias, de acuerdo al concepto ya señalado, no procediendo considerar para tales efectos aquellas que la ley expresamente excluye, esto es, las de carácter accesorio, las que de acuerdo a la jurisprudencia administrativa de este

Servicio son aquellas incapaces de subsistir por sí mismas, que van unidas a la remuneración principal, que dependen de ella y que son anexas o secundarias. Tampoco procede incluir las remuneraciones de carácter extraordinario, definidas por este Servicio como aquellas excepcionales o infrecuentes”.

Finalmente, en este punto, la doctrina citada señala que la determinación de si un estipendio constituye parte de la base de cálculo de la semana corrida, deberá hacerse caso a caso, conforme a lo estipulado en el contrato y/o la forma en que se ha otorgado en el transcurso del tiempo, ante la ausencia de un acuerdo escrito al respecto.

4. En cuanto a si el trabajador en el transcurso de sus vacaciones tiene derecho a sus remuneraciones promedio de los últimos tres meses, cabe señalar que según lo dispuesto en el artículo 71 del Código del Trabajo, la o el trabajador durante el feriado tiene derecho al pago de la remuneración íntegra, señalando al efecto: “Art. 71. 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 forma, el derecho al pago a sus remuneraciones promedio de los últimos tres meses, corresponde al trabajador que percibe remuneraciones variables, en los términos que el legislador ha regulado en la norma antes citada.

5. En torno a la prescripción de los derechos laborales, el artículo 510 del Código del Trabajo señala que: “Art. 510. Los derechos regidos por este Código prescribirán en el plazo de dos años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles.

En todo caso, las acciones provenientes de los actos y contratos a que se refiere este Código prescribirán en seis meses contados desde la terminación de los servicios.

Asimismo, la acción para reclamar la nulidad del despido, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162, prescribirá también en el plazo de seis meses contados desde la suspensión de los servicios.

El derecho al cobro de horas extraordinarias prescribirá en seis meses contados desde la fecha en que debieron ser pagadas.

Los plazos de prescripción establecidos en este Código no se suspenderán, y se interrumpirán en conformidad a las normas de los artículos 2523 y 2524 del Código Civil.

Con todo, la interposición de un reclamo administrativo debidamente notificado ante la Inspección del Trabajo respectiva, dentro de los plazos indicados en los incisos primero, segundo, tercero y cuarto suspenderá también la prescripción, cuando la pretensión manifestada en dicho reclamo sea igual a la que se deduzca en la acción judicial correspondiente, emane de los mismos hechos y esté referida a las mismas personas. En estos casos, el plazo de prescripción seguirá corriendo concluido que sea el trámite ante dicha Inspección y en ningún caso podrá exceder de un año contado desde el término de los servicios”.

6. Por último, en Ord.N°1.569 de 26.03.2018, se resolvió una consulta en similares términos a los que en este caso se preguntan. De esta manera, destaca el anterior pronunciamiento al interpretar el inciso final del artículo 249 del Código del Trabajo, lo siguiente: *“Al respecto, la doctrina administrativa de esta Dirección ha señalado, en los pronunciamientos 904/38 de 01.02.1996, 5265/306 de 18.10.1999, 3863/142 de 16.09.2003, 616/17 de 08.02.2005, 6065/140 de 15.12.2017 y Ordinario 4361 de 27.08.2015, que, el inciso final del precitado artículo contempla la posibilidad de que las horas de trabajo sindical como el pago de las remuneraciones, cotizaciones y demás beneficios puedan ser objeto de un acuerdo o negociación entre las partes, de forma que el empleador asuma el pago de la totalidad o parte de las mismas.*

En este sentido, los antes citados pronunciamientos indican:

‘Las partes a que se ha referido el legislador en el citado inciso final del artículo 249, debe necesariamente entenderse que son el empleador y la organización sindical que se encontraría obligada a efectuar el pago de las horas de permiso de que hacen uso sus dirigentes, toda vez que, precisamente, es dicho sindicato quien tiene un interés directo en celebrar un acuerdo que afecta a su patrimonio.

En el mismo sentido, al disponer el legislador que la materia en análisis podía ser objeto de una negociación entre las partes, sin exigir mayores requisitos o formalidades, permite concluir que bastará para establecer la existencia de tal contrato, el simple acuerdo de voluntades, expresado en la forma que las partes lo estimen conveniente.

De esta manera, el acuerdo que las partes celebraren sobre dicha materia, constituye un contrato consensual e innominado, esto, de aquellos que carecen de nombre y reglamentación y que se perfeccionan por el solo consentimiento de las partes contratantes, respecto del cual resulta aplicable el artículo 1545 del Código Civil, en virtud del cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales’.

Así, habiéndose aplicado la doctrina precedente, este Servicio ha concluido que el pago reiterado de las horas de permiso sindical –hoy horas de trabajo sindical- por parte de la empresa, unido a la aquiescencia del sindicato respectivo, constituye un acuerdo de las partes en los términos previstos por el inciso final del artículo 249 del Código del Trabajo, razón por la cual no resulta procedente que el empleador, unilateralmente, suprima el pago de dicho beneficio. (Dictámenes Ordinarios N°s3254/171 de 24.05.1995, 288/15 de 11.01.1996,904/138 de

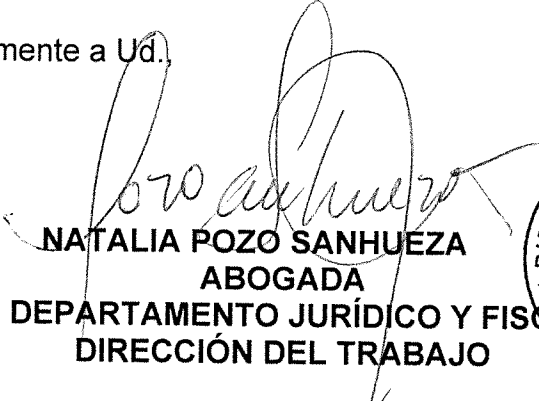
01.02.1996, 5694/244 de 16.10.1996, 7344/373 de 01.12.1997, 4495/315 de 21.09.1998 y 2511/132 de 02.11.2005)".

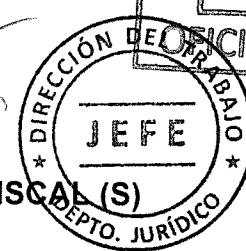
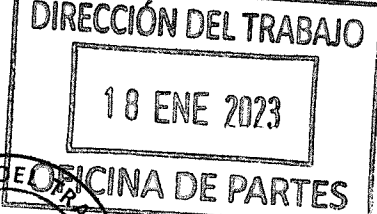
De esta forma, deberá ser verificado caso a caso, al momento de considerar si en los hechos existe el posible acuerdo consistente en la remuneración de los permisos sindicales a cargo del empleador cuando este último no ha practicado descuentos en las remuneraciones.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa aludida, cumpro con informar a Ud. lo siguiente:

Para la respuesta a las consultas planteadas deberán atenderse las conclusiones contenidas en el cuerpo del presente informe.

Saluda atentamente a Ud.


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


NPS/CGD/AMF

Distribución:

- Jurídico
- Partes