

**DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCION DEL TRABAJO
K8942(1824)15**

Juridico

ORD. : 5366 /

MAT.: Atiende presentación que indica.

- ANT.:** 1) Instrucciones de 21.09.15 de la Sra. Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes e Derecho.
2) Pase N° 116 de 23.07.15 del Sr. Jefe del Departamento de Inspección.
3) Ordinario N° 1049 de 14.07.15 de la Sra. Inspectora Comunal del Trabajo Norte Chacabuco.
4) Presentación de 09.07.15 de don Luis Oyarce F. y don Pablo Chacón E.

SANTIAGO, 23 OCT 2015

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A : SRES. LUIS OYARCE F. Y PABLO CHACÓN E.
SINDICATO DE EMPRESA POLYTEX S.A.
JOSÉ BESA N° 1271
QUINTA NORMAL**

Mediante presentación del antecedente 4), solicitan Uds., en representación del Sindicato de Empresa Polytex S.A., un pronunciamiento de esta Dirección referido a si el bono nocturno que se encuentra pactado en el contrato colectivo suscrito con la empresa debe ser considerado en la base de cálculo de las horas extraordinarias y de la semana corrida; si lo que se percibe por semana corrida sirve de base de cálculo para las horas extraordinarias y, por último, si el bono de producción, que no se encuentra pactado expresamente, debe figurar en el respectivo comprobante de pago de remuneración.

Al respecto, cumpro con informar a Uds. lo siguiente:

1.- En relación a su primera consulta referida a si el bono nocturno pactado en el instrumento colectivo debe ser considerado en la base de cálculo de las horas extraordinarias y de la semana corrida, cabe señalar

que, el artículo 9° del instrumento colectivo a que se refiere su presentación, dispone:

“La Empresa pagará a los trabajadores contratantes que se desempeñen en el “Turno de Noche”, un Bono equivalente a 2 (dos) horas ordinarias de trabajo, calculada sobre su sueldo base dividido por 180 horas mensuales, por cada noche efectivamente trabajada en el turno de noche, con un mínimo de \$1.750.- (mil setecientos cincuenta pesos) por noche efectivamente trabajada, por el período de vigencia de este contrato colectivo.”

Ahora bien, en relación a este particular, el inciso 3° del artículo 32 del Código del Trabajo dispone que las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria.

Por su parte, el artículo 42, letra a) de este mismo cuerpo legal señala que el sueldo o sueldo base es el estipendio obligatorio y fijo, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios.

De esta suerte todas las remuneraciones o beneficios que reúnan los elementos señalados anteriormente, constituyen el sueldo del trabajador, que debe servir de base para el cálculo de las horas extraordinarias, debiendo ser excluidos los estipendios que no cumplan esas condiciones.

Resulta necesario señalar que respecto del elemento fijeza esta Dirección ha señalado, entre otros, en dictamen N° 7630/316, de 20.11.95, que está representado por la posibilidad cierta de percibirlo mensualmente, y además, porque su monto y forma de pago se encuentran preestablecidos.

En relación al requisito de que responda a una prestación de servicios, cabe señalar que ello significa que la causa inmediata de su pago sea la ejecución del trabajo convenido, en términos tales 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 ejemplar, los que son establecidos en razón de 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.

En la especie, el bono nocturno por el que se consulta reúne, en opinión del suscrito, todos los elementos antes señalados, por lo que debe ser considerado en la base de cálculo de las horas extraordinarias.

Por otra parte, respecto a si este bono nocturno debe ser considerado en la base de cálculo de la semana corrida, cabe señalar que el inciso 1° del artículo 45 del Código del Trabajo establece que el trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de remuneraciones diarias devengadas por el número de días que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.

Ahora bien, sobre este particular la Dirección del Trabajo ha señalado, entre otros, en dictamen N°1983/82, de 28.03.96, que debe incluirse en la base de cálculo de la semana corrida el estipendio que reúna los siguientes requisitos: que revista el carácter de remuneración, que esta remuneración se devengue diariamente y que sea una remuneración principal y ordinaria.

Respecto del primer requisito, esto es, que constituya remuneración, debe tenerse presente lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 41 del Código del Trabajo, norma que define el concepto de remuneración señalando que es una contraprestación en dinero o una adicional en especie avaluable en dinero que percibe el trabajador por causa del contrato de trabajo. De esta forma, debe excluirse del cálculo del beneficio en cuestión todos aquellos que no revistan tal carácter, como por ejemplo, las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, las asignaciones familiares, los viáticos, las indemnizaciones, y en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.

En cuanto al segundo requisito, esto es, que la remuneración se devengue diariamente, cabe señalar que esta Dirección ha señalado que se trata de 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 de forma mensual. De esta forma tratándose de una remuneración fija 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 que en forma mensual, como ocurre con el sueldo o el sueldo base previsto en la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo. Tratándose de una remuneración variable, esto es, aquel 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, no deben incluirse aquellas remuneraciones que no se devengan diariamente en los términos antes expresados, como ocurriría, si ésta se determina mensualmente sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de todos los trabajadores, como sucedería por ejemplo, en el caso de una remuneración pactada mensualmente en base a un porcentaje o comisión calculada sobre la totalidad de los ingresos brutos de una empresa o establecimiento de ésta.

En lo que dice relación con el último requisito, esto es, que se trate de una remuneración principal y ordinaria cabe señalar que éstas corresponden a las que subsisten por sí mismas, independientemente de otra remuneración. De esta suerte, tratándose de una remuneración fija, correspondería considerar el sueldo base diario por ser éste un estipendio que se devenga en forma diaria y constituir una remuneración principal, toda vez que subsiste por sí mismo, en forma independiente de toda otra remuneración. En la misma situación se encontraría, por ejemplo, un bono fijo por turno nocturno, en la medida que el trabajo nocturno se realice en forma permanente, sea porque se labore siempre en dicho horario o bien, a través de turnos nocturnos rotativos preestablecidos. Por el contrario no procedería considerar para la determinación de dicha base de cálculo un bono de antigüedad de carácter mensual pactado como un porcentaje del sueldo base, atendido que no cumple ninguno de los requisitos antes analizados, por cuanto no se devenga diariamente, y es un estipendio accesorio. Tampoco corresponde considerar para estos efectos a los aguinaldos de navidad y fiestas patrias por cuanto éstos son excepcionales y esporádicos.

En relación al caso específico de los bonos por trabajo nocturno este Servicio ha señalado en el N° 8 del dictamen N° 1983/82, de 28.03.96, que *“un bono por trabajo nocturno revestirá el carácter de remuneración ordinaria o principal, y deberá, de consiguiente, considerarse para los efectos del cálculo de la semana corrida, sólo en el evento de que el trabajo nocturno sea permanente, ya sea porque el dependiente labore siempre en horario nocturno o bien, porque lo haga a través de turnos rotativos preestablecidos.*

La misma jurisprudencia ha precisado que, por el contrario, si el trabajador cumple turnos nocturnos en forma ocasional, esto es, si normalmente labora sólo de día, la bonificación en comento, dado su carácter infrecuente, excepcional o eventual, no podrá considerarse remuneración ordinaria o principal y, por ende, no resulta procedente incluirla para los efectos del señalado cálculo.

2.- En relación a su segunda consulta referida a si lo que se percibe como semana corrida sirve como base de cálculo para las horas extraordinarias, cumpla con señalar que el inciso 3° del artículo 45 del Código del Trabajo, dispone:

“Para los efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 32, el sueldo diario de los trabajadores a que se refiere este artículo, incluirá lo pagado por este título en los días domingo y festivos comprendidos en el período que se liquiden las horas extraordinarias, cuya base de cálculo en ningún caso podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.”

Ahora bien, esta Dirección ha señalado, entre otros, en dictamen N° 1983/82, de 28.03.96 y Ordinario N° 174, de 15.01.14, *“que si el dependiente se encuentra remunerado con un sueldo base diario más comisión o tratos, el cálculo del valor de las horas extraordinarias laboradas deberá realizarse adicionando al sueldo la parte de dicho estipendio que éste hubiere percibido por concepto de semana corrida, pero no así, la parte correspondiente a comisión o tratos que se hubiere pagado al mismo trabajador por los días domingo y festivos.”*

Este último pronunciamiento agrega que las sumas pagadas a dichos dependientes por concepto de semana corrida no pueden de ninguna manera ser calificadas como sueldo en los términos del artículo 42, letra a) del Código del Trabajo, señalando, además, que la semana corrida debe ser considerada como una remuneración especial impuesta por el legislador por lo que no resulta procedente incluirla en la remuneración que el trabajador debe percibir.

Precisado lo anterior cabe señalar que de acuerdo a los antecedentes que obran en poder de este Servicio los trabajadores por los que se consulta se encuentran afectos a un sistema remuneracional mixto que incluye un sueldo base de carácter mensual, por lo que les resulta aplicable la doctrina antes expuesta.

Cabe hacer presente que el citado Ordinario N° 174 ha consignado que no altera lo antes señalado lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 45 antes transcrito, toda vez que dicha norma se está refiriendo específicamente a la situación de los trabajadores afectos a sueldo diario, situación diversa de la de la especie, en la que se consulta por trabajadores con sistema remuneracional mixto, que incluye un sueldo base de carácter mensual.

3.- En relación a su tercera consulta, referida a si el bono de producción que no se encuentra expresamente pactado debe ser

contenido en el comprobante de pago de remuneraciones cabe señalar que el inciso final del artículo 54 del Código del Trabajo establece:

“Junto con el pago, el empleador deberá entregar al trabajador un comprobante con indicación del monto pagado, de la forma como se determinó y de las deducciones efectuadas.”

De la norma antes transcrita se colige que el empleador, al pagar las remuneraciones, debe otorgar al trabajador un comprobante que indique el monto pagado, la forma como se determinó y los descuentos efectuados.

Por su parte, este Servicio de manera reiterada, entre otros, en dictamen N°650/47, de 04.02.98, ha señalado que la relación laboral no sólo queda enmarcada en las estipulaciones escritas del contrato de trabajo sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al mismo las que deriven, por ejemplo, de la reiteración de un pago de una determinada remuneración. Para ello resulta necesario que durante un lapso prolongado de tiempo, con la aceptación diaria o periódica de las partes se otorgue un determinado beneficio que no está pactado expresamente, lo que hace nacer un consentimiento tácito entre ellas respecto del otorgamiento del beneficio y origina con ello la “cláusula tácita”, la que debe entenderse como parte integrante del respectivo contrato, de suerte tal que algunos contratos pueden contener además de las cláusulas expresas otras cláusulas tácitas.

En la especie, se ha consultado si un bono de producción, que no se encuentra escriturado, y que se estaría otorgando a los trabajadores desde que se creó la empresa en la década de los noventa debe figurar en el respectivo comprobante de pago de remuneraciones. Atendido lo antes expuesto cabe señalar que si dicho bono, sin estar escriturado, se ha estado pagando de manera permanente, sin interrupciones, durante ese lapso de tiempo, estaría constituida una cláusula tácita respecto de su otorgamiento, lo que implicaría que la respectiva liquidación de sueldo debería contener tal beneficio.

Por consiguiente, si una cláusula tácita ya está constituida por haberse otorgado un determinado beneficio remuneratorio con la aquiescencia de ambas partes durante un prolongado período de tiempo, ello implica que este beneficio debería figurar en las respectivas liquidaciones de sueldo de los trabajadores respecto de los cuales esté constituida.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas, doctrina administrativa citada y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud. que:

1. El bono nocturno por el que se consulta, que se encuentra estipulado en el artículo 9° del respectivo contrato colectivo, debe ser considerado en la base de cálculo de las horas extraordinarias .

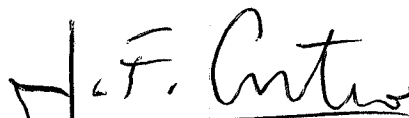
Un bono por trabajo nocturno debe ser considerado para los efectos del cálculo de la semana corrida sólo si es permanente, ya sea porque el trabajador labora siempre en horario nocturno o lo hace en turnos rotativos preestablecidos. Por el contrario, este bono no formará parte de la base de cálculo de la semana corrida si el dependiente sólo cumple turnos nocturnos de manera ocasional.

2.- Para calcular las horas extraordinarias de aquellos dependientes con sistema remuneracional mixto, que incluye sueldo base

de carácter mensual, no se deben considerar las sumas que se pagan por concepto de semana corrida, en los términos expuestos en el presente oficio.

3.- Los comprobantes de pago de remuneraciones deben reflejar todos los estipendios que recibe el trabajador, tanto los que están escriturados como aquellos correspondientes a cláusulas tácitas que ya se encuentran constituidas.

Saluda atentamente a Uds.,



JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



LBP/MSGC/msgc

- Jurídico
- Of. Partes
- Control