

LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL

MÓDULO 2

PRINCIPALES INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO

1. INDEMNIZACIÓN POR FERIADO LEGAL Y PROPORCIONAL

✓ EL DERECHO A FERIADO

De acuerdo a las normas que regulan el feriado, están en los artículos 67 a 76 del Código del Trabajo, de acuerdo a dichas normas es posible conceptualizarlo como un beneficio que por mandato legal se otorga a los trabajadores con más de un año de servicios, para que gocen de un descanso con derecho a remuneración.

El feriado presenta las siguientes características:

1. Debe ser remunerado.
2. Es continuo.
3. Es irrenunciable.
4. Se computa en días hábiles.
5. No es compensable en dinero.

✓ NÚMERO DE DÍAS DE FERIADO BÁSICO

El número de días hábiles que tiene derecho el trabajador por concepto de feriado, se encuentra regulado en el artículo 67 del Código del Trabajo, que dispone:

Artículo 67: 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.

Igual derecho asistirá al trabajador que preste servicios continuos al mismo empleador en virtud de dos o más contratos celebrados por obra o faena determinada y que sobrepasen el año. Con todo, y sólo para estos efectos, el trabajador podrá optar por que el pago de su feriado proporcional se difiera al momento de hacerlo efectivo en las condiciones señaladas en este inciso, debiendo dejar constancia expresa de ello en el respectivo finiquito. En caso de que los contratos no sobrepasen el año y el trabajador hubiere diferido el pago de los feriados conforme lo señala este inciso, el empleador deberá pagar en el último finiquito la totalidad de los feriados adeudados.

Los trabajadores que presten servicios en la Duodécima Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la Undécima Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la Provincia de Palena, tendrán derecho a un feriado anual de veinte días hábiles.

El feriado se concederá de preferencia en primavera o verano, considerándose las necesidades del servicio.

De la norma precedentemente citada se desprende que el feriado es de 15 días hábiles con derecho a remuneración íntegra, exigiéndose como único requisito para que nazca el derecho que la relación laboral se mantenga vigente y no la efectiva prestación de servicios por parte del trabajadores, para acceder este derecho el trabajador debe tener una antigüedad mínima en el empleo de 1 año, en materia laboral 1 año es un periodo de 12 meses y un mes el ***“conjunto de días consecutivos desde uno señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente”***, por lo que si un trabajador ingresa a la empresa el 10 de mayo de 2021 recién tendrá un año de servicio en ella el 10 de mayo de 2022, naciendo a esa fecha el derecho a feriado. Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2804/147, de 05.05.1995:

Del análisis conjunto de las disposiciones legales precedentemente transcritas, cabe colegir que todo trabajador, al cumplir doce meses de servicios adquiere el derecho a que le sean otorgados quince días por concepto de feriado básico, los cuales deben ser remunerados en forma íntegra por su empleador.

La Ley N° 21.122, que Modifica El Código Del Trabajo En Materia De Contrato De Trabajo Por Obra O Faena, publicada en el Diario Oficial el 28.11.2018, incorporo el actual inciso segundo al artículo 67 del Código del Trabajo, incorporando:

- ✓ El derecho a feriado (vacaciones) para trabajadores por obra o faena que completen más de un año con el mismo empleador en virtud de la contratación sucesiva por obra o faena determinada.
- ✓ La posibilidad de que el trabajador opte por diferir (acumule) el pago del feriado proporcional, para poder utilizarlo cuando cumpla los requisitos legales

Materias que desarrollaremos más adelante.

El inciso 3° que amplía a 20 los días de feriado, solo rige para trabajadores que prestan servicios en la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la XI Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la Provincia de Palena.

Para que el trabajador tenga derecho a impetrar los 20 días hábiles de feriado, establecido en el inciso segundo del artículo 67 antes citado, se requiere que cumpla con 2 requisitos, los cuales son que el trabajador resida en la zona geográfica que la norma indica y que además preste servicios en dicha zona, así lo ha considerado la Dirección del Trabajo que al respecto ha señalado:

Ordinario N° 4349/073, de 06.10.2010:

Tienen derecho al feriado anual de veinte días hábiles contemplado en el inciso 2° del artículo 67 del Código del Trabajo los trabajadores que residiendo en la Duodécima Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la Undécima Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la Provincia de Palena desempeñan sus labores en dichas localidades. Reconsidera doctrina contenida en los Oficios N°s. 1137 y 1063, de 10.03.10, y 19.03.09, respectivamente, y se complementa, en la parte pertinente, el dictamen N° 5081/125, de 09.11.2005, en los términos indicados en el cuerpo del presente informe.

Ordinario N° 5081/0125, de 09.11.2005:

De la disposición legal antes transcrita, incorporada a la norma que regula el feriado básico, aparece que el legislador ha establecido en favor de los trabajadores que laboran o prestan servicios en las localidades allí establecidas, vale decir, en las regiones undécima, duodécima y en la provincia de Palena un feriado especial equivalente a 20 días hábiles.

Como es dable apreciar, la normativa que nos ocupa sólo exige que el trabajador preste servicios en las localidades señaladas, por lo que basta tal circunstancia para que éstos tengan derecho al beneficio que ella regula.

En relación a lo expuesto, es necesario precisar que del inciso 1º del artículo 67 en comento se desprende que el trabajador devenga el derecho a gozar de feriado anual al cumplir un año de servicios para su empleador, beneficio que de acuerdo a lo allí establecido será otorgado en la forma que establece el reglamento y que le da derecho a percibir remuneración íntegra durante el respectivo período.

✓ CÓMPUTO DE LOS DÍAS DE FERIADO

El feriado está establecido en días hábiles, pero en su cómputo es de suma importancia el artículo 69 del Código que establece:

Artículo 69: Para los efectos del feriado, el día sábado se considerará siempre inhábil.

Debe advertirse que el día sábado es inhábil para los efectos del feriado, por lo cual al momento de que el trabajador haga uso de su feriado el cómputo de los días solo comprenderá los días hábiles de lunes a viernes, debiendo eso si entenderse incorporados a este periodo de vacaciones los días inhábiles que serán los días domingos, festivos y los sábados, que incidan en el periodo de feriado que el trabajador este utilizando.

La forma de computar o contar los días de feriado en cuanto a que es en días hábiles de lunes a viernes es aplicable cualquiera sea el tipo de jornada que este afecto el trabajador, por lo que este cómputo se aplicará respecto de los trabajadores que tiene su jornada distribuida de lunes a viernes, lunes a sábado, los exceptuados del descanso dominical, los trabajadores contratados a tiempo parcial, los afectos a jornadas excepcionales y bisemanales de trabajo, no existiendo una situación especial respecto del cómputo del feriado que diga relación con la jornada convenida entre el trabajador y su empleador.

✓ LA ACUMULACIÓN DEL FERIADO

La acumulación del feriado se encuentra regulada en el artículo 70 del Código del Trabajo, norma que al respecto dispone:

Artículo 70: El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo.

El feriado también podrá acumularse por acuerdo de las partes, pero sólo hasta por dos períodos consecutivos.

El empleador cuyo trabajador tenga acumulados dos períodos consecutivos, deberá en todo caso otorgar al menos el primero de estos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período.

Como ya hemos visto, el derecho a feriado nace para el trabajador al momento de cumplir un año de servicio en la empresa, siendo en esa oportunidad que el trabajador tiene el derecho a solicitar su otorgamiento, el artículo 70 del Código, permite la acumulación del feriado a que tiene derecho el trabajo en la medida que dicha acumulación sea de mutuo acuerdo ente el trabajador y el empleador, no resultando procedente que sea impuesta unilateralmente por una de las partes.

Se establece un límite a la acumulación del feriado, al establecerse que solo se pueden acumular hasta 2 periodos de feriado, por lo que es improcedente acumular 3 o más periodos consecutivos de feriado, por lo cual, el empleador,

cuando haya dos períodos acumulados, deberá conceder, a lo menos, uno de ellos, antes que el dependiente complete el tiempo que le da derecho a otro período.

✓ EL FERIADO PROGRESIVO

El derecho al feriado progresivo se encuentra regulado en el artículo 68 del Código del Trabajo, el cual dispone:

Artículo 68: Todo trabajador, con diez años de trabajo, para uno o más empleadores, continuos o no, tendrá derecho a un día adicional de feriado por cada tres nuevos años trabajados, y este exceso será susceptible de negociación individual o colectiva.

Con todo, sólo podrán hacerse valer hasta diez años de trabajo prestados a empleadores anteriores.

De la norma precedentemente citada, podemos establecer que el feriado progresivo consiste en que el trabajador aumenta su feriado básico en relación a los años de prestación de servicios, este derecho presenta las siguientes características:

1. El trabajador debe tener, a lo menos, 10 años de servicio, para uno o más empleadores.
2. Aumenta en razón de 1 día por cada 3 nuevos años trabajados. Así, por ejemplo, un dependiente con 16 años de servicio, tiene derecho a 2 días adicionales de feriado (un día por cada 3 años).
3. El exceso del feriado básico, es decir, el número de días que aumenta, puede ser objeto de negociación entre trabajador y empleador. Lo que no es susceptible de negociación es el feriado básico. El feriado básico no es compensable en dinero estando vigente la relación laboral, sin embargo, el legislador permite que el feriado progresivo si puede ser compensado en dinero, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 73 del Código del Trabajo el valor mínimo al cual se puede compensar el feriado progresivo, es al valor diario de remuneración integra regulado en el artículo 71 del Código del Trabajo.
4. Se dispone un límite de 10 años trabajados para empleadores anteriores que puede invocar un trabajador ante su empleador para efectos de feriado progresivo. Por ejemplo, un trabajador, lleva con un empleador 9 años y anteriormente laboró 15 años con otro empleador, puede invocar 10 años trabajados con los otros, quedando en 19 años, con lo cual, adicional a su feriado básico, le corresponden 3 días de feriado progresivo (1 por cada 3 años).
5. Los años trabajados a un mismo empleador, continuo o discontinuos, no se encuentran afectos al límite de 10 años.
6. El feriado progresivo debe concederse a continuación del feriado básico, salvo que las partes acuerden una forma diferente para concederlos, por ejemplo, fraccionándolo.
7. El feriado progresivo pasa ser parte del feriado de los trabajadores que tengan derecho a él, por lo cual su otorgamiento debe ser siempre a continuación o en conjunto del feriado básico del trabajador, salvo por supuesto que se hubiese acordado la compensación en dinero del feriado progresivo.

Dado que el feriado progresivo pasa a ser parte del feriado del trabajador, este debe agregarse al feriado básico para efecto de determinar la indemnización por feriado que le corresponda al trabajador, al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 3838/0192 de 18.11.2002

5) Los días adicionales de feriado por concepto de feriado progresivo corresponde agregarlos para el pago de feriado compensatorio o proporcional, de haberse extinguido el contrato de trabajo.

6) La forma de acreditar los años trabajados para empleadores anteriores, para los efectos del feriado progresivo, está señalada en el decreto reglamentario N° 586, de 1964, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, reseñada en este dictamen.

✓ EL FERIADO COLECTIVO

El artículo 76 del Código del Trabajo regula la facultad del empleador de otorgar el denominado feriado colectivo, señalando dicha norma:

Artículo 76: Los empleadores podrán determinar que en sus empresas o establecimientos, o en parte de ellos, se proceda anualmente a su cierre por un mínimo de quince días hábiles para que el personal respectivo haga uso del feriado en forma colectiva.

En este caso, deberá concederse el feriado a todos los trabajadores de la respectiva empresa o sección, aun cuando individualmente no cumplan con los requisitos para tener derecho a él, entendiéndose que a éstos se les anticipa.

De la norma precedentemente citada se desprende que el feriado colectivo presenta las siguientes características:

1. Es una facultad del empleador. En estos casos, es el empleador quien determina el momento en que el trabajador hará uso de sus vacaciones.
2. El cierre de la empresa o establecimiento anualmente no debe ser inferior a 15 días hábiles.
3. El cierre debe ser con el objeto de conceder el feriado a los trabajadores en forma colectiva.
4. El feriado debe concederse a todos los dependientes de la empresa o sección, aun cuando algunos no cumplan con los requisitos para ello. Se entiende que respecto de estos últimos trabajadores el feriado se les anticipa.

✓ OTORGAMIENTO DEL FERIADO ANTES DE QUE EL TRABAJADOR CUMPLA UN AÑO DE SERVICIO

Si bien el derecho a feriado nace cuando el trabajador cumple un año de servicio, no existe inconveniente alguno en que el trabajador haga uso de este beneficio antes de enterar un año de servicio en la empresa, en la medida que exista acuerdo entre las partes y que este acuerdo no implique una trasgresión a las normas sobre cómputo y fraccionamiento del feriado establecidas en el Código del Trabajo, así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo en **Ordinario N° 3515/0188, de 10.06.1997; Ordinario N° 3951/0220, de 08.07.1997; Ordinario N° 5.194, de 23.12.2014.**

Es importante tener presente que cuando se le otorga el feriado en forma anticipada, al momento de terminar la relación laboral, el empleador podrá descontar las sumas que correspondan a los días de feriado otorgados en forma anticipada que no alcanzaron a devengarse en la medida que se haya pactado dicho descuento entre las partes contratantes y que el trabajador al momento de ratificar el finiquito lo autorice. Si el trabajador se negare al descuento de estos días de feriado otorgados en forma anticipada y que no alcanzaron a ser compensados en los días de feriado que se devengaron en relación al tiempo servido, el empleador no podría retener el pago del finiquito respectivo.

Respecto de este punto Dirección del Trabajo nos indica:

Ordinario N° 5033/059, de 30.09.2015.

1. *Resultaría jurídicamente procedente anticipar, en la especie, el otorgamiento del feriado a los trabajadores que prestan servicios en la industria del cultivo de ostiones –la cual ha debido paralizar sus actividades a raíz del temporal que afectó a la región de Coquimbo en el mes de agosto del presente año–, aún cuando los mismos no hayan iniciado la anualidad que da derecho a dicho descanso, caso en el cual el límite para ello será de hasta dos períodos consecutivos.*
2. *En el evento que el trabajador, a quien se le haya otorgado el feriado de manera anticipada, en una o dos anualidades, deje de pertenecer a la empresa antes de cumplir el o los períodos que daban derecho al mismo, el empleador estará facultado para descontar del finiquito las diferencias que resulten por dicho ejercicio anticipado, en la proporción que corresponda a aquellos días que no alcanzaron a devengarse, siempre que exista un pacto en tal sentido, debiendo el trabajador, en todo caso, autorizar expresamente dicho descuento al momento de ratificar el finiquito.*

✓ LA INDEMNIZACIÓN DEL FERIADO

Esta indemnización se encuentra regulada en el artículo 73 del Código del Trabajo, norma que dispone:

Artículo 73: El feriado establecido en el artículo 67 no podrá compensarse en dinero.

Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de pertenecer por cualquiera circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido.

Con todo, el trabajador cuyo contrato termine antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, percibirá una indemnización por ese beneficio, equivalente a la remuneración íntegra calculada en forma proporcional al tiempo que medie entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones.

En los casos a que refieren los dos incisos anteriores, y en la compensación del exceso a que alude el artículo 68, las sumas que se paguen por estas causas al trabajador no podrán ser inferiores a las que resulten de aplicar lo dispuesto en el artículo 71.

De acuerdo a la norma citada y los objetivos que persigue el feriado no es procedente su compensación en dinero, ya que de ser así se desvirtúa la esencia del beneficio. Sin embargo, existen 2 excepciones a esta prohibición:

1. Debe indemnizarse el feriado legal a aquellos trabajadores que, reuniendo los requisitos para gozar de él, dejan de pertenecer a la empresa. Indemnización por feriado legal.
2. Debe indemnizarse a aquellos trabajadores que dejan de pertenecer a la empresa antes de completar un año de servicio, es lo que se denomina indemnización por feriado proporcional. Como así también se debe indemnizar el feriado proporcional correspondiente al tiempo transcurrido entre la fecha en que enteró la última anualidad y el término de la relación laboral.

Debemos tener presente que el derecho a feriado no está subordinado a la prestación efectiva de servicios sino a la simple vigencia del contrato de trabajo, es por ello que en el caso de los trabajadores que se encuentren con licencia médica, los trabajadores que gocen de permisos sin goce de remuneración o cualquier otra circunstancia que suspenda los efectos de la relación laboral, siguen acumulando antigüedad para efectos del derecho a feriado, por lo que en el caso de un trabajador haya hecho uso de licencia médica por ejemplo durante 2 años, para efectos del feriado tendrá derecho a esos dos períodos si la relación laboral termina se deberán indemnizar además del feriado proporcional que corresponda, toda vez que durante ese tiempo la relación laboral se mantuvo vigente.

De acuerdo a las normas que regulan el derecho a feriado, debemos tener claro que el tipo de jornada que tenga el trabajador no afecta el número de días de feriado que por cada anualidad le corresponda, es así que un trabajador a tiempo parcial goza de los mismos derechos en cuanto a feriado que el trabajador a tiempo contratado por 45 horas semanales.

De acuerdo al artículo 73, al compensar en dinero el feriado, el dependiente deberá percibir una suma que no sea inferior a lo prescrito en el artículo 71 del Código del Trabajo, esto es el derecho a remuneración íntegra durante el feriado.

La compensación del feriado pendiente al concluir la relación laboral se considera como indemnización, es por ello que las normas de protección a las remuneraciones no le resultan aplicables, así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo que al respecto ha señalado:

Respecto de la indemnización por feriado legal y proporcional podemos citar los siguientes pronunciamientos de la Dirección del Trabajo:

Ordinario N° 5459/0318, de 02.11.1999:

"El trabajador que deja de pertenecer a la empresa antes de completar un año de servicio o una nueva anualidad, tiene derecho a percibir una indemnización por concepto de feriado calculada en forma proporcional al tiempo transcurrido entre su contratación o la fecha en que enteró la última anualidad y el término de sus funciones".

Ordinario N° 7173/0351 24.11.1997:

"De los preceptos legales precedentemente transcritos se infiere que el feriado es un beneficio que no puede compensarse en dinero sino en los casos de excepción contemplados en la ley; estos son:

- a) cuando el trabajador deja de pertenecer a la empresa teniendo los requisitos para hacer uso de feriado;*
- b) cuando el contrato de trabajo termina antes de que el trabajador entere los requisitos para tener derecho a feriado, y*
- c) cuando se compense lo que exceda del feriado básico de 15 días hábiles, en el caso de los dependientes que gozan de feriado progresivo".*

Ordinario N° 2910/0174, de 14.04.1994:

"Para impetrar el beneficio del feriado proporcional, no requiere el dependiente haber trabajado un año o más en la empresa".

Ordinario N° 3792/0231, de 30.07.1993:

"El feriado proporcional que contempla el artículo 72, inciso 3° del Código del Trabajo no está subordinado a la prestación efectiva de servicios sino a la simple vigencia del contrato de trabajo durante el año respectivo, de suerte que no se extingue en caso que el trabajador haya hecho uso de licencia médica, toda vez que durante esta la relación jurídico laboral se mantiene vigente".

Ordinario N° 3838/0192 de 18.11.2002

3) El pago compensatorio por feriado concluido el contrato de trabajo, al conformar indemnización, podría ser objeto de descuentos sin las limitaciones del artículo 58, y de embargo, sin las restricciones del artículo 57 del Código del Trabajo.

4) *El pago por feriado compensatorio extinguido el contrato de trabajo, constituiría jurídicamente indemnización, y no remuneración.*

Ordinario N° 4004/0201, de 02.12.2002:

En general, las indemnizaciones que corresponda pagar con motivo del término del contrato de trabajo, no quedarían afectas a las normas de inembargabilidad del artículo 57 del Código del Trabajo, por lo que serían embargables sin restricciones de tope legal.

✓ CAUSALES QUE DAN DERECHO A ESTA INDEMNIZACIÓN

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 73 del Código del Trabajo que señala *“deja de pertenecer por cualquiera circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido”*, podemos sostener que cualquiera sea la casual de término de la relación laboral el empleador deberá compensar al trabajador el feriado legal y proporcional al trabajador, incluso si la relación laboral termina por muerte del trabajador.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 3838/0192 de 18.11.2002

1) *Cualquiera sea la causa del despido o de término de contrato del trabajador, procede el pago o compensación del feriado a que tenía derecho a la fecha del término o conclusión de los servicios.*

2) *Para el pago de feriado compensatorio de un trabajador que tiene pactada la remuneración en moneda extranjera, procede considerar la equivalencia del tipo de cambio a moneda nacional vigente al día del pago efectivo del feriado compensatorio, y no el de la fecha del despido.*

Ordinario N° 0013/0006, de 05.01.2004:

2) *Cualquiera que sea la causa del despido o de término del contrato de trabajador, procede el pago o compensación del feriado a que tenía derecho a la fecha de la conclusión de los servicios, salvo que su contrato haya sido suscrito con una duración no superior a treinta días o haya sido prorrogado por un lapso que sumado al período inicial no exceda los sesenta días, casos en los cuales debe entenderse incluida en su remuneración todo lo que deba pagársela por concepto de feriado.*

Ordinario N° 4793/083, de 08.11.2010:

1) *En caso de muerte del trabajador procede el pago de indemnización por feriado compensatorio, o por feriado proporcional, devengados a la fecha de su fallecimiento.*

2) *El pago correspondiente de estas indemnizaciones deberá efectuarse por el empleador al cónyuge, a los hijos matrimoniales y no matrimoniales, o a los padres de la misma filiación del fallecido, unos a falta de otros, en el orden indicado, como igualmente, lo que restare de las remuneraciones pendientes descontados los gastos de funeral, todo ello hasta el tope legal del artículo 60 del Código del Trabajo.*

Ordinario N° 4574/0288, de 07.09.1993:

“Cuando la obra o faena para la cual fueron contratados los referidos trabajadores excede de un año, estos tienen derecho al feriado básico de 15 días hábiles con remuneración íntegra. Por el contrario, si la obra tiene una duración inferior a dicho lapso de tiempo, el beneficio en cuestión debe ser indemnizado en proporción al tiempo que medie entre su contratación y el término de sus funciones”.

✓ TRABAJADORES QUE NO TIENE DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN POR FERIADO

En nuestra legislación existen excepciones al derecho a indemnización por feriado proporcional, las cuales están son las siguientes:

✓ TRABAJADORES CONTRATADOS POR 30 DÍAS O MENOS:

De acuerdo a lo dispuesto en los inciso 4º y 5º del artículo 44 del Código del Trabajo, en la remuneración pactada con el trabajador, se entienden incluidos todos los estipendios o beneficios que se devengan en relación al tiempo servido cuando la duración del contrato de trabajo sea igual o inferior a 30 días, en consecuencia, en aquellos casos que la duración del contrato no exceda de los días indicados, no existe obligación de pagar gratificación, feriado proporcional y todos aquellos beneficios que se devengan en relación al tiempo servido, ya que estos se consideran incluidos en la remuneración estipulada.

En el caso de los contratos de trabajo de duración igual o inferior a 30 días, que prorrogados, dan un período total de prestación de servicios que no excedan de 60 días, tampoco se pagara feriado proporcional.

En definitiva, en todo contrato ya se traten a plazo fijo, por obra o faena o indefinido cuya duración no exceda de 30 días, o que prorrogado el tiempo total de trabajo no supere los 60 días, no existe la obligación de pagar ningún beneficio proporcional al tiempo trabajado como son el feriado proporcional y la gratificación.

El artículo 44 del Código del Trabajo dispone:

Artículo 44: La remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes o bien por pieza, medida u obra, sin perjuicio de lo señalado en la letra a) del artículo 42.

En ningún caso la unidad de tiempo podrá exceder de un mes.

El monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se conviniere jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo.

En los contratos que tengan una duración de treinta días o menos, se entenderá incluida en la remuneración que se convenga con el trabajador todo lo que a éste debe pagarse por feriado y demás derechos que se devenguen en proporción al tiempo servido.

Lo dispuesto en el inciso anterior no regirá respecto de aquellas prórrogas que, sumadas al período inicial del contrato, excedan de sesenta días.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 9540/0292, de 22.12.1987:

Los trabajadores contratados por un período no superior a treinta días carecen de derecho al pago de feriado proporcional considerando que lo que debe pagárseles por tal beneficio se entiende incluido en la remuneración convenida.

Ordinario N° 1230/070, de 23.03.1998:

Resulta aplicable a los contratos de trabajo celebrados para una obra o faena determinada que no exceda de 30 días lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 44 del Código del Trabajo.

No procede el pago de gratificación legal en el caso de un contrato de trabajo a plazo fijo, por un período inferior a 30 días, que ha sido prorrogado, con posterioridad a su vencimiento, por una obra o faena que sumada al período inicial no excede de 60 días.

Ordinario N° 6523, de 26.12.2018

De lo expuesto precedentemente se advierte el carácter excepcional de las normas referidas, lo que fuerza a interpretarlas de modo restringido, vale decir, para la situación expresamente señalada en la misma.

De tal suerte, analizado el caso en consulta a la luz del razonamiento indicado, no cabe sino concluir que la situación que prevé el inciso 4° del artículo 44, será aplicable a contratos de una duración superior a treinta días en el sólo caso de haber operado la prórroga a que hace mención el inciso 5° de la citada norma.

Sostener lo contrario, vale decir, que en la remuneración de los contratos de duración superior a treinta días se encuentra incluido el pago de feriado y demás derechos que se devengan en proporción al tiempo servido, equivale a ampliar artificialmente la norma del inciso 4°, cuya extensión ha sido prevista únicamente al caso de prórroga.

✓ TRABAJADORES DE EMPRESAS QUE DEJEN DE FUNCIONAR CIERTOS PERIODOS DEL AÑO

En el caso de las empresas o establecimientos de estas que dada la naturaleza de las labores que en ella se desarrollan, estas dejen de funcionar durante ciertos periodos de tiempo en el año, se establece en el artículo 74 del Código del Trabajo una excepción al derecho a feriado de los trabajadores, cual es que los trabajadores que en ella laboran no tendrán derecho al feriado, en la medida que se den las siguientes condiciones:

1. Los períodos en los cuales la empresa deja de funcionar y que el personal no preste servicios no sean inferiores al número de días hábiles de feriado que le correspondería al personal.
2. Durante dichos periodos el trabajador perciba normalmente las remuneraciones pactadas.

El mencionado artículo 74 del Código del Trabajo señala:

Artículo 74: No tendrán derecho a feriado los trabajadores de las empresas o establecimientos que, por la naturaleza de las actividades que desarrollan, dejen de funcionar durante ciertos períodos del año, siempre que el tiempo de la interrupción no sea inferior al feriado que les corresponda de acuerdo a las disposiciones de este Código y que durante dicho período hayan disfrutado normalmente de la remuneración establecida en el contrato.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2373, de 02.05.2016

De la norma legal transcrita se desprende que los trabajadores que se desempeñan en aquellas empresas, establecimientos o actividades que deben interrumpir sus funciones o actividades durante determinados períodos del año, no tienen derecho a feriado.

Cabe advertir que dicha norma legal, más que una excepción al feriado, constituye una forma especial de dar cumplimiento a dicho beneficio en el caso de las empresas que, por la naturaleza de sus actividades, interrumpen estas durante cierto tiempo, en el cual continúan pagando remuneraciones al personal, como sucede, precisamente en el caso de los establecimientos educacionales que interrumpen actividades sólo entre los meses de enero y febrero de cada año.

Precisado lo anterior y, considerando las especiales características de los servicios que se prestan en los establecimientos educacionales no cabe sino sostener que el empleador se encuentra obligado a dar cumplimiento al feriado legal de los asistentes de la educación en los términos previstos en el artículo 74 del Código del Trabajo, necesariamente, en el período de interrupción de las actividades escolares, entre los meses de enero y febrero o el tiempo que medie entre el término del año escolar y el inicio del siguiente.

Ordinario N° 631, de 05.02.2015:

De la norma legal transcrita se desprende que los trabajadores que se desempeñan en aquellas empresas, establecimientos o actividades que deben interrumpir sus funciones o actividades durante determinados períodos del año, no tienen derecho a feriado.

Cabe advertir que dicha disposición, más que una excepción al feriado, constituye una forma especial de dar cumplimiento a tal beneficio en el caso de las empresas que, por la naturaleza de sus actividades, interrumpen éstas durante cierto tiempo, en el cual continúan pagando remuneraciones al personal, como sucede, precisamente en el caso de los establecimientos educacionales que interrumpen actividades entre los meses de enero y febrero de cada año o el que media entre el término del año escolar y el inicio del siguiente.

En otros términos, el legislador entiende concedido el feriado por el hecho de que el establecimiento en que labora el dependiente interrumpa sus actividades durante uno o más períodos en el año, siempre que dichas interrupciones signifiquen para el personal un descanso similar al establecido en los incisos 1° y 2° del artículo 67 del Código, es decir, a lo menos 15 días hábiles con derecho a remuneración íntegra, o 20 días hábiles tratándose de quienes prestan servicios en la Duodécima Región de Magallanes y de la Antártica Chilena, en la Undécima Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, y en la Provincia de Palena.

Esta excepción al derecho a feriado y por supuesto a la indemnización del feriado legal y proporcional se aplica básicamente para los establecimientos educacionales, solo se aplicaría respecto del personal que se beneficie de la interrupción de las actividades por enero y febrero en dichos establecimientos y no respecto de quienes ingresaron a la empresa y el término de la relación es antes de dichos periodos de interrupción, toda vez que en esos casos el trabajador mantiene el derecho a la indemnización por feriado proporcional, así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo en sus pronunciamientos.

Ahora bien, en el caso de los asistentes de la educación y los docentes que gozan del derecho a prórroga del contrato de trabajo por los meses de enero y febrero, cuya relación laboral termina en diciembre, el hecho de beneficiarse de dicha prórroga los exime del derecho a feriado proporcional.

Respecto de esta materia la Dirección del Trabajo nos indica:

Ordinario N° 1783/031, de 10.04.2015

De la norma legal transcrita se desprende que los trabajadores que se desempeñan en aquellas empresas, establecimientos o actividades que deben interrumpir sus funciones o actividades durante determinados períodos del año, no tienen derecho a feriado.

Cabe advertir que dicha norma legal, más que una excepción al feriado, constituye una forma especial de dar cumplimiento a este beneficio en el caso de las empresas que, por la naturaleza de sus actividades, interrumpen estas durante cierto tiempo, en el cual continúan pagando remuneraciones al personal, como sucede, precisamente en el caso de los establecimientos educacionales que interrumpen actividades en los meses de enero y febrero de cada año o el que media entre el término del año escolar y el inicio del siguiente.

En otros términos, el legislador entiende concedido el feriado por el hecho de que el establecimiento en que labora el dependiente interrumpa sus actividades durante uno o más períodos en el año, siempre que dichas interrupciones signifiquen para el personal un descanso similar al establecido en el artículo 67 del Código, es decir, a lo menos de 15 días hábiles o de 20 días hábiles, según sea el caso, con derecho a remuneración íntegra.

Aplicando lo expuesto en párrafos que anteceden al caso que nos ocupa, preciso es convenir que los asistentes de la educación que se desempeñan en establecimientos educacionales particulares subvencionados, cuyos contratos terminen antes de enterar el año laboral vigente, tienen derecho al beneficio de feriado proporcional que prevé el artículo 73 del Código del Trabajo, no obstante estar afectos a la norma especial que, sobre cumplimiento del derecho a feriado, se establece en el artículo 74 del mismo cuerpo legal.

Ordinario N° 4245, de fecha 12.08.2016.

De la disposición legal transcrita se desprende que los trabajadores que se desempeñan en aquellas empresas, establecimientos o actividades que interrumpen sus funciones durante determinados períodos del año, no tienen derecho a feriado.

Cabe advertir que dicha norma legal, más que una excepción al feriado, constituye una forma especial de dar cumplimiento a este beneficio en el caso de las empresas que, por la naturaleza de sus actividades, interrumpen éstas durante cierto tiempo, en el cual continúan pagando remuneraciones al personal como sucede, precisamente en el caso de los establecimientos educacionales entre los meses de enero y febrero de cada año.

Lo expuesto, siempre y cuando la inactividad en el respectivo período no sea inferior al feriado anual que reconoce el Código del Trabajo, esto es, de quince días hábiles o, de veinte días hábiles tratándose de quienes laboran en la Undécima Región, Duodécima Región y en la Provincia de Palena.

De esta manera, entonces, considerando que los establecimientos educacionales interrumpen sus actividades escolares entre los meses de enero y febrero o, durante el período que media entre el término del año escolar y el inicio del siguiente, preciso es sostener que los asistentes de la educación que prestan servicios en los mismos deben necesariamente hacer uso de su feriado legal de quince días hábiles o de veinte días hábiles, según corresponda, durante el referido período de interrupción de las actividades escolares, sin que proceda, por ende, su concesión en una época distinta a la de aquella.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho a hacer uso, dentro del mismo período de interrupción, de los días adicionales que por concepto de feriado progresivo tengan derecho los referidos trabajadores en los términos previstos en el artículo 68 del Código del Trabajo.

Precisado lo anterior, cabe señalar por su parte que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto N° 453, de 1991, reglamentario del Estatuto Docente, se entiende por año escolar el período fijado de acuerdo a las normas que rigen el calendario escolar y que por regla general, abarca el período comprendido entre el 1° de marzo y el 31 de diciembre de cada año.

En efecto, la referida disposición reglamentaria, en su inciso 1°, establece:

"Se entiende por año escolar el período fijado de acuerdo a las normas que rige el calendario escolar y que por regla general, abarca el período comprendido entre el 1° de marzo y el 31 de diciembre de cada año."

No obstante lo anterior, puede ocurrir que por determinadas razones, el Ministerio de Educación, prolongue el año escolar más allá del 31 de diciembre, caso en el cual el feriado legal de dicho personal no se iniciará a partir del 1° de enero sino en una fecha posterior.

En la especie, la cláusula décima segunda del Contrato Colectivo de Trabajo, suscrito entre la Corporación de Desarrollo Social de Buin y el Sindicato de Funcionarios No Docentes del Departamento de Educación de la misma, en su parte pertinente, establece:

"Los Funcionarios que cumplan algunas de las funciones establecidas en la letra a) del Artículo 2° de la Ley N° 19.464, suspenderán sus actividades una vez terminado el año escolar y se reincorporarán plenamente a sus funciones cinco días antes del inicio del año escolar fijado por la autoridad comunal o el sostenedor, siempre y cuando hayan hecho entrega de informe que dé cuenta de haber concluido las labores o tareas encomendadas para el año escolar.

"Los Paradoctentes(Asistentes de la Educación identificados en la letra b) del Artículo 2 de la Ley 19.464, con más de un año de servicio, afiliados al Sindicato de Asistentes de la Educación de la Corporación de Desarrollo Social de Buin, y que se desempeñen en Establecimientos Educativos, suspenderán sus actividades dentro de los cuatro días hábiles siguientes al terminado el año escolar y se reincorporarán a sus funciones cuatro días hábiles antes del inicio del año escolar siguiente, con derecho a remuneración."

De la cláusula contractual antes transcrita, aparece que el feriado de los asistentes de la educación que cumplen funciones de carácter profesional que no sea de la educación se hará efectivo desde el día siguiente al término del año escolar y hasta cinco días antes del inicio del año escolar fijado por la autoridad comunal o el sostenedor.

Tratándose, a su vez, de quienes desempeñan funciones de paradoctencia de nivel técnico y labores de apoyo administrativo su feriado se iniciará dentro de los cuatro días hábiles siguientes de terminado el año escolar y concluirá cuatro días hábiles antes del inicio del año escolar siguiente.

Ahora bien, según consta de los antecedentes tenidos a la vista, en especial de la Resolución Exenta N° 0599 de 30 de julio de 2015, emitida por el Departamento Provincial de Educación Santiago Sur, dicha entidad autorizó a la Escuela de Los Rosales del Bajo, dependiente de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Buin a prolongar el año escolar para los niveles de 1° a 8° básico hasta el 11 de enero de 2016, a objeto de recuperar las clases no impartidas en el establecimiento educacional, como consecuencia del paro del profesorado.

De este modo, considerando que el feriado del personal asistente de la educación de que se trata, pactado en la cláusula décimo segunda del contrato colectivo debe hacerse efectivo al día siguiente o a los cuatro días hábiles siguientes, según corresponda, de concluido el año escolar, preciso es sostener, que habiéndose prolongado este último hasta el 11 de enero de 2016, la fecha de inicio de su feriado en los términos convenidos en el instrumento colectivo deberá contarse a partir del día siguiente de esta última fecha, independientemente de que tales trabajadores hayan o no participado en la paralización de actividades.

Con todo, preciso es hacer el alcance que dicha extensión del año escolar no pudo en caso alguno significar para el asistente de la educación una modificación unilateral de las condiciones pactadas en su contrato de trabajo, tales como la jornada semanal y diaria de trabajo, y las funciones convenidas.

Finalmente, cabe hacer presente que la Resolución Exenta N° 0599 de 30 de julio de 2015, que extendió el año escolar para recuperar determinados días de paralización de actividades, también estableció la posibilidad de que se laboraran horas extras para recuperar otros tantos días individualizados en la misma, para cuyos efectos la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Buin necesariamente debió contar con el acuerdo de sus trabajadores pagándoseles tales horas con el recargo legal correspondiente.

En consecuencia, sobre la base de la disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpla en informar a Uds. que el personal asistente de la educación de la Escuela Los Rosales del Bajo, dependiente de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Buin, se encontró obligado a continuar prestando servicios en los términos acordados en sus respectivos contratos de trabajo, por todo el período de extensión del año escolar dispuesto por el Departamento Provincial de Educación Santiago Sur, mediante Resolución Exenta N° 0599 de 30 de julio de 2015, con motivo del paro de los docentes de dicho establecimiento ocurrido en los meses de junio y julio de 2015, sin que ello signifique una vulneración del feriado legal de los referidos trabajadores en los términos convenidos en la cláusula décimo segunda del instrumento colectivo vigente.

Ordinario N° 5140/0244, de 14.08.1995:

"Los profesionales de la educación que laboran en establecimientos educacionales particulares pagados, cuyos contratos terminan antes de enterar un año de servicio, tienen derecho al beneficio de feriado proporcional que prevé el artículo 74 del Código del Trabajo.

Ordinario N° 1402/016, de 29.03.2011:

2) A la asistente de la educación, doña....., desvinculada el 28 de enero de 2011, le asiste el derecho a que su contrato de trabajo se prorrogue hasta febrero de 2011, siempre y cuando haya prestado servicios por más de seis meses continuos en el correspondiente establecimiento educacional.

4) El beneficio de la prórroga del contrato de trabajo de una asistente de la educación, hace improcedente el derecho a que la misma tenga derecho, además, a indemnización por concepto de feriado proporcional.

✓ DETERMINACIÓN DEL NÚMERO DE DÍAS HÁBILES A INDEMNIZAR POR FERIADO LEGAL Y PROPORCIONAL

Para efectos de determinar el número de días hábiles de feriado que deben ser compensados o indemnizados al momento de concluir la relación laboral se deben tener en consideración lo siguiente:

✓ EL FERIADO LEGAL PENDIENTE

De acuerdo al artículo 67 del Código del Trabajo que señala que "los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles", nos permite establecer que la forma en la cual debe analizarse la anualidad del trabajador será en base a la fecha de ingreso del trabajador a igual fecha de en el año siguiente, esto porque un año es un periodo de 12 meses y mes es un periodo continuo de tiempo de va de un día a igual día del mes siguiente.

Respecto del concepto de mes y de año es conveniente citar los siguientes pronunciamientos de la Dirección del Trabajo:

Ordinario N° 2930/078, de 23.07.2003:

Considerando que el legislador no ha definido en el texto legal en referencia que ha de entenderse por año, para los efectos en análisis, se hace necesario recurrir al significado que a tal término otorga, según la doctrina, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, dando aplicación a la regla de interpretación de la ley del artículo 20 del Código Civil, en cuanto las palabras de la ley se entenderán en

su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que para estos efectos indica que "año" es "un período de doce meses, a contar de un día cualquiera".

Ordinario N° 1113/0100, 21.03.2000:

En lo que dice relación con la primera consulta planteada se hace necesario recurrir a las normas de hermenéutica legal contenidas en los artículos 19 y 20 del Código Civil, conforme a la primera de las cuales "cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", agregando la segunda que "Las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras", cual es, según la jurisprudencia, aquel que a las palabras da el Diccionario de la Real Academia Española.

Según el texto citado año significa "período de doce meses, a contar de un día cualquiera", concepto este que permite sostener que el legislador al utilizar en la norma en comento el vocablo "año" ha querido referirse a un período de 12 meses, cualquiera que sea el día en que el mismo se inicia.

Ordinario N° 4678/203, de 20.08.1996:

En relación con la materia, cabe consignar que la jurisprudencia administrativa de este servicio, interpretando el sentido y alcance de la disposición contenida actualmente en el artículo 55 del Código del Trabajo, ha precisado, entre otros, en dictamen N° 1351, de 13.03.86, que la expresión "mes" a que en el mismo alude no tiene por qué coincidir, necesariamente, con el mes calendario.

El mismo pronunciamiento jurídico sostiene que para los efectos previstos en dicho precepto la expresión "mes" es aquella unidad de tiempo que dura un período continuo que se cuenta desde un día señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente, sin que sea necesario que se extienda del día primero al 28, 29, 30 ó 31, de suerte que resulta posible considerar como tal, también, a vía de ejemplo, el que va del día 20 de enero al 20 de febrero, o del 15 de enero al 15 de febrero, etc.

La definición de mes y año que nos da la Dirección del Trabajo son muy importantes, todas vez que para determinar la anualidad del trabajador y por consiguiente su derecho a feriado y a la indemnización por años de servicios se debe considerar siempre la fecha de ingreso del trabajador, es así que si una persona ingresa a la empresa el 10 de agosto de 2021, recién tendrá un año de servicios el 10 de agosto de 2022, siendo esa anualidad la que le dará derecho a su feriado legal de 15 o 20 días hábiles dependiendo del lugar de prestación de los servicios.

El control de los días hábiles de feriado que el empleador implemente en su empresa deberá siempre guiarse por este concepto de año para efectos de poder determinar adecuadamente cuando gozará del derecho a feriado el o los trabajadores y poder determinar adecuadamente los días pendientes de feriado al concluir la relación laboral.

✓ EL FERIADO PROGRESIVO PENDIENTE

Dado que el feriado progresivo pasa ser parte del feriado del trabajador, esto de conformidad al artículo 68 del Código del Trabajo, para efecto de determinar la indemnización por concepto de feriado pendiente se deberá tener en consideración los días de feriado progresivos que el trabajador aun tenga pendientes de utilizar, toda vez a que esos días de feriado progresivo deberán sumarse al feriado básico para la determinación de los días hábiles pendientes al momento de concluir la relación laboral.

✓ EL FERIADO PROPORCIONAL

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 73 del Código del Trabajo, el empleador debe indemnizar la proporción de feriado que le corresponda según el tiempo laborados a los trabajadores que dejan de pertenecer a la empresa antes de completar un año de servicio, es lo que se denomina indemnización por feriado proporcional, esta

proporción también se calcula en relación al transcurrido entre la fecha en que enteró la última anualidad y el término de la relación laboral.

Al momento de determinar la indemnización por feriado por feriado, en particular el número de días hábiles de feriado, se deberá tener en consideración los días hábiles de feriado progresivo que tenga el trabajador, toda vez que ellos son parte del feriado básico del trabajador debiendo ser incluidos en dicha indemnización también en forma proporcional

En el Código del Trabajo, no se establece una fórmula para determinar la proporción del feriado que tendría derecho el trabajador, es por ello que La Dirección del Trabajo ha determinado a través de sus pronunciamientos la forma de calcular el número de días hábiles que por concepto de feriado debe percibir el trabajador, siendo el procedimiento el siguiente:

1. Deberá primeramente dividirse el número de días de feriado a que el trabajador tendría derecho, incluidos los días de feriado progresivo, si los hubieren, por el número de meses que comprende el año. El producto de dicha operación será el número de días hábiles de feriado que al trabajador deben compensarse por cada mes trabajado.
2. El resultado anterior deberá multiplicarse por el número de meses, y fracción de meses de servicio que el dependiente hubiere acumulado entre la fecha de su contratación y la de término de sus funciones, o entre la fecha que haya enterado su última anualidad y la de terminación del contrato, según corresponda. La cifra resultante de tal operación será el número total de días hábiles de feriado que al trabajador deben compensarse por concepto de feriado, y
3. El total de días y fracciones de días así determinado deberá proyectarse en el calendario a partir del día siguiente a la fecha de terminación del contrato, tal como si el trabajador estuviese utilizando el feriado., por lo que el número de días de feriado incluirá tanto los días hábiles como los días inhábiles, esto es los sábados, domingos, festivos, conforme el artículo 69 del Código del Trabajo.
4. El producto de la operación precedente será el número total de días que, en definitiva, el empleador deberá compensar al trabajador por concepto de feriado a causa de la terminación del contrato de trabajo".

Respecto de este procedimiento la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 8413/0143, de 08.10.1989:

Armonizando los preceptos legales que regulan el feriado, especialmente los artículos 65 y 66 del Código del Trabajo que se refieren, respectivamente, al feriado básico y al feriado progresivo, y, teniendo presente, por otra parte, lo sostenido en dictámenes N°s 6021, de 16 de agosto de 1988, y 2575, de 27 de marzo de 1989, que en fotocopia se adjuntan, esta Dirección estima que para determinar la compensación que por concepto de feriado debe percibir el trabajador en los casos precedentemente citados debe observarse el siguiente procedimiento:

Deberá primeramente dividirse el número de días de feriado a que el trabajador tendría derecho, incluidos los días de feriado progresivo, si los hubiere, por el número de meses que comprende el año.

El producto de dicha operación será el número de días hábiles de feriado que al trabajador deben compensarse por cada mes trabajado.

El resultado anterior deberá multiplicarse por el número de meses, y fracción de meses de servicio que el dependiente hubiere acumulado entre la fecha de su contratación y la de término de sus funciones, o entre la fecha que haya enterado su última anualidad y la de terminación del contrato, según corresponda.

La cifra resultante de tal operación será el número total de días hábiles de feriado que al trabajador deben compensarse por concepto de feriado, y

c) El total de días y fracciones de días así determinado deberá calcularse a partir del día siguiente a la fecha de terminación de contrato y, deberá comprender, además de los días hábiles, los domingos, festivos y, en su caso, los hábiles que corresponda por aplicación del artículo 67 del Código del Trabajo.

El producto de la operación precedente será el número total de días que, en definitiva, el empleador deberá compensar al trabajador por concepto de feriado a causa de la terminación del contrato de trabajo.

✓ DETERMINACIÓN DEL NÚMERO TOTAL DE DÍAS DE FERIADO A INDEMNIZAR

Como se indicará en el punto anterior, el procedimiento de determinación del número de días de feriado a indemnizar, contempla una situación no prevista en la normativa laboral, cual es proyectar en el calendario a partir del día siguiente de concluida la relación laboral, los días de feriado con el fin de agregar los días inhábiles que procedan, tal como si el trabajador lo estuviese utilizando al estar vigente la relación laboral.

El criterio precedentemente señalado, no solo es de la Dirección del Trabajo, sino que también es compartido por los tribunales de justicia, pudiendo citarse el siguiente fallo de la Corte Suprema:

Corte Suprema, Rol N° 2142, de 16.12.1993:

Para determinar compensación del feriado pendiente que se debe pagar a la terminación del contrato, a los días hábiles del respectivo feriado se adicionan los domingos y festivos incluidos en el período si el trabajador hubiera hecho uso del beneficio.

Además, sobre este punto podemos citar los siguientes pronunciamientos de la Dirección del Trabajo en los cuales se mantiene el criterio antes expuesto:

Ordinario N° 1533/087, de 23.03.1999:

Las indemnizaciones que por concepto de feriado proporcional corresponde percibir al trabajador a cuyo contrato se ha puesto término antes de completar el año de servicio que da derecho a feriado, deben comprender además de los días hábiles, los días domingos y festivos que hubieren incidido en todo el período que abarque el descanso indemnizado.

Ordinario N° 0799/0067, de 01.03.2000:

La indemnización por concepto de feriado básico o de feriado proporcional que debe percibir un trabajador en conformidad a lo previsto en los incisos 2° y 3° del artículo 72 del Código del Trabajo, debe comprender además de los días hábiles, domingos y festivos, los días sábados que incidan en el período de descanso que se indemniza o compensa.

Ordinario N° 2540/0193, de 20.06.2000:

Procede indemnizar la totalidad de períodos de feriados acumulados en caso de término de contrato de trabajo, aun cuando se exceda el máximo de dos períodos de acumulación que permite la ley.

Del mismo modo, sobre la compensación en dinero de los feriados, incluidos los sábados, domingos y festivos, esta Dirección en forma reiterada y uniforme se ha pronunciado en el sentido que estos días deben incluirse en la base de cálculo de las sumas que en definitiva deben pagarse al dependiente que deja su trabajo (Dictámenes N°s. 8413, de 30.10.1989, y 1533/87, de 23.03.1999).

En estas condiciones, el pago hasta por diez años de feriados no concedidos y liquidados con inclusión de los sábados, domingos y festivos, se encuentra conforme a la legislación laboral y a la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, por tanto, en el ámbito estrictamente laboral, nada objetable advierte esta Entidad Fiscalizadora en los hechos examinados.

El proyectar los días hábiles de feriado en el calendario tal como si se utilizaran estos días, para agregar los días inhábiles debe hacerse a partir del día hábil siguiente de concluida la relación laboral, esto implica por ejemplo que, si la relación laboral concluye el día viernes 11 de septiembre de 2020, el primer día hábil de feriado que contaremos será el lunes 14 de septiembre, quedando por lo tanto incluidos dentro de la indemnización por feriado los días 12 y 13 de septiembre como días inhábiles. Al respecto la Dirección del trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2575/036, de 27.03.1989.

La fecha en que debe iniciarse el cómputo de las compensaciones en dinero del feriado a que aluden los incisos 2° y 3° del artículo 72 del Código del Trabajo, es el día siguiente a la fecha de la terminación del contrato.

Es importante destacar que la indemnización por feriado proporcional no siempre dará números exactos, produciéndose decimales, los cuales también deben ser compensados, ya que dichos decimales corresponden a una fracción de día, la que el legislador no excluyó del derecho a ser compensada, es por ello que al momento de determinar el total de días la fracción de feriado por ínfima que sea que esté pendiente de computo antes de una día inhábil se deberá hacer valer en el día hábil siguiente generando por lo tanto un mayor número de días de feriado a indemnizar.

A modo de ejemplo si un trabajador es desvinculado de la empresa el día jueves 10 de marzo de 2022 y tiene derecho a 1.32 días hábiles de feriado, el cómputo del feriado se realizará a partir del viernes 11, sin embargo, la fracción de día no se alcanza a hacer vales en dicho día, por lo que se deberá entender que se hace valer el día lunes 14 de marzo de 2022, es por ello que el número de días de feriado a indemnizar sería:

Días hábiles: 1.32

Días inhábiles: 2

Total días a indemnizar: 3.32

Sobre el particular la Dirección del trabajo ha señalado:

Ordinario N° 0826/0013, de 05.03.2007:

Para determinar el monto del feriado proporcional, la fracción de día -por ínfima que ella sea- que no alcanza hacerse valer en el último día hábil anterior a un sábado, domingo o festivo, pasa al día hábil siguiente, de tal forma que estos días intermedios deben servir de base para liquidar el beneficio.

A continuación, veremos algunos ejemplos de determinación del número de días de feriado a indemnizar:

Ejemplo 1:

Trabajador con derecho a 15 días hábiles de feriado por cada anualidad

Fecha ingreso del trabajador 20/10/2020

Fecha de término 31/01/2022

El trabajador solo utilizó 5 días de vacaciones.

Días hábiles feriado legal = $15 - 5 = 10$

Feriado proporcional: Desde la fecha en que el trabajador cumplió su anualidad hasta la fecha de término, transcurrieron 3 meses con 11 días por lo que la determinación del feriado proporcional será de la siguiente forma:

Días hábiles por mes = $15/12 = 1.25$

Días hábiles por fracción de mes = $1.25 / 30 = 0.0416666$

Feriado proporcional = $(1.25 \times 3) + (0.041666 \times 11) = 3.75 + 0.458$

Feriado proporcional = 4.208 días hábiles

Indemnización feriado legal proporcional = $10 + 4.208 = 14.208$ días hábiles

Días inhábiles = 6

Total, días a indemnizar = $14.208 + 6 = 20,208$

Al proyectar en el calendario los 14, 208 días hábiles a partir del día siguiente de concluida la relación laboral, se incorporaron 6 días inhábiles.

Ejemplo 2:

Trabajador con derecho a un feriado básico de 20 días hábiles

Fecha de ingreso del trabajador: 02.11.2021

Fecha de término: 27.03.2022

Número de días por mes = $20 / 12 = 1.6667$

Fracción por día = $1.6667 / 30 = 0.05555$

Trabajador tiene 4 meses y 25 días de vigencia relación laboral, el número de días hábiles se determinará, de la siguiente forma:

Número de días hábiles = $(4 \times 1.6667) + (25 \times 0.05555)$

Número de días hábiles = $6.667 + 1.389 = 8.056$

Días inhábiles: 2

Total días a indemnizar: 12,056

Ejemplo 3:

Trabajador con derecho a 15 días hábiles de feriado por cada anualidad

Fecha de ingreso a la empresa: 10.10.2021

Fecha término contrato: 17.05.2022

Número de meses de feriado = 7 meses

Número de días (fracción de mes) = 7 días

Fracción de días hábiles por mes = $15 / 12 = 1.25$

Fracción de días hábiles por día = $1.25/30 = 0.0416$

Número de días hábiles = $(1.25 \times 7) + (0.0416 \times 7) = 9.04$

Días hábiles de feriado = 9.04

Días inhábiles = 4

Total días a indemnizar = 13,04

Ejemplo 4:

Trabajador con derecho a 15 días hábiles de feriado por cada anualidad

Fecha ingreso del trabajador 20/10/2000

Fecha de término 31/03/2022

El trabajador no tiene días de feriado pendiente de periodos anteriores

El trabajador tiene derecho a 3 días de feriado progresivo por cada anualidad, y tiene 5 días pendientes de feriado progresivo que no ha utilizado de anualidades anteriores.

Días hábiles feriado pendientes (progresivos): 5

Feriado proporcional

Desde la fecha en que el trabajador cumplió su anualidad hasta la fecha de término, transcurrieron 5 meses con 11 días por lo que la determinación del feriado proporcional será de la siguiente forma:

Días hábiles por mes = $(15+3) / 12 = 1,5$ por mes, conforme lo señalado anteriormente el feriado progresivo se debe sumar al feriado básico para determinar la fracción por mes.

Días hábiles por fracción de mes = $1,5 / 30 = 0,05$

Feriado proporcional = $(1,5 \times 5) + (0,05 \times 11) = 7,5 + 0,55$

Feriado proporcional = 8,05 días hábiles

Total días hábiles a indemnizar: $5 + 8,05 = 13,05$ días hábiles

Días inhábiles = 7

Total días a indemnizar = 20,05

Otra forma de determinar el número de días hábiles que tendría derecho un trabajador por concepto de feriado proporcional, es la utilización de tablas el cálculo de feriado como las que pueden ser revisadas en la plataforma web.

Véase: DETERMINACIÓN DÍAS HÁBILES DE FERIADO PROPORCIONAL

✓ REMUNERACIONES A CONSIDERAR EN EL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN POR FERIADO

El artículo 73 del Código del Trabajo, respecto del cálculo del monto a pagar por concepto de la indemnización por feriado establece en su inciso final:

En los casos a que refieren los dos incisos anteriores, y en la compensación del exceso a que alude el artículo 68, las sumas que se paguen por estas causas al trabajador no podrán ser inferiores a las que resulten de aplicar lo dispuesto en el artículo 71.

Como se puede apreciar para determinar el monto de la indemnización por feriado debe utilizarse la remuneración íntegra durante el feriado establecida en el artículo 71 del mencionado Código del Trabajo, normativa que dispone:

Artículo 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 acuerdo a la norma citada, la forma en la cual se determinará la indemnización por feriado dependerá de la forma en la cual está constituida la remuneración del trabajador, esto es remuneración fija, remuneración variable o remuneración mixta.

✓ HABERES QUE SE EXCLUYEN DEL CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN POR FERIADO

Lo primero que debemos analizar para efectos de determinar la indemnización por feriado es cuales son los haberes que no se consideran en el cálculo.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 71 del Código del Trabajo, excluirémos del cálculo de la indemnización que nos ocupa:

- ✓ El sobretiempo, que es el pago de las horas extras.
- ✓ Las contraprestaciones en especies o regalías, como son por ejemplo los seguros de vida pagados por los empleadores, los que, si bien son remuneración, al no ser percibidas en dinero no pueden ser calificadas ni como sueldo ni como remuneración variable.
- ✓ La gratificación, aun cuando se pague mensualmente, ya que por definición la gratificación corresponde a la bonificación por las utilidades que el empleador hace a los trabajadores.
- ✓ Toda remuneración que no se pague mensualmente, como son por ejemplo los aguinaldos, como así también bonos que se paguen en periodos superiores a un mes como bonos bimestrales, trimestrales o anuales, aun cuando deba practicarse una reliquidación de estos para efectos previsionales y tributarios.
- ✓ Todo estipendio que no constituya remuneración, tales como las cargas familiares, las asignaciones de colación; movilización, desgaste de herramientas, pérdida de caja.
- ✓ La remuneración convenida por las horas de interrupción de la jornada diaria en conformidad al artículo 34 bis del Código del Trabajo.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Especies valuables en dinero

Ordinario N° 1422/0115, de 10.04.2000:

"No resulta procedente incluir el referido aporte de la empresa al seguro complementario de salud de sus trabajadores en la base de cálculo de la indemnización por concepto de feriado proporcional".

Asignaciones de colación y movilización

Ordinario N° 3426/0106 de 25.08.2003:

"No resulta jurídicamente procedente que la empresa XX incluya la asignación de movilización en el promedio de las remuneraciones que sirven de base para el pago del feriado anual y proporcional de los trabajadores de su dependencia."

Ordinario N° 5457/0316, de 02.11.1999:

"La indemnización por concepto de feriado proporcional debe ser equivalente a la remuneración íntegra que estará constituida por el sueldo, por el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados o bien por el sueldo más las remuneraciones variables percibidas en igual período, según se trate de dependientes sujetos a un sistema de remuneración fija, exclusivamente variable, o mixto, respectivamente."

Es posible sostener que la asignación de colación y de movilización no deben ser consideradas remuneración para ningún efecto, toda vez que por mandato expreso del legislador, carecen de tal carácter, conforme lo dispone la norma precedentemente transcrita y comentada, siendo, además contraprestaciones de carácter compensatorio tanto del valor de los alimentos que debe consumir el trabajador durante su jornada de trabajo, como de los gastos de movilización en que deba incurrir el dependiente para trasladarse de su domicilio al lugar de trabajo y viceversa."

En esta forma, resulta forzoso concluir que los bonos de colación y movilización por los cuales se consulta, tampoco deben ser considerados para los efectos de calcular la indemnización por concepto de feriado proporcional a que se refiere el inciso 3° del artículo 73 del Código del Trabajo".

La Gratificación pagada mensualmente

Ordinario N° 0836/0046, de 24.02.2004:

"Para los efectos de calcular la indemnización por concepto de feriado proporcional a que se refiere el inciso 3° del artículo 73 del Código del Trabajo, no resulta jurídicamente procedente incluir la gratificación legal que se paga mensualmente a los trabajadores por haberse convenido así en los respectivos contratos de trabajo, cualquiera que sea el sistema remuneracional a que se encuentran afectos, sin perjuicio del derecho que les asiste para percibir la cuota de dicho beneficio correspondiente al mes en que se pone término a la relación laboral."

Ordinario N° 4808/0226, de 17.08.1994:

"Para los efectos de calcular la indemnización por concepto de feriado proporcional a que se refiere el inciso 3° del artículo 73 del Código del Trabajo, no procede incluir la gratificación legal que se paga mediante anticipos mensuales, cualquiera sea el sistema remuneracional a que se encuentren afectos los respectivos trabajadores, sin perjuicio del derecho que les asiste a tales dependientes de percibir la cuota de dicho beneficio correspondiente al mes en que se pone término al contrato de trabajo"

Ordinario N° 2.528, de 20.05.2015

Finalmente, respecto a la segunda pregunta formulada, esto es, si dentro la de indemnización por concepto de feriado proporcional, resulta procedente incluir en su base de cálculo la gratificación pagada mes a mes o, en su caso, cuando se paga anualmente conforme a las reglas del artículo 47 del Código del Trabajo, la reiterada doctrina de esta Dirección, contenida entre otros, en dictamen N° 5457/316 de 02.11.1999, ha sostenido que "Para los efectos de calcular la indemnización por concepto de feriado

proporcional a que se refiere el inciso 3° del artículo 73 del Código del Trabajo, no procede incluir la gratificación legal que se paga mediante anticipos mensuales, cualquiera sea el sistema remuneracional a que se encuentran afectos los respectivos trabajadores, sin perjuicio del derecho que le asiste a tales dependientes de percibir la cuota de dicho beneficio correspondiente al mes en que se pone término al contrato de trabajo”.

Las Horas Extraordinarias

Ordinario N° 3553/0273, de 03.08.1998:

"La indemnización por concepto de feriado proporcional debe ser equivalente a la remuneración íntegra, que estará constituida por el sueldo, por el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados o bien, por el sueldo, más las remuneraciones variables percibidas en igual período, según se trate de dependientes sujetos a un sistema de remuneración fija, exclusivamente variable o mixto, respectivamente debiendo excluirse de la base de cálculo para determinar la referida indemnización, la gratificación o proporcional, en su caso y las horas extraordinarias”.

✓ TRABAJADORES CON REMUNERACIÓN FIJA

Para el correcto cálculo de la indemnización por feriado de los trabajadores que tienen una remuneración fija, como el legislador señala que esta estará constituida por el sueldo del trabajador.

La definición de sueldo está contenida en el artículo 42 letra A del Código del Trabajo, que señala:

Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

a) Sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10. El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.

Como se puede apreciar el Sueldo es definido como estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 10 del Código del Trabajo, norma que permite pactar beneficios o servicios en especies, los cuales pueden constituir remuneraciones en especies.

La ley ha precisado claramente que el cálculo del feriado debe efectuarse en base al sueldo, por lo tanto, sólo deben considerarse los estipendios que reúnan tal carácter. Por sueldo ha de entenderse el estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios (artículo 42, letra A, del Código del Trabajo), excluyéndose del cálculo cualquier estipendio que no reúna las características de sueldo, como es el caso de la gratificación, aun cuando esta se pague mes a mes, también deben excluirse las remuneraciones en especies, aun cuando se den todos los meses.

De acuerdo a la definición legal para que una remuneración pueda ser calificada como sueldo, deben concurrir copulativamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un estipendio fijo. El elemento fijeza que le da a un determinado beneficio el carácter de sueldo, está representado por la posibilidad cierta de percibirlo mensualmente y, además, porque su monto y forma de pago se encuentran preestablecidos en el contrato de trabajo o en acto posterior.
- b) Que se pague en dinero.
- c) Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato.
- d) Que responda a una prestación de servicios.

La Jurisprudencia Administrativa y Judicial, reiteradamente ha señalado que las partes al celebrar un contrato de trabajo, no se encuentran facultadas para calificar la remuneración que se otorga, ya que su naturaleza jurídica queda determinada por los elementos que le son propios. Por lo tanto, se ha resuelto que constituyen sueldo, las remuneraciones que reúnan los requisitos copulativos mencionados anteriormente.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 1015/0087, de 17.03.2000:

Una remuneración o beneficio puede ser calificado como sueldo cuando reúne las siguientes condiciones copulativas:

- 1.- Que se trate de un estipendio fijo.***
- 2.- Que se pague en dinero.***
- 3.- Que se pague en períodos iguales determinados en el contrato.***
- 4.- Que responda a una prestación de servicios.***

Ordinario N° 3152/063 de 25.07.2008:

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.***

Respecto de la inclusión de valores que tienen el carácter de sueldo en la indemnización por feriado la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 1360/083, de 29.03.1993:

"Para los efectos de calcular las indemnizaciones por años de servicio legal sustitutiva del aviso previo y por feriado, procede considerar la asignación trabajo en altura, consagrada en los contratos individuales del personal que labora en recintos mineros a más de 4.000 metros de altura sobre el nivel del mar".

✓ TRABAJADORES CON REMUNERACIONES VARIABLES

Expresamente el legislador señala que 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. Debe advertirse que el sobresueldo, es decir, la remuneración por las horas extraordinarias, no es una remuneración el carácter de variable.

El promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados, a que alude el inciso 2º del artículo 71 del Código del Trabajo, debe obtenerse sumando todas las remuneraciones variables percibidas en el período señalado, para luego dividir dicho monto por 3, dándonos el promedio mensual, el valor diario se obtendrá dividiendo el promedio antes mencionado por 30, el cual deberá multiplicarse por el número de días de feriado que se está indemnizando.

El promedio que nos interesa debe calcularse en base los meses anteriores al término de la relación laboral, es decir los denominación específica anteriores al mes que termina el contrato, cuando en algunos de los meses precedentes a aquel existió una suspensión del contrato, por estar el trabajador con licencia médica o bien haciendo uso de un permiso sin goce de remuneración, ese mes no debe ser considerado en el cálculo del promedio, debiendo considerarse únicamente en el cálculo meses completos.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 8180/0334, de 18.12.1995:

"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".*

Ordinario N° 2921/055, de 21.07.2011:

Para determinar el promedio previsto en el inciso 2º del artículo 71 del Código del Trabajo se debe considerar los tres últimos meses con denominación específica precedentes al feriado legal, en que el trabajador hubiere percibido remuneración completa, excluyéndose aquellos en que medió suspensión de la relación laboral.

Ordinario N° 2793/0136, de 05.05.1995:

"No resulta procedente computar para el cálculo de la remuneración que por concepto de feriado legal deben percibir los trabajadores con remuneración variable el período en que el dependiente estuvo acogido a licencia médica".

Ordinario N° 1556/021, de 07.04.2011:

Para efectos de determinar la remuneración íntegra a que tienen derecho durante su feriado legal los dependientes que laboran para la empresa Proalto Ltda., quienes están sujetos a un sistema de remuneración mixta, el valor obtenido del promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados, debe dividirse por 30.

Ordinario N° 2989/0166, de 08.06.1999:

Si se trata de determinar el promedio correspondiente al feriado de un dependiente con remuneración mixta que estuvo acogido a licencia médica, debe considerarse el o los meses anteriores al período en

que el dependiente hizo uso de licencia médica, toda vez que, no es posible atribuir al período abarcado por esta, la calidad de meses "trabajados", dado que durante ellos, como ya se dijera, la obligación de prestar servicios se encuentra suspendida.

✓ TRABAJADORES CON REMUNERACIÓN MIXTA (FIJA Y VARIABLE)

Los trabajadores que tienen remuneración mixta, esto es que perciben sueldo mensual y además remuneraciones variables tales como por comisiones, tratos o primas, al momento de calcular la indemnización por feriado, se calculará sobre la suma del sueldo base más el promedio de lo ganado por remuneración variable percibida en los 3 últimos meses.

Respecto de esta materia la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2994/0171, de 08.06.1999:

"Un trabajador afecto a un sistema de remuneración mixta, conformado por un sueldo base mensual y comisiones, lo cual significa, al tenor de lo ya señalado, que durante el feriado su remuneración íntegra estará constituida por el sueldo más el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados.

La remuneración íntegra correspondiente al feriado del trabajador por quien se consulta estará constituida por su sueldo más el promedio de las comisiones percibidas en los últimos tres meses laborados, entendiéndose por estos los tres meses anteriores al período durante el cual el dependiente hizo uso de la licencia médica".

Ordinario N° 1245/064, de 03.03.1994:

"Los trabajadores de Infodema S.A., para el cálculo de la remuneración íntegra de su feriado, se encuentran afectados a un régimen de remuneración mixta, debiéndose configurar el promedio de lo ganado en los últimos tres meses sumando al sueldo fijo y la asignación de casa, el estipendio variable constituido por el bono por trabajo en horario nocturno que correspondiere".

En el cálculo del promedio de las remuneraciones variables, solo se deben considerar aquellos meses en los cuales no se haya producido la suspensión del contrato, como ocurre en el caso de licencias médicas, debiendo utilizarse meses completos, sin embargo, en el caso que el dependiente haya incurrido en ausencias injustificadas, el mes en cuestión se considera trabajado y no se requiere excluirlo, así lo ha establecido la Dirección del Trabajo que al respecto ha señalado:

Ordinario N° 5100, de fecha 07.10.2015.

El inciso segundo del artículo 172 del Código del Trabajo prescribe: "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". Asimismo, conforme al inciso 2° del artículo 71 del mismo cuerpo legal, "En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados".

Se infiere de las normas precedentes, que en el caso que el trabajador perciba remuneraciones variables, el legislador ha dejado establecido similar criterio para el cálculo de la indemnización por término de contrato de trabajo y de la remuneración íntegra que debe pagarse al dependiente durante su feriado legal, consistente en que para la liquidación de ambos beneficios deberá considerarse el promedio de lo ganado en los últimos tres meses.

Como lo señala expresamente el Dictamen N° 2921/55, citado, la condición que debe reunir cada uno de estos últimos tres meses, es que en ellos se haya percibido remuneración completa y que no haya mediado suspensión de la relación laboral.

Cabe precisar enseguida, que la doctrina y la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección, han concluido que tanto el permiso sin goce de remuneraciones como el ejercicio del derecho a licencia médica involucran suspensión de los efectos del contrato de trabajo, en cuya virtud el trabajador se exonera de la obligación de concurrir al desempeño de sus labores y el empleador al pago de sus remuneraciones (Dictamen N° 75/8, de 05.01.99).

Sin embargo, la situación de las ausencias injustificadas en que incide la consulta, es distinta y produce otros efectos jurídicos.

En efecto, en la ausencia injustificada al trabajo - desde luego - no se configura una suspensión del contrato de trabajo. El dependiente que no ha concurrido al desempeño de sus labores, no cuenta con una causa o motivo que legalmente lo dispense de asistir a su trabajo, y por tanto, en tal caso, el contrato de trabajo conserva plenamente su eficacia, produciendo la consecuencia jurídica de que el mes en el cual se incurrió en la ausencia - imputable al dependiente - debe incluirse dentro de los últimos tres meses que sirven de base para liquidar el promedio de lo percibido, con lo cual se produce una legal y justificada disminución de la suma final.

En todo caso, bien pudiera resultar controvertida la calificación de los hechos como "ausencia injustificada", en tal evento, como en el resto de las causales de terminación del contrato de trabajo, "es el juez quién debe conocer de ellas, conforme a lo prevenido en el artículo 168 del Código del Trabajo, en cuanto si los trabajadores estimaren que la aplicación a su respecto de una determinada causal de terminación de contrato ha sido injustificada, indebida o improcedente o que no se ha invocado causal alguna o que las necesidades de la empresa carecen de fundamento, quienes tienen derecho a recurrir, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contados desde la separación, al respectivo juzgado a fin de que éste así lo declare" (Dictamen N° 1348/065, de 14.03.97).

En consecuencia, sobre la base de las normas legales y jurisprudencia administrativa invocada, las ausencias injustificadas al trabajo no suspenden la relación laboral, y por tanto, las remuneraciones del mes en que el dependiente se ausenta, deben servir de base para liquidar el promedio de lo ganado en los tres últimos meses.

Dado que la forma de calcular la remuneración íntegra durante el feriado es la misma que cuando se indemniza este derecho, nos resulta útil citar algunos pronunciamientos de la Dirección del Trabajo, toda vez que resultan aplicables para la materia que estamos revisando:

Ordinario N° 3655/0215, de 19.07.1999:

"Los estipendios que retribuyen estos desempeños ocasionales no responden a la noción de remuneración variable contemplada en el inciso 3° del artículo 71 del Código del Trabajo, toda vez que la jurisprudencia administrativa ha dejado establecido que estos tratos, para que originen remuneración variable, deben tener rasgos de permanencia y efectivamente producir fluctuación de remuneraciones de un mes a otro".

Ordinario N° 3402/0196, de 05.07.1999:

Al tenor de lo expresado, en la especie, posible es sostener que las asignaciones de pérdida de caja, colación y 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 2° del artículo 41 del Código del Trabajo antes transcrito y comentado.

A mayor abundamiento, si se considera que las referidas asignaciones pretenden resarcir al trabajador de pérdidas y gastos en que puede o debe incurrir con ocasión de su concurrencia al trabajo y de su prestación efectiva de servicios, preciso es convenir que, si durante el feriado éste se encuentra liberado de prestar dichos servicios, habrá desaparecido la causa que genera tales beneficios, no encontrándose el empleador, por ende, obligado a pagarlos.

De esta forma, para que las referidas asignaciones pactadas entre empleador y trabajador sean pagadas durante el feriado legal de éste último, se requiere que las partes, haciendo uso del principio de la autonomía de la voluntad, convengan expresamente su pago a todo evento, mediante estipulación precisa al respecto

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Uds. que la "remuneración íntegra" a que se refiere el inciso segundo del artículo 67 del Código del Trabajo, no comprende las asignaciones de pérdida de caja, colación y movilización y, por ende, resulta procedente que la Empresa S.A.C.I., durante el feriado legal de sus trabajadores, no pague a éstos los montos correspondientes a dichos beneficios.

Ordinario N° 3655/0215, de 19.07.1999:

"Los estipendios que retribuyen estos desempeños ocasionales no responden a la noción de remuneración variable contemplada en el inciso 3° del artículo 71 del Código del Trabajo, toda vez que la jurisprudencia administrativa ha dejado establecido que estos tratos, para que originen remuneración variable, deben tener rasgos de permanencia y efectivamente producir fluctuación de remuneraciones de un mes a otro".

Ordinario N° 2217/0156, de 18.05.1998:

"Los bonos de colación y movilización pactados en el contrato colectivo no deben ser considerados para el pago de la remuneración correspondiente al feriado legal de dichos dependientes".

Ordinario N° 7350/0379, de 01.12.1997:

"De ello se sigue, que dichos dependientes se encuentran sujetos a un sistema remuneracional fijo, lo que significa, en conformidad a lo expresado precedentemente, que durante el feriado su remuneración íntegra estará constituida por el sueldo.

Ahora bien, para estos efectos el concepto sueldo es aquel que entrega el ya transcrito y comentado artículo 42 letra a) del Código del Trabajo y las características que debe reunir una remuneración para ser calificada como sueldo son aquellas analizadas en párrafos precedentes, las cuales, como ya dijéramos, no concurren respecto de la Gratificación Extraordinaria como tampoco respecto del Bono de Producción, razón por la cual, se concluyó que tales estipendios no revisten el carácter de sueldo.

De consiguiente, si consideramos que tanto la Gratificación Extraordinaria o Bono Especial como el Bono de Producción que perciben los trabajadores en referencia, no constituyen sueldo, forzoso es concluir que tales beneficios no resulta procedente considerarlos para los efectos de calcular la remuneración correspondiente al feriado anual".

Ordinario N° 1245/064, de 03.03.1994:

"Los trabajadores de Infodema S.A., para el cálculo de la remuneración íntegra de su feriado, se encuentran afectos a un régimen de remuneración mixta, debiéndose configurar el promedio de lo ganado en los últimos tres meses sumando al sueldo fijo y la asignación de casa, el estipendio variable constituido por el bono por trabajo en horario nocturno que correspondiere".

✓ LA SEMANA CORRIDA EN LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR FERIADO

La semana corrida la semana corrida regulada en el artículo 45 del Código del Trabajo, es una remuneración especial impuesta por el legislador que tiene por objeto remunerar los días de descanso semanal a que tienen derecho los trabajadores, es decir, aquellos en que estos se encuentran liberados de prestar los servicios convenidos, a diferencia de lo que sucede con el sueldo y los emolumentos variables propiamente tales, que constituyen estipendios que remuneran la prestación de los servicios por la permanencia del dependiente en la empresa o en relación a su productividad, respectivamente.

A partir del 08-08-2012, fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.613, que modificó el artículo 71 del Código del Trabajo, lo que pague el empleador por concepto de semana corrida debe incorporarse al cálculo del promedio de los 3 últimos meses de las remuneraciones variables, es decir la semana corrida es base de cálculo del aludido promedio que servirá de base para la determinación de la indemnización por feriado.

Sobre el particular la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 3740/35, de 27.08.2012:

La norma legal preinserta establece que el trabajador remunerado exclusivamente por día y el remunerado por sueldo base y remuneraciones variables, tienen derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos y/o los días de descanso compensatorio de tales días, si se trata de una empresa exceptuada del descanso dominical, en la forma prevista por el legislador, el que, según se colige del precepto en comento y lo ha señalado la jurisprudencia uniforme y reiterada de esta Dirección, atiende para estos efectos, al sistema remuneracional a que están afectos los trabajadores.

Así, en el caso de dependientes remunerados exclusivamente por día, la remuneración por los días domingo y festivos y/o los días de descanso compensatorio, a que tuvieren derecho, equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, en tanto que tratándose de trabajadores afectos a un sistema de remuneración mixto constituido por sueldo mensual y remuneraciones variables, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.

La interpretación armónica de la disposiciones legales transcritas en los párrafos precedentes permite concluir que a partir del 8 de agosto del presente año, fecha de entrada en vigencia de la ley N° 20.613, dado que ella no contiene ninguna norma especial relativa a su fecha de entrada en vigor, la remuneración íntegra durante el feriado debe incluir la remuneración establecida en el inciso primero del artículo 45 del Código del Trabajo, esto es, la correspondiente a los días domingo y festivos, comúnmente denominada «semana corrida», según ya se expresó o a los días de descanso compensatorio de tales días, si se trata de una empresa exceptuada del descanso dominical.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que a contar del 08-08-2012, fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.613, la remuneración íntegra que debe pagarse a los trabajadores durante el feriado debe incluir lo percibido por concepto de semana corrida, en los términos establecidos en el inciso primero del artículo 45 del Código del Trabajo.

✓ DETERMINACIÓN DEL VALOR DIARIO

Para efecto de determinar el valor diario, que se utilizará para pagar la indemnización por feriado, se debe dividir la remuneración fija (sueldo) por 30 y en el caso del promedio de las remuneraciones variables y la semana corrida el valor diario se obtiene dividiendo por 30. Al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 1556/021, de 07.04.2011:

Para efectos de determinar la remuneración íntegra a que tienen derecho durante su feriado legal los dependientes que laboran para la empresa Proalto Ltda., quienes están sujetos a un sistema de remuneración mixta, el valor obtenido del promedio de las remuneraciones variables percibidas en los tres últimos meses laborados, debe dividirse por 30.

✓ EJEMPLOS DE CÁLCULO INDEMNIZACIÓN POR FERIADO

Para ayudar al alumno en el aprendizaje puede revisar ejemplos de determinación de la indemnización por feriado disponibles en la plataforma web.

Véase: EJEMPLOS CALCULO INDEMNIZACIÓN FERIADO

✓ INDEMNIZACIÓN DE PERIODOS ACUMULADOS DE FERIADO QUE EXCEDAN DE DOS Y APLICABILIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN

El artículo 70 del Código del Trabajo respecto de la acumulación del feriado de los trabajadores señala:

Artículo 70: El feriado deberá ser continuo, pero el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo.

El feriado también podrá acumularse por acuerdo de las partes, pero sólo hasta por dos períodos consecutivos.

El empleador cuyo trabajador tenga acumulados dos períodos consecutivos, deberá en todo caso otorgar al menos el primero de estos, antes de completar el año que le da derecho a un nuevo período.

El derecho a feriado nace para el trabajador al momento de cumplir un año de servicio para el empleador, considerándose como ya se dijera que el año es el periodo de tiempo que va de la fecha de ingreso a igual fecha en el año siguiente, siendo en esa oportunidad que el trabajador tiene el derecho a solicitar su otorgamiento, el artículo 70 antes citado, permite la acumulación del feriado a que tiene derecho el trabajo en la medida que la acumulación sea de mutuo acuerdo ente el trabajador y el empleador. Al igual que el fraccionamiento del feriado, su acumulación, requiere el acuerdo entre empleador y trabajador, no resultando jurídicamente que sea impuesta unilateralmente por una de las partes.

Si bien no se establece en el artículo 70 de que el acuerdo entre las partes de la relación laboral respecto de la acumulación del feriado deba constar por escrito, será recomendable para el empleador que estos acuerdos consten por escrito, toda vez que en caso de una fiscalización de la Dirección el Trabajo es él quien debe acreditar que no ha negado el ejercicio del derecho a feriado a sus trabajadores, sino que existe un acuerdo tendiente a acumular el feriado.

Se establece un límite a la acumulación del feriado, al establecerse que solo se pueden acumular hasta 2 periodos de feriado, por lo que es improcedente acumular 3 ó más periodos consecutivos de feriado, por lo cual, el empleador, cuando haya dos períodos acumulados, deberá conceder, a lo menos, uno de ellos, antes que el dependiente complete el tiempo que le da derecho a otro período.

La acumulación de períodos de feriado que excedan de los 2 que establece el legislador implica que el empleador se expone a que, en un procedimiento de fiscalización de parte de la Dirección del Trabajo, se aplique una sanción de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 506 del Código del Trabajo, lo que implica la aplicación de una multa que está en rangos según el número de trabajadores que tenga la empresa, siendo estos tramos de multas los siguientes:

NUMERO TRABAJADORES EMPRESA	UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES
De 1 a 9	1 a 5 UTM
De 10 a 49	1 a 10 U.T.M.
De 50 a 199	2 a 40 U.T.M.
De 200 y mas	3 a 60 U.T.M.

Los montos indicados precedentemente se encuentran regulados en los artículos 505 bis y 506 del Código del Trabajo, los cuales puede el alumno (a) puede revisar:

Artículo 505 Bis: Para los efectos de este Código y sus leyes complementarias, los empleadores se clasificarán en micro, pequeña, mediana y gran empresa, en función del número de trabajadores.

Se entenderá por micro empresa aquella que tuviere contratados de 1 a 9 trabajadores, pequeña empresa aquella que tuviere contratados de 10 a 49 trabajadores, mediana empresa aquella que tuviere contratados de 50 a 199 trabajadores y gran empresa aquella que tuviere contratados 200 trabajadores o más.

Artículo 506: 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 de 1 a 5 unidades tributarias mensuales.

Para la pequeña empresa 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 cuarto y quinto 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.

A modo de ejemplo si el empleador, considerando todos los trabajadores que trabajan para él, tiene 200 o más trabajadores, el funcionario fiscalizador que detecte el incumplimiento, puede aplicar una multa administrativa cuyo monto lo determinará dentro del rango establecido en las normas legales, esto es entre 3 a 60 U.T.M.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 73 del Código del Trabajo, el empleador tendría que pagar la totalidad de los periodos de vacaciones que el trabajador tenga pendientes al concluir la relación laboral, toda vez que las normas que regulan el feriado no establece disposición alguna que establezca que este derecho se pierda por el mero transcurso del tiempo.

En relación a este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2540/0193, de 20.06.2000:

Procede indemnizar la totalidad de periodos de feriados acumulados en caso de término de contrato de trabajo, aun cuando se exceda el máximo de dos periodos de acumulación que permite la ley.

Del mismo modo, sobre la compensación en dinero de los feriados, incluidos los sábados, domingos y festivos, esta Dirección en forma reiterada y uniforme se ha pronunciado en el sentido que estos días deben incluirse en la base de cálculo de las sumas que en definitiva deben pagarse al dependiente que deja su trabajo (Dictámenes N°s. 8413, de 30.10.1989, y 1533/87, de 23.03.1999).

En estas condiciones, el pago hasta por diez años de feriados no concedidos y liquidados con inclusión de los sábados, domingos y festivos, se encuentra conforme a la legislación laboral y a la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, por tanto, en el ámbito estrictamente laboral, nada objetable advierte esta Entidad Fiscalizadora en los hechos examinados.

Ordinario N° 4962/152, de 16.07.1991:

Al dependiente que con posterioridad a una licencia médica de cuatro años se le pone término a su contrato de trabajo, se le deberá compensar el beneficio del feriado sin límite alguno, sin perjuicio del derecho del empleador de alegar la prescripción de la acción, si tal beneficio no se impetra dentro del plazo de seis meses contados desde la terminación de los servicios.

Ordinario N° 078, de 12.01.1982:

El trabajador que ha acumulado más de dos períodos de feriado consecutivos, goza por dicho concepto de la totalidad de los días comprendidos en la acumulación de más de dos feriados sólo constituye una infracción a la ley laboral y sancionable, tal infracción no puede traer como consecuencia la privación del derecho.

Ordinario N° 6017/310, de 09.10.1997:

De la disposición legal citada se desprende que el feriado podrá acumularse, habiendo acuerdo de las partes, hasta por dos períodos consecutivos, y si el trabajador ya tiene acumulados dos períodos el empleador está obligado a otorgar el primero de ellos antes del año que da derecho a un nuevo período.

De este modo, la ley hace recaer sobre el empleador la obligación de otorgar el feriado como descanso cuando ya se han acumulado dos períodos, lo que debe hacer antes de completarse un nuevo período para feriado.

No obstante, si por cualquier circunstancia, y a pesar de la prohibición antedicha, se hubiere acumulado más de dos períodos, la doctrina reiterada de esta Dirección, manifestado, entre otros, en dictamen N° 78, de 12.01.82, ha señalado que el trabajador tiene derecho a impetrar la totalidad de los días que comprende la acumulación, y sostener que se pierda alguno de los períodos involucraría imponer una renuncia de derechos a' dependiente, lo que se encuentra prohibido por el artículo 5° del Código del Trabajo. Agrega que la acumulación excesiva de períodos constituiría sólo una infracción a la legislación laboral, que en ningún caso puede traer como consecuencia la privación del derecho al descanso, procediendo únicamente sancionarla administrativamente respecto del empleador con multa a beneficio fiscal.

Por su parte, el artículo 73, inciso 2° del mismo Código, señala:

"Sólo si el trabajador, teniendo los requisitos necesarios para hacer uso del feriado, deja de pertenecer por cualquier circunstancia a la empresa, el empleador deberá compensarle el tiempo que por concepto de feriado le habría correspondido".

La norma legal preinserta consagra el derecho del trabajador que se retira de una empresa por cualquier circunstancia, de exigir a su empleador una indemnización por concepto de feriado equivalente al tiempo que le hubiere correspondido por este rubro de continuar prestando servicios.

Ahora bien, aplicada la disposición legal precedentemente citada al caso previsto en la primera de las normas comentadas, esto es, resolver cual es el alcance de la indemnización o compensación en dinero del feriado cuando por cualquier causa se ha acumulado más de dos períodos de feriado, la doctrina igualmente uniforme de este Servicio ha señalado, entre otros, en Oficio Ord. N° 1654, de 18.03.96, y dictamen Ord. N° 78, de 12.01.82, que el trabajador tiene derecho a impetrar el pago de la totalidad de los días que comprende la acumulación, aún cuando esta haya excedido el máximo permitido por la ley.

En efecto, estimar que se podría perder alguno de los períodos acumulados, especialmente los que exceden el margen legal significaría a lo menos imponer forzosamente una renuncia de derechos al dependiente, circunstancia que como se ha visto, se encuentra prohibida mientras subsista el contrato de trabajo, según artículo 5° del Código del Trabajo, y extinguido aquel el trabajador es dueño de disponer de tales derechos pero la ley no puede determinar su voluntad obligando su renuncia.

Con todo, también obligaría a indemnizar la totalidad de los períodos por razones tendientes a evitar el enriquecimiento sin causa del empleador, o al menos sin causa legítima, toda vez que si no se ha hecho uso del descanso por el trabajador excediendo los períodos máximos que permite la ley, el empleador ha continuado recibiendo la prestación de servicios por lo que si no indemniza estaría obteniendo un aprovechamiento ilícito del no uso del descanso que la ley confiere al trabajador.

De esta manera, la acumulación de más de dos períodos consecutivos de feriado sólo podría constituir una infracción a la ley laboral sancionable administrativamente respecto del empleador, pero en ningún caso puede originar como consecuencia la privación de un derecho al descanso del trabajador o a la indemnización o compensación por no uso del feriado en el evento de término del contrato de trabajo.

De todos modos, cabe hacer presente que de acuerdo al artículo 480 del Código del Trabajo, los derechos que consagra el mismo Código prescriben en el plazo de dos años contados desde que se hicieron exigibles.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto y disposiciones legales citadas, cúpleme informar a Ud. que procede indemnizar la totalidad de períodos de feriado acumulados en caso de término de contrato, aun cuando se exceda el máximo de dos períodos de acumulación que permite la ley.

Ordinario N° 731, de 25.02.2019

1) Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. que la doctrina institucional contenida entre otros, en Dictámenes N°s 2540/193 de 20.06.2000 y 6017/310 de 09.10.1997, ha precisado que el feriado no puede compensarse en dinero, salvo en los casos de excepción que la ley contempla, uno de los cuales es que el trabajador, habiendo cumplido los requisitos para hacer uso de dicho beneficio, deje de pertenecer a la empresa por cualquier circunstancia. De esta suerte, dándose esta situación, no existe impedimento legal para pagar una indemnización por tal concepto.

Tratándose de trabajadores que a la fecha del término de su contrato hubieren acumulado más de dos períodos de feriado, la señalada jurisprudencia ha resuelto que aquellos tienen derecho a impetrar la totalidad de los días que comprenda la acumulación, no obstante que el período de esta exceda del límite máximo que la ley permite. Ello atendido, que se trata de un derecho irrenunciable a la luz del artículo 5° del Código del trabajo.

Ordinario N° 1751/35, de 06.10.2022

Es necesario señalar que la jurisprudencia administrativa contenida en el Dictamen N° 3067/310 antes citado, ratificando lo resuelto en Dictamen N° 78 de 1982, establece: "Procede indemnizar la totalidad de períodos de feriado acumulados en caso de término de contrato, aun cuando se exceda el máximo de dos períodos de acumulación que permite la ley".

Fundamentando la conclusión anotada, el referido dictamen señala: "En efecto, estimar que se podría perder alguno de los períodos acumulados, especialmente los que exceden el margen legal significaría a lo menos imponer forzosamente una renuncia de derechos al dependiente, circunstancia que como se ha visto, se encuentra prohibida mientras subsista el contrato de trabajo, según artículo 5° del Código del Trabajo, y extinguido aquél el trabajador es dueño de disponer de tales derechos pero la ley no puede determinar su voluntad obligando su renuncia". "Con todo, también obligaría a indemnizar la totalidad de los períodos por razones tendientes a evitar el enriquecimiento sin causa del empleador, o al menos sin causa legítima, toda vez que si no se ha hecho uso del descanso por el trabajador excediendo los períodos máximos que permite la ley, el empleador ha continuado recibiendo la prestación de servicios por lo que si no indemniza estaría obteniendo un aprovechamiento ilícito del no uso del descanso que la ley confiere al trabajador".

La jurisprudencia anotada agrega: "De esta manera, la acumulación de más de dos períodos consecutivos de feriado sólo podría constituir una infracción a la ley laboral sancionable administrativamente respecto del empleador, pero en ningún caso puede originar como consecuencia la privación de un derecho al descanso del trabajador o a la indemnización o compensación por no uso del feriado en el evento de término del contrato de trabajo".

Ahora bien, un nuevo análisis de la doctrina institucional a que se arriba en los pronunciamientos citados, permite convenir que la misma se encuentra plenamente ajustada a derecho. Tal circunstancia, sumada a que los argumentos en que basa su solicitud no constituyen antecedentes suficientes para modificar dicha doctrina, se niega lugar a la solicitud de reconsideración planteada.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones expuestas y disposición legal citada, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

- 1.- Procede indemnizar la totalidad de los períodos de feriado acumulados en caso de término de contrato, aun cuando se exceda el máximo de dos períodos de acumulación que permite la ley.*
- 2.- Niega lugar a la reconsideración del Dictamen N° 6017/310, de 09.10.1997 por cuanto la doctrina allí contenida se encuentra plenamente ajustada a derecho.*

Como podemos apreciar de los pronunciamientos citados, la Dirección del Trabajo establece que para el empleador será obligatorio compensar o indemnizar la totalidad de los periodos de feriado acumulados, aun cuando excedan de 2, esto implica que en el caso de término de la relación laboral, ante la negativa de parte del empleador de pagar o indemnizar los periodos acumulados de feriado que excedan de 2, si el trabajador interpone el reclamo respectivo en la Inspección del Trabajo, la empresa puede ser sancionada por 2 motivos, el primero por acumular más de 2 periodos de feriado, lo que constituye infracción al artículo 70 del Código del Trabajo, salvo por supuesto que exista una causa fundada para dicha acumulación como podría ser que el trabajador estuviese mucho tiempo con licencia médica, y segundo por no pagar el feriado pendiente al concluir la relación laboral, toda vez que el derecho del trabajador aún está vigente y no ha sido declarada la prescripción por el tribunal competente.

La misma Dirección del Trabajo ha señalado que el empleador puede hacer uso de su derecho a alegar la prescripción conforme lo dispone el artículo 510 del Código del Trabajo que señala:

Artículo 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 2.523 y 2.524 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.

La norma citada regula la institución de la prescripción de los derechos laborales, el fundamento principal de toda prescripción es otorgar estabilidad a las relaciones jurídicas, el artículo 510 regula la denominada prescripción extintiva, o sea, aquel modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, concurriendo los requisitos exigidos por la ley.

El artículo en análisis regula las siguientes situaciones:

1. El inciso primero se refiere a la prescripción de los derechos laborales regidos por el Código del Trabajo, los cuales prescriben en el plazo de 2 años desde la fecha en que se hicieron exigibles.
2. El inciso segundo contempla la prescripción de las acciones que emanan de los actos y contratos a que se refiere el Código, las cuales prescriben en el término de 6 meses contados desde la terminación de los servicios.
3. El inciso 3º establece un plazo de 6 meses para reclamar la Ley Bustos artículo 162).
4. El inciso 4º dispone también un plazo de 6 meses para la prescripción del derecho a las horas extraordinarias, pero contados desde la fecha en que debieron ser pagadas.
5. El inciso 5º señala que la interrupción de los plazos de prescripción se rige por los artículos 2523 y 2524 del Código Civil.

El artículo 2523 dispone ***"Las prescripciones mencionadas en los dos artículos precedentes corren contra toda clase de personas, y no admiten suspensión alguna"***.

El inciso final de este artículo, cuyo objeto es suspender los plazos de prescripción indicados al mediar reclamo ante la Inspección del Trabajo en las condiciones señaladas por el artículo en análisis. Al igual que en la situación regulada en el artículo 168 (plazo para reclamar por la terminación del contrato), la suspensión del plazo no puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, para lo cual, se establece un límite de un año para interponer la reclamación, contado desde la terminación del contrato de trabajo. Es necesario precisar que no se ha ampliado el plazo, contado desde la terminación de los servicios, a un año, sino que, el año es el límite máximo para deducir la reclamación judicial.

Respecto de la prescripción es importante citar los siguientes pronunciamientos de la Dirección del Trabajo:

Ordinario N° 0484/033, de 26.01.1999:

"La institución denominada prescripción, considerada desde el punto de vista extintivo o liberatorio, puede definírsela como la forma de extinguir los derechos y acciones por no haberlos ejercitado el acreedor durante cierto espacio de tiempo, unido esto a los demás requisitos legales.

En este orden de ideas, la prescripción extintiva supone la existencia de algunos elementos y requisitos, esto es, el transcurso del tiempo, la inacción del acreedor y la ausencia de contingencias legales, como la interrupción y la suspensión, establecidas en los artículos 2518 y 2520 del mismo cuerpo legal

Se desprende que la inactividad del acreedor sólo puede ser aprovechada por el deudor, a través de un sólo medio: alegándola judicialmente en su favor, oponiendo la excepción respectiva en la oportunidad legal y obteniendo su declaración por el Tribunal competente".

Ordinario N° 2676/0140, de 02.05.1997:

"De esta norma legal se colige que el inciso primero de la misma se refiere solamente a la prescripción de los derechos laborales, señalando para tal efecto un plazo de dos años contados desde la fecha en que se hicieron exigibles, en tanto que el inciso 2° establece un plazo de prescripción de seis meses desde la terminación de los servicios para la acción que emana de dichos derechos y compete a las partes para exigir su cumplimiento.

De ello se sigue que el inciso 1° de la norma en comento, constituye la regla general en materia de prescripción de los derechos laborales, sea que la relación laboral se encuentre vigente o extinguida, por cuanto se ha referido en términos amplios a los derechos regidos por el Código del Trabajo, no formulando distingo alguno al respecto.

Por su parte, el inciso 2° de la citada disposición contempla únicamente la prescripción de la acción que emana de los derechos laborales una vez extinguida la relación laboral; ello por cuanto el legislador así lo ha establecido expresamente".

Ordinario N° 152/013, de 10.01.1994:

"Un derecho o acción emanado de la ley laboral o de un contrato de trabajo, puede ser reclamado o ejercido mientras su extinción, por la vía de la prescripción, no haya sido alegada y declarada por los Tribunales de Justicia".

Ordinario N° 2223/069, de 31.03.1988:

"Este principio resulta plenamente aplicable a la prescripción extintiva en materia laboral, aún cuando aparezca evidente que los derechos y acciones se están ejerciendo fuera de plazo. Ello significa que un derecho o acción emanado de la ley laboral o de un contrato de trabajo puede ser reclamado o ejercido mientras su extinción, por la vía de la prescripción, no haya sido alegada y declarada por los Tribunales de Justicia.

De esta forma, lo precedentemente expuesto autoriza para sostener que, en el caso que nos ocupa, se podrá requerir el pago de sobresueldo por concepto de horas extraordinarias cualquiera sea el tiempo transcurrido desde que estas fueron devengadas, en tanto no exista una sentencia firme que reconozca la extinción, por la vía de la prescripción, del derecho al cobro de las mismas".

Debemos tener presente, tal como lo señala la Dirección del Trabajo en los pronunciamientos citados, que la facultad para establecer que un derecho a prescrito es facultativo de los Tribunales Ordinarios de Justicia, acorde con lo prevenido en el artículo 2493 del Código Civil, el cual dispone que ***“El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla, el juez no puede declararla de oficio”***. Es por ello que la inactividad del acreedor sólo puede ser aprovechada por el deudor a través de un solo medio, a saber, alegándola judicialmente en su favor, ejerciendo la acción u oponiendo la excepción respectiva en la oportunidad legal y obteniendo su declaración por el tribunal competente.

La prescripción no se solicita al tribunal, sino que en materia laboral se alega cuando el trabajador vía una acción judicial reclama algún derecho que el empleador adeude, es por ello que la Dirección del Trabajo sostiene que mientras no esté la sentencia respectiva el trabajador tiene derecho a ejercer el derecho o cobrar lo adeudado, y obviamente sancionar la conducta del empleador en los términos que en punto anterior se explicó.

Respecto de la prescripción podemos citar la siguiente jurisprudencia judicial:

Rol N° 4624-04, de 31.05.2006:

6°.- Que la institución de la prescripción, como 1 sostiene la Excma. Corte Suprema en RDJ,, Tomo XCVI Sección III, página 78 de 6 de mayo de 1999, sanciona la negligencia de quien, teniendo a su haber actuaciones derechos determinados, no los ejerce oportunamente involucrando en tal concepto el de la seguridad jurídica, pues se busca evitar que se perpetué en el tiempo la incerteza acerca de las situaciones jurídicas.

7°.- Que así las cosas, resulta completamente convincente tener presente que el referido artículo 480 del Código del Trabajo, señala como viéramos que la prescripción se interrumpe de acuerdo a lo prescrito en los artículos 2523 y 2524 del Código Civil, que señalan que el plazo de prescripción se interrumpe “desde que interviene requerimiento”, en concordancia y como condición habilitante lo dispuesto por el artículo 2503 del, mismo cuerpo civil de leyes, que se refiere a las bases de la interrupción civil,, requiriendo su eficacia a que exista notificación válida de la demanda.

Corte Apelaciones Valparaíso, Rol N° 221-99, de 16.11.1999:

“Establecido como ha quedado, que el objeto de la litis es el pago de prestaciones laborales, como son diferencias de sueldo, vacaciones proporcionales, vacaciones legales e imposiciones, el plazo de prescripción de dicha acción es de seis meses contados desde la terminación de los servicios, de conformidad a lo previsto por el artículo 480 del Código del Trabajo, y no el plazo de 60 días que establece el artículo 168 del mismo cuerpo legal para reclamar por despido injustificado como lo consideró el juez A-quo en su sentencia, de modo que en autos la acción interpuesta por la actora, se ejerció dentro de plazo legal, y procede rechazar la petición de la demandada de declarar prescrita la acción.

El demandado en subsidio de su defensa principal, alegó se acogiera la prescripción de los derechos de la actora devengados hace más de dos años hacia atrás desde, la fecha de la notificación de la demanda, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 480 del Código del Trabajo, alegación esta que resulta procedente acoger, toda vez que las sumas alzadas demandadas lo son por todo el período que duró la relación laboral, esto es, tales deudas se habrían generado entre el 01 de junio de 1995 y el 15 de marzo de 1998, por lo que proporcionalmente tales sumas se encuentran prescritas en los dos años anteriores no a la notificación de la demanda, que lo fue el 5 de octubre de 1998, como solicita el demandado, sin que aquella parte proporcional, anterior a los dos años contados desde el 27 de julio de 1998, fecha en que la actora presentó reclamo formal por estos mismos capítulos ante la Inspección del Trabajo como consta del documento de fojas 66, toda vez que tal reclamo debidamente notificado, tuvo la virtud de suspender la prescripción aludida, como lo establece el inciso final de la disposición legal citada, por lo que en tal sentido, se acoge la acción de prescripción alegada por la demandada, y la demanda resulta en definitiva acogida con la limitación señalada”.

✓ CONSIDERACIONES RESPECTO DEL PAGO DE MÁS DE 2 PERÍODOS DE FERIADO

El pago de más de 2 periodos de feriado a un trabajador, constituye en materia laboral una indemnización, la que para todo efecto se considera indemnización legal, es por ello que la Dirección del Trabajo en todos los pronunciamientos que se han citado señala que el empleador debiese pagarla, salvo que se desee alegar la prescripción en tribunales. Es por este motivo que el Servicio de Impuestos Internos ha establecido que la indemnización por sobre 2 periodos acumulados de feriado es indemnización legal no constitutiva de renta para los trabajadores, pudiendo citarse los siguientes pronunciamientos:

CIRCULAR N° 73, de 27.11.1997 - S.I.I.:

En consecuencia, respecto del feriado establecido en el Artículo 73 del Código del Trabajo, la retribución que corresponda con ocasión del retiro del trabajador de la empresa, aun en la parte que exceda de dos períodos básicos acumulados, constituirá una indemnización legal que no tiene el carácter de renta al tenor de lo dispuesto en el Artículo 17, N° 13, de la Ley de la Renta, en concordancia con lo establecido en el Artículo 178 del Código del Trabajo.

OFICIO N° 2045, DE 01.09.2011 - S.I.I.:

De acuerdo a lo anterior, se concluye que la retribución en compensación de feriados legales acumulados que corresponda pagar con ocasión de la desvinculación de un trabajador de una empresa, aún en la parte que exceda de dos períodos básicos acumulados, constituye una indemnización legal que no tiene el carácter de renta al tenor de lo dispuesto en el artículo 17, N° 13, de la LIR, en concordancia con el artículo 178, del Código del Trabajo.

✓ PAGO FERIADO PROPORCIONAL TRABAJADORES TRANSITORIOS CONTRATADOS POR UNA EMPRESA DE SERVICIOS TRANSITORIOS Y ESCRITURACIÓN DE FINIQUITOS

Respecto del pago de la indemnización por feriado proporcional, que tengan derecho los trabajadores transitorios contratados por una Empresa de Servicios Transitorios, debemos tener presente que el artículo 183 V del Código del Trabajo dispone:

Artículo 183 V: El trabajador de servicios transitorios que haya prestado servicios, continua o discontinuamente, en virtud de uno o más contratos de trabajo celebrados con una misma empresa de servicios transitorios, durante a lo menos 30 días en los doce meses siguientes a la fecha del primer contrato, tendrá derecho a una indemnización compensatoria del feriado.

Por cada nuevo período de doce meses contado desde que se devengó la última compensación del feriado, el trabajador de servicios transitorios tendrá derecho a ésta.

La indemnización será equivalente a la remuneración íntegra de los días de feriado que proporcionalmente le correspondan al trabajador según los días trabajados en la respectiva anualidad. La remuneración se determinará considerando el promedio de lo devengado por el trabajador durante los últimos 90 días efectivamente trabajados. Si el trabajador hubiera trabajado menos de 90 días en la respectiva anualidad, se considerará la remuneración de los días efectivamente trabajados para la determinación de la remuneración.

Dado que los contratos transitorios, en los que el trabajador es puesto a disposición de una empresa usuaria son generalmente de corta duración, se ha establecido en la norma citada una especial forma de determinación de la

indemnización por feriado proporcional para estos trabajadores, la cual se encuentra contenida en el precepto legal citado.

De la norma citada se desprende que los trabajadores transitorios que nos ocupa, tendrá derecho a la indemnización cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que el trabajador haya prestado servicios continuos o discontinuos durante a lo menos 30 días,
2. Que la prestación de servicios haya tenido lugar en virtud de 1 o más contratos de trabajo celebrados con una misma empresa de servicios transitorios.
3. Que la prestación de servicios haya tenido lugar dentro de los 12 meses siguientes a la fecha del primer o único contrato de trabajo.

Se establece además que el derecho a la indemnización por feriado debe computarse por cada nuevo período de 12 meses contado desde la fecha en que se devengó por el dependiente la última compensación del mismo cuando cumpla a lo menos 30 días.

La Dirección del Trabajo en Ordinario N° 1914/026, de 03.05.2011, ha señalado que el derecho a la indemnización por feriado nace para el trabajador transitorio cumplidos 30 días de prestación de servicios, situación que puede producirse por uno o más contratos para una misma empresa de servicios transitorios, siendo su pago exigible al término del respectivo contrato, no correspondiendo esperar para el pago de la indemnización compensatoria del feriado, que se cumpla los doce meses que establece la ley toda vez que el derecho nace por acumularse treinta días de trabajo a consecuencia de contratos continuos o discontinuos, es por ello que las empresas de servicios transitorios deberán indemnizar a el feriado a sus trabajadores cuando se cumplan los requisitos para ello siendo improcedente indemnizar el feriado y por consiguiente escriturar finiquitos cada 12 meses.

Respecto de este punto la Dirección del trabajo ha señalado:

Ordinario N° 1914/026, de 03.05.2011:

De la norma transcrita se desprende que para tener derecho a la indemnización por feriado, es necesario que el trabajador cumpla con los siguientes requisitos:

a) que haya prestado servicios continuos o discontinuos durante a lo menos 30 días,

b) que dicha prestación de servicios haya tenido lugar en virtud de uno o más contratos de trabajo celebrados con una misma empresa de servicios transitorios, independientemente de las empresas usuarias en las que fue puesto a disposición, y

c) que dicha prestación de servicios haya tenido lugar dentro de los doce meses siguientes a la fecha del primer o único contrato de trabajo.

De igual forma, se colige que el derecho a la indemnización en análisis debe computarse por cada nuevo período de doce meses contado desde la fecha en que se devengó por el dependiente la última compensación del mismo cuando cumpla a lo menos treinta días.

Por consiguiente, se puede concluir que la norma en análisis establece una limitación al derecho a devengar nuevamente el beneficio, que en éste último caso queda supeditado al cumplimiento de la exigencia contemplada en el inciso 2° de la misma, esto es, que transcurra un nuevo período de doce meses desde que se devengó la última compensación de feriado

Ahora bien, de conformidad al artículo 183-Ñ del Código del Trabajo, los supuestos que autorizan para celebrar el contrato de puesta a disposición de servicios transitorios, deberán tener la vigencia establecida en el artículo 183-O del mismo cuerpo legal, conforme al cual estos contratos pueden tener una duración máxima de noventa o ciento ochenta días, salvo la situación determinada en su letra a), que permite

extenderla al tiempo que dure la suspensión del contrato o de la obligación de prestar servicios según sea el caso.

Como se aprecia, la intención del legislador ha sido la de compensar a través de esta indemnización a los trabajadores transitorios que por el carácter discontinuo de los servicios que prestan, podrían verse privados del derecho a feriado legal establecido para la generalidad de los trabajadores regidos por el Código del Trabajo, por no haber trabajado en forma continua 30 días.

De esta forma el derecho en comento nace para el trabajador transitorio cumplidos treinta días de prestación de servicios, situación que puede producirse por uno o más contratos para una misma empresa de servicios transitorios, siendo su pago exigible al término del respectivo contrato, no correspondiendo esperar para el pago de la indemnización compensatoria del feriado, que se cumpla los doce meses que establece la ley toda vez que el derecho nace por acumularse treinta días de trabajo a consecuencia de contratos continuos o discontinuos.

Sin embargo, es importante tener presente que la ley distingue dos situaciones, por una parte, se establece que para los efectos de pagar la indemnización por feriado no será necesario esperar que haya transcurrido el período de doce meses ya analizado, y por otra, para poder tener derecho a un nuevo pago de esta indemnización deberán haber transcurrido 12 meses desde que se devengó la última compensación de feriado.

En la especie, se consultó si atendido lo dispuesto por el artículo 183-V correspondía pagar esta indemnización al decimotercer mes desde la celebración del primer contrato. Para los efectos de emitir el pronunciamiento solicitado es preciso aclarar entonces si se trata de un primer pago del beneficio en cuestión o de eventuales pagos sucesivos del mismo. Para graficar mejor lo antes señalado se presentarán las siguientes consideraciones hipotéticas:

Ejemplo 1: un trabajador celebró un contrato de trabajo de servicios transitorios con una EST el 1° de Enero del año 2010, por un plazo de 15 días, posteriormente celebró un segundo contrato el 1° de Junio de 2010 por un plazo de 7 días, y finalmente celebró un tercer contrato de trabajo el 1° de Noviembre de 2010 por un plazo de 10 días, este trabajador tiene derecho a una indemnización por feriado, la que se devengará al término del último de los contratos que sirvieron para completar el período de 30 días exigidos para tener derecho al feriado.

Ejemplo 2: si el contrato de trabajo se celebró por 60 días corridos, a partir del 1° de Enero del año 2010, al término del mismo, el trabajador podrá exigir la compensación del feriado que corresponda.

Ejemplo 3: se celebra un contrato el 1° de enero de 2010 por 35 días, se paga esa indemnización y luego se celebra un segundo contrato el 1° de junio de 2010 por otros 35 días. En este último caso el pago de la indemnización por feriado correspondiente al segundo contrato no podría ser exigida toda vez que no ha transcurrido aún el período de 12 meses que establece la ley.

Ahora bien, en todos estos casos el trabajador sólo tendrá nuevamente el derecho a esta indemnización cuando haya transcurrido un período de 12 meses contado desde que se devengó la última compensación de feriado, fecha que será diferente para cada una de las situaciones propuestas.

Cabe hacer presente, además, que la anualidad establecida como requisito en los términos señalados en la letra c) anterior, dice relación con la densidad mínima de días trabajados en el año, exigidos para devengar el derecho y no con otra circunstancia.

De esta forma, el derecho en comento nace para el trabajador transitorio cumplidos que sean treinta días de prestación de servicios, haciéndose exigible su pago al término del respectivo contrato, no correspondiendo esperar para el pago de la indemnización por feriado que se cumplan los doce meses

que establece el inciso 2° del artículo 183 V del Código del Trabajo, si los requisitos para tener derecho a ella se cumplieron con anterioridad a dicho plazo.

En armonía con lo anteriormente expresado, se reconsidera lo señalado en el Ord. N° 174 de 13.01.2011, en lo relativo a la oportunidad en que se devenga el derecho a indemnización por feriado establecida en el artículo 183 V citado, en el sentido indicado precedentemente.

Por todo lo anterior, cumpla con informar a usted que el régimen legal de indemnización por feriado que corresponde percibir a los trabajadores sujetos a un contrato de servicios transitorios establecido en el artículo 183 V del Código del Trabajo, es el que se señala en el presente informe, sin perjuicio del que acuerden las partes, en el ejercicio de su autonomía contractual, el que en todo caso no podrá ser inferior al que resulte de la aplicación de las normas de las que da cuenta el presente oficio.

Ordinario 6612, de 17.12.2015

En estas condiciones, el trabajador de servicios transitorios tendrá derecho a una indemnización compensatoria del feriado, en la medida que haya prestado servicios continuos o discontinuos conforme a uno o más contratos de trabajo con una misma empresa de servicios transitorios, por 30 o más días contados desde el primer contrato; cada 12 meses desde la última otorgada; y se liquidará este beneficio de acuerdo al promedio de la remuneración íntegra que el dependiente hubiese percibido durante los últimos 90 días de labores, y en el caso que hubiera trabajado menos días en la respectiva anualidad, se considerará sólo el promedio de las remuneraciones de los días efectivamente trabajados.

En la situación hipotética que plantea el recurrente en su presentación, el dependiente trabajó más de 30 días en los doce meses siguientes a su primer contrato de trabajo, por tanto le asiste el pago de la indemnización compensatoria del feriado; y además, durante la correspondiente anualidad, trabajó más de 90 días, por ende, la liquidación de este beneficio se deberá practicar sobre la base del promedio de las remuneraciones íntegras percibidas los últimos 90 días del año 2014.

Respecto de a la escrituración de finiquitos de trabajo, debemos tener presente que las normas que regulan el trabajo transitorio que realizan los trabajadores de una Empresa de Servicios Transitorios, no establecen reglas especiales en materia de escrituración de finiquitos, por lo que, en nuestra opinión, se debieran seguir las reglas generales que establece el artículo 177 del Código del trabajo, por lo que existirá la obligación de escriturar finiquitos en aquellos contratos de trabajo que tengan una duración de más de 30 días. A modo de ejemplo si un trabajador presta servicios para empresa de Servicios Transitorios durante 20 días de julio no existiría obligación de pago de indemnización por feriado ni escrituración de finiquito por que no se dan los supuestos para exigirlo, en septiembre presta servicios nuevamente por 15 días, no existirá la obligación de escriturar finiquito de trabajo dado que no se dan los supuestos para exigir su escrituración cual es que la relación dure más de 30 días, sin embargo de acuerdo al **Ordinario N° 1914/026, de 03.05.2011**, antes visto, será obligatorio para el empleador pagar la indemnización por feriado proporcional correspondiente a las dos relaciones laborales toda vez que la suma de ambas nos da más de 30 días, el pago de esta indemnización se podrá hacer con las formalidades que las partes estimen conveniente, pero para la debida acreditación de pago sería bueno crear algún formato de documento que permita demostrar fehacientemente que se ha compensado el feriado a que tenía derecho el trabajador, por ejemplo podría ser un finiquito pero sin ratificar ante ministro de fe.

Otro caso que se podría dar sería por ejemplo que la persona ingrese a trabajar el 2 de julio y la relación laboral termine por ejemplo el 10 de agosto, en este caso al haber durado más de 30 días la relación laboral el empleador tendrían la obligación de pagar la indemnización por feriado proporcional establecida en el artículo 183 V y además escriturar finiquito dentro de los plazos y con las formalidades que establece el artículo 177 del Código del Trabajo.

El artículo 177 del Código del Trabajo dispone:

Artículo 177: *El finiquito, la renuncia y el mutuo acuerdo deberán contar por escrito. El instrumento respectivo que no fuere firmado por el interesado y por el presidente del sindicato o el delegado sindical respectivos, o que no fuere ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo, no podrá ser invocado*

por el empleador. El finiquito deberá ser otorgado por el empleador y puesto su pago a disposición del trabajador dentro de diez días hábiles, contados desde la separación del trabajador. Las partes podrán pactar el pago en cuotas de conformidad con los artículos 63 bis y 169.

Para estos efectos, podrán actuar también como ministros de fe, un notario público de la localidad, el oficial de registro civil de la respectiva comuna o sección de comuna o el secretario municipal correspondiente.

Se considerará como ratificado ante el inspector del trabajo el finiquito que sea otorgado por el empleador en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo, que cumpla la normativa legal correspondiente y sea firmado electrónicamente por el trabajador en el mismo sitio. Este finiquito deberá dar cuenta, a lo menos, de la causal de terminación invocada, los pagos a que hubiere dado lugar y, en su caso, las sumas que hubieren quedado pendientes y la reserva de derechos que el trabajador hubiere formulado. Igual consideración tendrá la renuncia y el mutuo acuerdo firmados electrónicamente por el trabajador en el sitio electrónico de la Dirección del Trabajo.

El Director del Trabajo, mediante resolución, establecerá el procedimiento aplicable para el adecuado funcionamiento de la ratificación del finiquito, la renuncia y el mutuo acuerdo en el portal electrónico de la Dirección del Trabajo; asimismo, deberá señalar el procedimiento por el que se deberá exigir al empleador el pago y cumplimiento oportuno e íntegro de las obligaciones que de éstos emanen, así como también la regulación aplicable en caso de reserva de derechos por parte del trabajador en el finiquito electrónico. Para estos efectos, la recepción, recaudación y, en su caso, el resguardo, de los pagos correspondientes hasta hacer entrega de los mismos al respectivo trabajador, corresponderá al Servicio de Tesorerías, o a otras entidades que se dediquen a estas actividades de acuerdo a la normativa vigente. Asimismo, dicho servicio o entidades deberán habilitar los medios electrónicos que sean necesarios para asegurar la correcta ejecución de la transacción, sin que ello irrogue un costo para el trabajador. La formulación de reserva de derechos por el trabajador al suscribir el finiquito no impedirá en ningún caso el pago de las sumas no disputadas, lo que deberá exigirse al empleador por la Dirección del Trabajo.

La suscripción del finiquito de la forma establecida en el inciso tercero será siempre facultativa para el trabajador. En caso que éste rechace el finiquito electrónico otorgado por el empleador, este último se encontrará obligado a poner a disposición del trabajador el respectivo finiquito de manera presencial, dentro del plazo establecido en el inciso primero o, si hubiese expirado dicho plazo estando pendiente la suscripción electrónica del trabajador, en el plazo máximo de tres días hábiles contado desde el rechazo del trabajador.

El trabajador que haya aceptado la suscripción del finiquito podrá consignar que se reserva el derecho a accionar judicialmente contra su ex empleador.

El trabajador que, habiendo firmado la renuncia, el mutuo acuerdo o el finiquito, considere que ha existido a su respecto error, fuerza o dolo, podrá reclamarlo judicialmente, dentro del plazo establecido en el inciso primero del artículo 168, el que se suspenderá en la forma a que se refiere el inciso final del mismo artículo.

En el despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refiere el inciso quinto del artículo 162, los ministros de fe, previo a la ratificación del finiquito por parte del trabajador, deberán requerir al empleador que les acredite, mediante certificados de los organismos competentes o con las copias de las respectivas planillas de pago, que se ha dado cumplimiento íntegro al pago de todas las cotizaciones para fondos de pensiones, de salud y de seguro de desempleo si correspondiera, hasta el último día del mes anterior al del despido. Con todo, deberán dejar constancia de que el finiquito no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo si el empleador no hubiera efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales.

Los organismos a que se refiere el inciso precedente, a requerimiento del empleador o de quien lo represente, deberán emitir un documento denominado "Certificado de Cotizaciones Previsionales Pagadas", que deberá contener las cotizaciones que hubieran sido pagadas por el respectivo empleador durante la relación laboral con el trabajador afectado, certificado que se deberá poner a disposición del empleador de inmediato o, a más tardar, dentro del plazo de 3 días hábiles contados desde la fecha de recepción de la solicitud. No obstante, en el caso de las cotizaciones de salud, si la relación laboral se hubiera extendido por más de un año el certificado se limitará a los doce meses anteriores al del despido.

Si existen cotizaciones adeudadas, el organismo requerido no emitirá el certificado solicitado, debiendo informar al empleador acerca del período al que corresponden las obligaciones impagas e indicar el monto actual de las mismas, considerando los reajustes, intereses y multas que correspondan.

Si los certificados emitidos por los organismos previsionales no consideraran el mes inmediatamente anterior al del despido, estas cotizaciones podrán acreditarse con las copias de las respectivas planillas de pago.

No tendrá lugar lo dispuesto en el inciso primero en el caso de contratos de duración no superior a treinta días salvo que se prorrogaren por más de treinta días o que, vencido este plazo máximo, el trabajador continuare prestando servicios al empleador con conocimiento de éste.

El finiquito ratificado por el trabajador ante el inspector del trabajo o ante alguno de los funcionarios a que se refiere el inciso segundo, así como sus copias autorizadas, tendrá mérito ejecutivo respecto de las obligaciones pendientes que se hubieren consignado en él.

El poder liberatorio del finiquito se restringirá sólo a aquello en que las partes concuerden expresamente y no se extenderá a los aspectos en que el consentimiento no se forme.

Como se puede apreciar, la obligación de escrituración de finiquito y ponerlo a disposición del trabajador junto con su pago dentro del plazo de 10 días hábiles, es aplicable para todo tipo de contrato y cualquiera sea la casual de caducidad del contrato, toda vez que la ley no contempla ninguna situación de excepción, salvo la que dice relación con la duración de la relación laboral contenida en el inciso penúltimo de la norma citada, cual es que en los contratos de duración igual o inferior a 30 días no existe la obligación de escrituración de finiquitos de trabajo.

La excepción establecida en el inciso penúltimo del artículo 177 anteriormente citado, guarda directa relación con lo dispuesto en el artículo 44 del Código del Trabajo, que revisamos anteriormente y que señala:

"En los contratos que tengan una duración de treinta días o menos, se entenderá incluida en la remuneración que se convenga con el trabajador todo lo que a éste debe pagarse por feriado y demás derechos que se devenguen en proporción al tiempo servido.

Lo dispuesto en el inciso anterior no regirá respecto de aquellas prórrogas que, sumadas al período inicial del contrato, excedan de sesenta días".

✓ PAGO FERIADO PROPORCIONAL TRABAJADORES CON REMUNERACIÓN VARIABLE QUE PRESTARON SERVICIOS POR MENOS DE 3 MESES O TUVIERON LICENCIAS MÉDICAS EN LOS MESES ANTERIORES AL TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL

En este punto revisaremos la determinación de la indemnización por feriado proporcional de aquellos trabajadores afectos a sistemas de remuneración mixta, esto es que tienen un sueldo base de naturaleza mensual y remuneraciones variables, en particular la forma en la cual se determina el promedio de los 3 últimos meses de la

remuneración cuando la relación laboral ha durado 3 meses pero en dichos meses el trabajador no tuvo remuneración completa por haber hecho uso de licencias médicas o bien utilizó permisos sin goce de remuneración, o bien cuando la duración de la relación laboral ha sido inferior a 3 meses.

Sobre este tema debemos tener presente que la Dirección del Trabajo mediante **Ordinario N° 3343/049, de fecha 01.09.2014**, establece la forma en la cual debe determinarse la remuneración íntegra para efecto de la indemnización por feriado proporcional, en los casos anteriormente indicados.

La entidad fiscalizadora nos indica que la expresión "tres últimos meses trabajados", para obtener el promedio de lo ganado por el trabajador sujeto a remuneración variable debe entenderse referida a los tres meses con denominación específica en que se hubiere percibido remuneración completa y que anteceden al feriado legal, de manera que si en alguno de ellos el dependiente no generó remuneración por haber operado la suspensión de la relación laboral, deberá excluirse y considerarse solo aquellos tres que precedan inmediatamente al mes en que se hizo efectivo el feriado.

La indemnización por concepto de feriado proporcional que corresponde percibir al trabajador, debe ser equivalente a la remuneración íntegra la que, como ya se expresara, estará constituida por el sueldo, por el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados o bien, por el sueldo más las remuneraciones variables percibidas en igual período, según se trate de dependientes sujetos a un sistema de remuneración fija, exclusivamente variable o mixto, respectivamente.

En el caso de trabajadores afectos a remuneración mixta que si bien alcanzan a completar tres meses de trabajo, en ninguno de ellos han percibido remuneraciones completas, por haber hecho uso de licencia médica o bien de permiso sin goce de remuneraciones, tendríamos que no existiría en tal caso base de cálculo de las remuneraciones variables convenidas, toda vez que en ninguna de las mensualidades en que estuvo vigente el contrato el dependiente habría percibido remuneraciones en los términos convenidos. En efecto, durante el lapso en que hizo uso de licencia médica éstas habrían sido reemplazadas por el subsidio por enfermedad y en el período que abarca el aludido permiso no las habría generado debido a la suspensión convencional del contrato de trabajo por tal causa. Lo expuesto precedentemente no puede implicar para los afectados la pérdida del derecho al beneficio de feriado proporcional. Por lo que, en este caso, tratándose de trabajadores sujetos a un régimen de remuneración mixta que en los tres últimos meses no hubieren generado remuneraciones por las causas señaladas, la aludida compensación debe efectuarse conforme al sueldo base pactado, debiendo considerarse que dicho estipendio, determinado proporcionalmente, es la remuneración íntegra que les corresponde percibir.

En el caso de trabajadores que perciben remuneraciones mixtas, que han laborado menos de 3 meses, cuyos contratos terminan antes de completar 3 meses de trabajo, teniendo en consideración los fundamentos que inspiran el principio de remuneración íntegra durante el feriado consagrado en los artículos 67 y 71 del Código del Trabajo, en orden a que el trabajador no puede ver disminuidos sus ingresos por el hecho de hacer uso de un beneficio legal, la respectiva compensación debería efectuarse tomando como base lo percibido por concepto de remuneraciones variables en el período laborado y dividiendo el monto total percibido por tal concepto, por ejemplo si tiene 2 meses completos, dividiendo el valor por 60, operación ésta que permitiría establecer un valor diario de tales remuneraciones, determinado dicho valor diario, procedería multiplicarlo por el número de días a compensar, siendo éste el monto que procedería pagar por concepto de estipendios variables, al cual debería adicionarse la remuneración fija correspondiente proporcionalmente determinada.

Sobre este tema la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 3343/049, de 01.09.2014:

Del precepto legal anotado se colige que para los efectos de determinar la remuneración íntegra que debe pagarse durante el feriado, debe distinguirse entre tres categorías de trabajadores, atendiendo al sistema remuneratorio al cual se encuentran afectos. Ellas son:

a) Trabajadores sujetos a remuneración fija; En este caso la remuneración íntegra que les corresponda percibir durante el feriado estará constituida por el sueldo;

b) Trabajadores afectos a un sistema de remuneraciones exclusivamente variables, quienes deberán percibir el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados, y

c) Trabajadores sujetos a un sistema de remuneración mixta, esto es, que además del sueldo perciben prestaciones variables, cuya remuneración íntegra durante el feriado estará constituida por el sueldo, al cual habrá que adicionar el promedio de las remuneraciones variables percibidas en los últimos tres meses laborados.

En relación con la norma en análisis, la jurisprudencia administrativa vigente, contenida, entre otros, en dictamen N° 5409/251 de 16 de diciembre de 2003, ha precisado que la finalidad que tuvo en vista el legislador al establecer el principio de la remuneración íntegra que allí se consagra fue la de impedir que el dependiente sufriera una disminución de sus ingresos normales por el hecho de hacer uso del beneficio de feriado legal y asegurarle, desde otra perspectiva, que durante el respectivo período perciba la remuneración que habitualmente le correspondería en caso de encontrarse prestando servicios.

Respecto al período que debe considerarse para el cálculo del promedio de remuneraciones antes referido, la señalada jurisprudencia administrativa ha manifestado en forma reiterada y uniforme "que el legislador ha contemplado un período básico mensual de remuneración que se extiende a los tres últimos meses laborados, por consiguiente, aquel mes en que el trabajador no percibió remuneración durante todo su transcurso, no procede que se incluya en dicho período, toda vez que, no es posible atribuirle la calidad de mes trabajado", como asimismo, "que no es posible incluir dentro de los tres últimos meses trabajados a aquel o aquellos en que se ha producido la suspensión de la relación laboral a consecuencia de una licencia médica o permiso sin goce de remuneraciones y por el contrario, sí cabe considerar el o los meses en que el dependiente ha incurrido en inasistencias injustificadas a sus labores, dado que, no produce el efecto de suspender la relación laboral.

Por consiguiente, la expresión "tres últimos meses trabajados", que consigna el precepto legal en comento, para obtener el promedio de lo ganado por el trabajador sujeto a remuneración variable debe entenderse referida a los tres meses con denominación específica en que se hubiere percibido remuneración completa y que anteceden al feriado legal, de manera que si en alguno de ellos el dependiente no generó remuneración por haber operado la suspensión de la relación laboral, deberá excluirse y considerarse solo aquellos tres que precedan inmediatamente al mes en que se hizo efectivo el feriado. (Dictámenes 2921/055 de 21.07.2011, 2989/166 de 08.01.2009 y Ordinario N° 075/008 de 05.01.1999).

Ahora bien, si concordamos la normativa contemplada en el referido artículo 71 con aquella prevista en el inciso final del artículo 73 del Código del Trabajo, posible es convenir que la indemnización por concepto de feriado proporcional que corresponde percibir al trabajador, debe ser equivalente a la remuneración íntegra en los términos ya indicados la que, como ya se expresara, estará constituida por el sueldo, por el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados o bien, por el sueldo más las remuneraciones variables percibidas en igual período, según se trate de dependientes sujetos a un sistema de remuneración fija, exclusivamente variable o mixto, respectivamente.

Precisado lo anterior, cabe resolver la consulta planteada en la especie, para cuyo efecto cabe distinguir las siguientes situaciones:

1.- Trabajadores afectos a remuneración mixta que si bien alcanzan a completar tres meses de trabajo, en ninguno de ellos han percibido remuneraciones por haber hecho uso de licencia médica y de permiso sin goce de remuneraciones.

2.- Trabajadores sujetos al mismo sistema remuneratorio que han laborado menos de tres meses.

Respecto a la primera situación planteada y acorde a lo sostenido por la jurisprudencia administrativa vigente, preciso es convenir que no existiría en tal caso base de cálculo de las remuneraciones variables

convenidas, toda vez que en ninguna de las mensualidades en que estuvo vigente el contrato el dependiente habría percibido remuneraciones en los términos convenidos. En efecto, durante el lapso en que hizo uso de licencia médica éstas habrían sido reemplazadas por el subsidio por enfermedad y en el período que abarca el aludido permiso no las habría generado debido a la suspensión convencional del contrato de trabajo por tal causa.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar a Ud. que lo expuesto precedentemente no puede implicar para los afectados la pérdida del derecho al beneficio de feriado proporcional consagrado en el inciso 2º del artículo 73 del Código del Trabajo, esto es, que al término de la relación laboral se les compense en dinero los días de feriado de los que no hubieren podido hacer uso efectivo por no haber alcanzado a completar la respectiva anualidad.

De esta suerte, en opinión de este Servicio, tratándose de trabajadores sujetos a un régimen de remuneración mixta que en los tres últimos meses no hubieren generado remuneraciones por las causas anteriormente señaladas, la aludida compensación deberá efectuarse conforme al sueldo base pactado, debiendo considerarse que dicho estipendio, determinado proporcionalmente, es la remuneración íntegra que les corresponde percibir en tales casos.

2.- Por lo que toca a la segunda hipótesis planteada, vale decir, trabajadores remunerados con sueldo mensual y remuneraciones variables cuyos contratos terminan antes de completar tres meses de trabajo, cabe señalar que, al igual que en el caso anterior, tampoco resulta aplicable a su respecto el concepto "tres últimos meses trabajados" fijado por la jurisprudencia administrativa vigente para determinar el promedio de las remuneraciones variables que deben considerarse para los efectos de la remuneración íntegra a que alude el citado artículo 71 del Código del Trabajo.

No obstante ello, y de acuerdo a los términos de la consulta planteada, a diferencia de la situación anterior, en el período trabajado los respectivos dependientes, aparte de la remuneración fija convenida, habrían generado efectivamente estipendios variables, debiendo precisarse por ello cual sería en tal caso la forma en que debería operar la compensación del beneficio en comento.

Al respecto y teniendo en consideración los fundamentos que inspiran el principio de remuneración íntegra durante el feriado consagrado en los artículos 67 y 71 del Código del Trabajo, en orden a que el trabajador no puede ver disminuidos sus ingresos por el hecho de hacer uso de un beneficio legal, en opinión de esta Dirección, la respectiva compensación debería efectuarse tomando como base lo percibido por concepto de remuneraciones variables en el período laborado y dividiendo el monto total percibido por tal concepto por 60 – dos períodos mensuales de treinta días- operación ésta que permitiría establecer un valor diario de tales remuneraciones. Determinado dicho valor diario, procedería multiplicarlo por el número de días a compensar, siendo éste el monto que procedería pagar por concepto de estipendios variables, al cual debería adicionarse la remuneración fija correspondiente proporcionalmente determinada.

Para poder entender este pronunciamiento de la Dirección del Trabajo desarrollaremos los siguientes ejemplos:

EJEMPLO N° 1:

Fecha de ingreso a la empresa: 01.08.2022

Fecha termino contrato: 17.11.2022

Numero de meses de feriado = 3 meses

Número de días (fracción de mes) = 16 días

Fracción de días hábiles por mes = $15 / 12 = 1.25$

Fracción de días hábiles por día = $1.25/30 = 0.0416$

Número de días hábiles de feriado a indemnizar = $(1.25 \times 3) + (0.0416 \times 16) = 4,4166$

Días hábiles de feriado = 4,4166

Días inhábiles = 2

Total días a indemnizar = 6,4166

El trabajador percibió las siguientes remuneraciones:

La jornada del trabajador es de 45 horas semanales distribuidas de lunes a sábado.

Sueldo base de \$450.000 pesos mensuales

Gratificación del 25% de la remuneración mensual del trabajador, con tope en la doceava parte de 4.75 Ingresos Mínimos Mensuales.

El trabajador tiene remuneración variable y derecho a semana corrida siendo las remuneraciones variables de los meses anteriores las siguientes:

REMUNERACIÓN	AGOSTO 2022	SEPTIEMBRE 2022	OCTUBRE 2022
COMISIÓN	100.000	0	278.000
SEMANA CORRIDA	11.111	0	102.421
TOTAL	111.111	0	380.421

El trabajador estuvo con licencia médica desde el 11 de agosto al 30 de septiembre.

En el mes de octubre el trabajador utilizó 5 días de permiso sin goce de remuneración del 3 al 7 de octubre.

En este caso se debe tener en consideración el siguiente dictamen de la Dirección del Trabajo:

Dictamen N° 2921/055, de 21.07.2011:

Para determinar el promedio previsto en el inciso 2° del artículo 71 del Código del Trabajo se debe considerar los tres últimos meses con denominación específica precedentes al feriado legal, en que el trabajador hubiere percibido remuneración completa, excluyéndose aquellos en que medió suspensión de la relación laboral.

Como en los meses anteriores al término de la relación laboral el trabajador no laboró los meses completos, el **Ordinario N° 3343/049, de fecha 01.09.2014**, de la Dirección del Trabajo para efecto de determinar el valor día para efecto de cálculo de la indemnización por feriado se obtendrá de dividir el sueldo por 30, dándonos el siguiente valor:

Sueldo por día = $(450.000 / 30) = 15.000.-$

La indemnización por feriado entonces sería:

Indemnización feriado = $(6,4166 \times 15.000) = \$96.249.-$

EJEMPLO N° 2:

Fecha de ingreso a la empresa: 01.09.2022

Fecha término contrato: 22.11.2022

Numero de meses de feriado = 2 meses

Número de días (fracción de mes) = 11 días

Fracción de días hábiles por mes = $15 / 12 = 1.25$

Fracción de días hábiles por día = $1.25/30 = 0.0416$

Número de días hábiles de feriado a indemnizar = $(1.25 \times 2) + (0.0416 \times 21) = 3,8736$

Días hábiles de feriado = 3,8736

Días inhábiles = 2

Total días a indemnizar= 5,8736

El trabajador tiene las siguientes remuneraciones:

La jornada del trabajador es de 45 horas semanales distribuidas de lunes a viernes.

Sueldo base de \$450.000 pesos mensuales

Gratificación del 25% de la remuneración mensual del trabajador, con tope en la doceava parte de 4.75 Ingresos Mínimos Mensuales.

El trabajador tiene remuneración variable y derecho a semana corrida siendo las remuneraciones variables de los meses anteriores las siguientes:

REMUNERACIÓN	SEPTIEMBRE 2022	OCTUBRE 2022
COMISIÓN	269.000	278.000
SEMANA CORRIDA	64.048	102.421
TOTAL	333.048	380.421

Para el cálculo de semana corrida se utilizó procedimiento de cálculo mensual establecido por la Dirección del Trabajo en **Ordinario N° 0110/001, de 08.01.2009**.

Como solo existe 2 meses con remuneración variable, para efecto del cálculo del promedio de estas, remuneración es variables se realizará de la siguiente forma.

Promedio remuneración variable = $(333.048 + 380.421) / 60$

Promedio remuneración variable = \$11.891,15

Sueldo por día = $(450.000 / 30) = \$15.000$

Valor día para efecto de indemnización de feriado = $(11.891 + 15.000) = 26.891$

La indemnización por feriado entonces será:

Indemnización feriado = $(5,8736 \times 26.891) = \$157.947.-$

✓ PAGO FERIADO PROPORCIONAL TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL REMUNERADOS POR HORA O POR DÍA

En este punto revisaremos la forma de calcular el feriado proporcional cuando se contrata trabajadores a tiempo parcial, cuya jornada de trabajo se distribuye en menos de 5 días a la semana y se encuentran remunerados en base a un sueldo por hora trabajada o bien por día trabajado.

Lo primero que debemos tener presente es que los trabajadores remunerados por hora o bien por día, tienen derecho a la remuneración denominada semana corrida, con la excepción de aquellos cuya jornada ordinaria de trabajo se distribuya en menos de 5 días a la semana.

El artículo 40 bis B del Código del Trabajo, establece que los trabajadores contratados a tiempo parcial gozarán de todos los derechos que contempla el Código del Trabajo para los trabajadores a tiempo completo.

De acuerdo a lo sostenido por la Dirección del Trabajo en Ordinario N° 2804/147 de 05.05.1995, en el caso de trabajadores que están contratados con una jornada parcial, para determinar el monto de lo que corresponde pagar por feriado proporcional debe, en primer lugar, determinarse el valor total de las horas semanales según contrato, por lo cual, si está remunerado por hora se debe multiplicar el valor hora por el número de horas semanales convenidas y, si está remunerado con un valor diario, se debe multiplicar el valor diario por el número de días que debe laborar de acuerdo al contrato.

Posteriormente debe obtenerse la remuneración íntegra del feriado, para lo cual el valor semanal antes obtenido debe multiplicarse por tres, lo que da el 100% de la remuneración íntegra que corresponde pagar por concepto de un feriado de 15 días hábiles más los respectivos días inhábiles comprendidos en dicho lapso.

Luego debe obtenerse el valor diario del feriado para lo cual se divide el valor total obtenido según la regla anterior precedente, por 21 (15 días hábiles más 6 días inhábiles).

Por último, determinado el valor diario, para calcular el feriado proporcional sólo cabe multiplicar el mismo valor diario de feriado básico normal, por el número de días hábiles que corresponde como feriado proporcional, sin perjuicio de los días domingo y demás días inhábiles que se comprendieren en él.

Para determinar el monto de lo que corresponde pagar por vacaciones proporcionales a los trabajadores que están contratados con una jornada parcial, y que tienen pactado un sueldo por hora o por día, se debe seguir el siguiente procedimiento:

1. Si tiene sueldo por hora se multiplica el valor hora pactado por el número de horas semanales según contrato y si tiene sueldo diario, se multiplica el valor diario por el número de días que trabaja en la semana.
2. El valor semanal antes obtenido debe multiplicarse por 3, que son las semanas que abarcan 15 días hábiles.
3. El resultado anterior se divide por 21 que es el número de días que tienen 3 semanas 15 hábiles y 6 inhábiles.
4. El valor diario obtenido se debe multiplicar por el número de días corridos de vacaciones proporcionales a que tenga derecho el trabajador.

Ejemplo 1: trabajador con una jornada de 20 horas semanales distribuida en 2 días a la semana y una remuneración por día trabajado de \$ 25.000.- y la laboral estuvo vigente desde el 19.02.2022 al 25.10.2022, esto es por 8 meses y 6 días, tendremos que:

La remuneración semanal es de \$50.000.-

De esta forma, por un feriado de 15 días hábiles (3 semanas) el trabajador tendría derecho a \$150.000.-

El valor antes determinado lo dividimos por 21 (15 días hábiles y 6 inhábiles que habría en 3 semanas), nos da $(150.000 / 21) = \$7.142,857$

Este cálculo se puede hacer de manera simplificada, dividiendo el valor semanal por 7, dándonos:

La remuneración semanal \$50.000.-

El valor lo dividimos por 7 para obtener el valor diario $= (50.000 / 7) = \$7.142,857$

A continuación, corresponde determinar los días de feriado proporcional que deben indemnizarse según la vigencia del contrato que eran 8 meses con 6 días, para lo cual debemos realizar la siguiente operación:

Proporción días hábiles por mes: $15 / 12 = 1,25$

Proporción días hábiles por día: $1.25 / 30 = 0,0416666$

Días hábiles de feriado proporcional: $(8 \times 1.25) + (6 \times 0,0416666) = 10,25$

Proyectamos en el calendario los días hábiles a partir del 26.10.2022 y nos da que debemos agregar 6 días inhábiles.

El total de días a indemnizar por feriado proporcional será de 16,25 días, siendo la indemnización por feriado de:

Feriado proporcional: $(16,25 \times 7.142,857) = \$116.071.-$

Ejemplo 2: En el caso de un trabajador remunerado por hora que ingreso por ejemplo el 01 de febrero de 2022 y trabajo hasta el día 30 de abril de 2022, con una jornada de 20 horas semanales con un sueldo de \$2.500.- pesos por cada hora trabajada, sería el siguiente:

Fecha de ingreso a la empresa: 01.02.2022

Fecha termino contrato: 30.04.2022

Número de meses de feriado = 2 meses

Número de días (fracción de mes) = 29 días

Fracción de días hábiles por mes = $15 / 12 = 1.25$

Fracción de días hábiles por día = $1.25/30 = 0.0416$

Número de días hábiles de feriado a indemnizar = $(1.25 \times 2) + (0.0416 \times 29) = 3,71$

Días hábiles de feriado = 3,71

Días inhábiles = 1

Total días a indemnizar= 4,71

El valor diario de indemnización se determinará de la siguiente forma:

Horas semanales 20

Valor hora: \$2.500

Cantidad ganada por semana = $20 \times 2.500 = 50.000$

Cantidad por 3 semanas = $50000 \times 3 = 150.000$

Valor día feriado proporcional = $150.000 / 21 = 7.142,857$

Este cálculo se puede hacer de manera simplificada, dividiendo el valor semanal por 7, dándonos:

La remuneración semanal \$50.000.-

El valor lo dividimos por 7 para obtener el valor diario = $(50.000 / 7) = \$7.142,857$

La compensación del feriado será entonces:

Indemnización por feriado: $(4.71 \times 6000) = \$33.643.-$

En el caso de trabajadores contratados por una jornada parcial con sueldo semanal, quincenal o mensual, el monto pactado se deberá dividir por 7, 15 o 30 respectivamente, para obtener el valor diario.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2804/147 de 05.05.1995:

Del análisis conjunto de las disposiciones legales precedentemente transcritas, cabe colegir que todo trabajador, al cumplir doce meses de servicios adquiere el derecho a que le sean otorgados quince días por concepto de feriado básico, los cuales deben ser remunerados en forma íntegra por su empleador.

Se desprende asimismo, que si, por el contrario, un trabajador no alcanza a cumplir el año de servicio que le daría derecho al primer feriado o a un nuevo período de quince días y se pone término a su contrato, la ley le garantiza su derecho a exigir del empleador el pago de una indemnización del eventual beneficio,

pero obviamente, no por el 100% de los quince días, sino sólo en proporción al tiempo que efectivamente duró la relación laboral.

Sobre la base de la conclusión anterior, la reiterada jurisprudencia del Servicio ha determinado que el feriado proporcional aludido se traduce en 1,25 días por cada mes que haya durado la relación laboral, lapso que debe ser compensado con una suma proporcional a la remuneración íntegra que le habría correspondido en el evento de haber tenido derecho a feriado completo. $(15/12 = 1.25)$

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que para los efectos del cómputo del feriado proporcional deberá tenerse presente que el dictamen 8413/143, de 30.10.89, en su letra c), resuelve que el total de días y fracciones de días que correspondiere por el concepto en estudio "deberá calcularse a partir del día siguiente a la terminación del contrato y deberá comprender, además de los días hábiles, los domingo, festivos y, en su caso, el que corresponda por aplicación del artículo 67 del Código del Trabajo", hoy artículo 69 del mismo cuerpo legal.

Ahora bien, para los efectos de calcular el valor diario del aludido feriado proporcional, cabe considerar que la doctrina de este Servicio, contenida en ordinario 2551, de 11.06.83 y ordinario 2219, de 23.04.95, ha establecido que la remuneración íntegra que por concepto de los quince días de feriado básico debe pagarse a un trabajador remunerado por hora que labora menos de 48 horas semanales distribuidas en una jornada de menos de cinco días, es de equivalente al valor del total de las mismas horas semanales convenidas, por cada semana que comprenda el feriado.

Atendido que un feriado básico de quince días, necesariamente abarca tres semanas, para obtener la remuneración íntegra del feriado, debe la suma semanal aludida ser multiplicada por tres, lo que da el 100% de la remuneración íntegra que corresponde pagar por concepto de un feriado de quince días.

De lo expresado se concluye que el valor diario del feriado íntegro así calculado será igual al resultado de dividir el valor total de los quince días, obtenido según la regla precedente, por quince.

Determinado de esta suerte el valor diario de un día de feriado básico en el caso de la compensación de feriado proporcional, como se trata en la situación en comento, sólo cabe multiplicar el mismo valor diario del feriado básico normal, por el número de días que corresponda como feriado proporcional, sin perjuicio de los días domingo y demás días inhábiles que se comprenden en él, de acuerdo a lo expresado en acápite anteriores.

A igual conclusión se llega razonando que si a 15 días de feriado corresponde el 100% de la remuneración íntegra, al número de días de feriado proporcional que se determine corresponderá la proporción respectiva, la que se obtendrá multiplicando la remuneración íntegra que se habría pagado por 15 días de feriado por el número de días de feriado proporcional que procedan, dividiendo luego el resultado por 15, sin perjuicio del pago de los domingo y demás días inhábiles que incidan en el período.

✓ PAGO INDEMNIZACIÓN POR FERIADO TRABAJADORES REMUNERADOS EN MONEDA EXTRANJERA

Debemos tener presente que la remuneración de los trabajadores puede pactarse en una moneda distinta al peso chileno, pero su pago debe realizarse siempre en moneda nacional esto es el peso, salvo por supuesto la excepción contenida en la Ley 18.156 que regula la excepción de cotización previsional de los profesionales y técnicos extranjeros, a quienes se les puede pagar en la moneda extranjera pactada en los contratos de trabajo.

Respecto de los trabajadores que tiene pactada su remuneración en moneda extranjera, debemos tener presente que la indemnización por feriado debe pagarse en pesos chilenos de acuerdo al tipo de cambio vigente a la fecha de pago

de ella y no procede que se utilice el tipo de cambio vigente a la fecha de término de la relación laboral, así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo que al respecto ha señalado:

Ordinario N° 3838/0192, de 18.11.2002:

Como de acuerdo al artículo 54 del Código del Trabajo, las remuneraciones se pagarán en moneda de curso legal, se deriva que legalmente deberá estarse al momento del pago de la remuneración, para cumplir con la exigencia que éste se haga en moneda de curso legal, por lo que para determinar la conversión del tipo de cambio a moneda de curso legal en la cual debe hacerse el pago, deberá estarse al valor del cambio al día del pago de la obligación, y no del día del despido, que no tiene mayor relevancia para estos efectos.

Se estima que lo anterior, que rige para el pago de las remuneraciones, es igualmente válido para el caso en estudio, en el cual el estipendio que se paga no es jurídicamente remuneración, sino indemnización, según se desprende de lo dispuesto por el inciso 2° del artículo 41 del Código del Trabajo, que excluye del concepto de remuneración, entre otros estipendios, "las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual" requisito que cumpliría el pago compensatorio del feriado, si corresponde pagarlo justamente con motivo de la extinción del contrato. Pues bien, lo expresado llevaría, a juicio de esta Dirección, a aplicar por analogía al caso la norma del artículo 54 citada y comentada, si lo relevante en ella es la determinación que el pago de lo que se deba al trabajador debe hacerse en moneda de curso legal, como medida de protección, por lo que para el pago de una indemnización, existiendo la misma razón de protección debe existir la misma disposición. Por lo tanto, al tenor de la consulta, se deberá considerar la equivalencia a moneda nacional del tipo de cambio vigente al día del pago efectivo del feriado compensatorio, y no el de la fecha del despido.

2. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL AVISO PREVIO

✓ CAUSALES QUE DAN DERECHO A ESTA INDEMNIZACIÓN

La indemnización sustitutiva del aviso previo o el mes de desahucio, tendrá derecho a percibirla el trabajador en los siguientes casos:

1. Cuando el empleador invoque como casual de término de la relación laboral, alguna de las causales del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o bien el desahucio escrito del empleador y el aviso de término de la relación laboral no se dé con a lo menos 30 días de anticipación a la fecha de término.
2. En caso de que se aplique el artículo 163 bis del Código del Trabajo, esto es en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación, se pagara la indemnización sustitutiva del aviso previo regulada en el numeral 2 de dicho artículo.
3. Cuando el trabajador reclame en contra de la casual invocada por el empleador de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo y el juez ordene su pago, al calificar el despido como injustificado, indebido o improcedente.
4. Cuando el trabajador invoca el autodespido de conformidad al artículo 171 del Código del Trabajo y el juez competente orden su pago.

Es muy importante tener presente que, para los trabajadores, cualquiera de las 4 causas que den origen a la percepción de la indemnización sustitutiva del aviso previo, señaladas precedentemente, serán consideradas

indemnización legal y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del Código del Trabajo un ingreso no constitutivo de renta, por supuesto en la medida que se pague de acuerdo a los montos fijadas por el legislador.

Los artículos 161; 162 y 163 bis del Código del Trabajo, en lo pertinente disponen:

Artículo 161 inciso segundo:

En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.

Artículo 162 inciso cuarto:

Cuando el empleador invoque la causal señalada en el inciso primero del artículo 161, el aviso deberá darse al trabajador, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva, a lo menos con treinta días de anticipación. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador una indemnización en dinero efectivo sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada. La comunicación al trabajador deberá, además, indicar, precisamente, el monto total a pagar de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente. Igual indicación deberá contener la comunicación de la terminación del contrato celebrado para una obra o faena determinada, cuando corresponda el pago de indemnización por el tiempo servido, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 163.

Artículo 163 bis N° 2:

2. El liquidador, en representación del deudor, deberá pagar al trabajador una indemnización en dinero, sustitutiva del aviso previo, equivalente al promedio de las tres últimas remuneraciones mensuales devengadas, si es que las hubiere. En el caso de que existan menos de tres remuneraciones mensuales devengadas, se indemnizará por un monto equivalente al promedio de las últimas dos o, en defecto de lo anterior, el monto a indemnizar equivaldrá a la última remuneración mensual devengada.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 4072/0299, 28.09.2000:

"Procede pagar al término de una relación laboral la indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, cuando las partes lo han convenido individual o colectivamente y, a falta de este acuerdo, cuando el empleador invocó la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, desahucio del empleador, o cuando el juez haya declarado que la aplicación de otras causales ha sido injustificada o indebida".

Ordinario N° 3286/0189, de 30.06.1999:

"El empleador que invoque sin preaviso dicha causal o con un aviso inferior a los treinta días que, como mínimo, exige la ley, debe otorgar en forma íntegra la indemnización sustitutiva del aviso previo, equivalente a la última remuneración mensual devengada por el trabajador.

De esta suerte, si la terminación de los contratos de trabajo de los dependientes de que se trata se produjo en definitiva por aplicación de la causal antes mencionada, el empleador se encontrará obligado a pagar

en forma íntegra la indemnización sustitutiva del aviso previo antes referida, atendido que, de acuerdo a los antecedentes aportados, la separación de dichos trabajadores se habría producido antes del vencimiento de los treinta días mínimos de preaviso, específicamente el día 16 del mismo.

Tendrán derecho a impetrar, además, la indemnización por años de servicio que hubieren pactado con su empleador, si esta fuere superior a la que establece la ley o esta última, en caso contrario, siempre y cuando su respectivo contrato haya tenido una vigencia de un año o más".

Ordinario N° 150/007, de 10.01.1994:

"No resulta jurídicamente procedente pagar una indemnización sustitutiva proporcional al plazo de preaviso, en el evento que este último no se dé con la anticipación prevista en el inciso 2° del artículo 3° e inciso 4° del artículo 4° de la Ley N° 19.010".

Ordinario N° 6046/0275, de 17.10.1994:

"En el caso de desahucio del contrato de trabajo del trabajador de casa particular la indemnización especial financiada con aporte de cargo del empleador de un 4,11% (Desde el 01.10.2020 el porcentaje es 1.11%) mensual, reemplaza únicamente la indemnización por años de servicio respecto de estos dependientes, y no la sustitutiva del aviso previo, si este se ha dado con menos de treinta días de anticipación"

✓ CONCEPTO DE ÚLTIMA REMUNERACIÓN MENSUAL

Para efectos de determinar el monto de la indemnización sustitutiva del aviso previo se debe tener en consideración lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo que señala:

Artículo 172: Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 163, 163 bis, 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.

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.

De acuerdo a la norma citada, que regula la forma en que debe determinarse la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicio, sustitutiva del aviso previo, por el tiempo servido en el caso de trabajadores por obra o faena, la indemnización sustitutiva del aviso previo en procedimiento concursal de liquidación de bienes del empleador, las que ordene pagar el tribunal en caso de reclamación de las causales de término de contrato y en el autodespido, la última remuneración mensual devengada, que servirá de base de cálculo de las indemnizaciones, estará integrada por toda cantidad que perciba el trabajador, además se deben incluir las especies valuables en dinero, siempre que sean pagados o entregados mensualmente. Sólo deben integrar la base de cálculo los estipendios que se devenguen mensualmente, por lo cual deberán excluirse aquellos que se devenguen con una periodicidad superior, como es el caso de remuneraciones bimestrales, trimestrales, semestrales o anuales.

El cálculo de la indemnización de aquellos trabajadores sujetos a remuneraciones variables se efectúa sobre la base del promedio percibido en los últimos tres meses previos a la fecha de término de la relación laboral.

El período de los tres últimos meses calendarios, será aquel que se encuentre cubierto en forma completa por la correspondiente remuneración, de suerte tal que si en algún mes se ha percibido parte remuneración y parte subsidio por incapacidad laboral, deberá descartarse esa mensualidad para dicho cómputo procediendo a considerar sólo los meses inmediatamente anteriores a aquel en que el trabajador obtuvo subsidio, toda vez que este es un beneficio previsional de naturaleza jurídica distinta a la remuneración.

La forma de calcular la indemnización sustitutiva del aviso previo, como ya se indicó es la misma que la indemnización por años de servicios, en cuanto a su base de cálculo, es por ello que este tema será tratado con mayor profundidad en el tema que a continuación veremos.

✓ TOPE DE 90 UF

El inciso final del artículo 172 antes visto, señala que, **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**, por lo que la indemnización sustitutiva del aviso previo que nos ocupa en este tema tendrá como monto máximo el monto de 92 UF considerado al último día del mes anterior al pago de esta.

Es importante destacar que el valor de la UF a utilizar quedará determinado por la fecha en la cual se realice el pago de la indemnización, toda vez que el artículo 177 del Código del Trabajo, da al empleador un plazo de 10 días hábiles a partir del día siguiente de concluida la relación laboral para poner a disposición del trabajador el finiquito y el pago de los valores involucrados en el, es así por ejemplo que si el término de la relación laboral se produce el día 15 de agosto de 2023 y el finiquito es pagado dentro de dicho mes el valor de la UF a considerar será el vigente al día 31 de julio de 2023. En el caso de que el término de la relación laboral se produzca el 26 de agosto de 2023, pero el pago de las indemnizaciones se materializara los primeros días de septiembre de 2023, el valor de la UF a considerar sería la vigente al 31 de agosto.

Los topes de 90 UF según las fechas indicadas precedentemente serían los siguientes:

Fecha	Valor UF	Tope 90 UF art. 172
31-07-2023	36.049,05	\$3.244.415.-
31-08-2023	36.130,31	\$3.251.728.-

✓ INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DEL AVISO PREVIO ESTABLECIDA EN EL NUMERO 2 DEL ARTICULO 163 BIS

Como ya viéramos en la unidad anterior, la Ley 20.720 sobre reorganización y liquidación de activos de empresas incorporó al Código del Trabajo, la causal de término de la relación laboral del artículo 163 bis, la cual se configura por haber sido sometido el empleador a un procedimiento concursal de liquidación de sus bienes, mediante resolución judicial, siendo la fecha de término de contrato la de la dictación de la correspondiente resolución judicial de liquidación de los bienes del empleador.

El artículo 163 bis en su numeral 2 establece que liquidador tiene la obligación de pagar al trabajador una indemnización en dinero sustitutiva del aviso previo, pese a que no opera este aviso, y que será equivalente al promedio de las 3 últimas remuneraciones mensuales devengadas, si es que las hubiere. Si solo existan 2 remuneraciones mensuales devengadas, se indemnizará por un monto equivalente al promedio de ellas y si solo existe una remuneración devengada el monto de la indemnización equivaldrá a la última remuneración mensual devengada.

El numeral 2 del artículo 163 bis dispone:

2.- El liquidador, en representación del deudor, deberá pagar al trabajador una indemnización en dinero, sustitutiva del aviso previo, equivalente al promedio de las tres últimas remuneraciones mensuales devengadas, si es que las hubiere. En el caso de que existan menos de tres remuneraciones mensuales devengadas, se indemnizará por un monto equivalente al promedio de las últimas dos o, en defecto de lo anterior, el monto a indemnizar equivaldrá a la última remuneración mensual devengada.

Si bien esta indemnización, debiese calcularse de la misma forma que la indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, conforme lo establece el artículo 172 del Código del Trabajo, dada la redacción de la norma citada precedentemente, estamos en presencia de un cálculo especial impuesto por el legislador por lo que el cálculo debe realizarse en los términos que el precepto legal dispone, esto es considerando el promedio de los 3 últimos meses de las remuneraciones devengadas, sin que sea procedente establecer un tope a estas remuneraciones, como es el de 90 UF que establece el artículo 172 antes mencionado.

Si bien esta indemnización, debiese calcularse de la misma forma que la indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo, conforme lo establece el artículo 172 del Código del Trabajo, dada la redacción de la norma citada precedentemente, estamos en presencia de un cálculo especial impuesto por el legislador por lo que el cálculo debe realizarse en los términos que el precepto legal dispone, esto es considerando el promedio de los 3 últimos meses de las remuneraciones devengadas, sin que sea procedente establecer un tope a estas remuneraciones, como es el de 90 UF que establece el artículo 172 antes mencionado.

La Dirección del Trabajo sostiene que el tope de 90 UF no se aplica a la indemnización sustitutiva del aviso previo establecido en el numeral 2 del artículo 163 bis, limitándose el legislador simplemente a regular el tope de 90 UF para la preferencia de pago de esta indemnización.

Respecto de esta indemnización la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario 3519/057, de 09.09.2014:

A) 7.- Pago de indemnización sustitutiva del aviso previo. Preferencia para su pago y límite.

La nueva disposición legal contempla la obligación del liquidador de pagar al trabajador, en representación del deudor, una indemnización en dinero, sustitutiva del aviso previo, pese a que no opera este aviso, equivalente, no a la última, sino al promedio de las tres últimas remuneraciones mensuales devengadas, si las hubiere, y de ser menos de tres, por el promedio de dos, y en su defecto, por la última remuneración mensual devengada. Cabe acotar, que el legislador establece promedios al efecto, los que podrían ser más demostrativos del ingreso previo del trabajador, atendida la situación económica del empleador y su empeoramiento.

Corresponde agregar, que el artículo 346 de la misma ley 20.720 en análisis, en su N° 4, sustituyó el artículo 2472 del Código Civil, inserto en el Libro IV Título XLI, "De la Prelación de Créditos", que regula la primera clase de créditos, incluyendo en el lugar N° 5 de preferencia de pago, junto con las remuneraciones, "la indemnización establecida en el número 2 del artículo 163 bis del Código del Trabajo con un límite de noventa unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior al de su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere.."

De consiguiente, la indemnización sustitutiva del aviso previo en estudio ha sido incluida en forma relevante y mejorada en el lugar N° 5, y no N° 8°, de los créditos de primera clase establecidos en el artículo 2472 del Código Civil, para su pago preferencial, hasta un tope de 90 UF. En el exceso, será un crédito valista, sin preferencia.

3. INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS

✓ CAUSALES QUE DAN DERECHO A ESTA INDEMNIZACIÓN

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 163 del Código del Trabajo, tendrá derecho a percibir la indemnización por años de servicios el trabajador cuyo contrato haya estado vigente 1 año o más y el empleador le ponga término por alguna de las casuales de término de la relación laboral establecidas en el artículo 161 del mismo Código, es decir que el empleador invoque como causal de término de la relación laboral las necesidades de la empresa o bien el desahucio escrito del empleador.

También se pagará esta indemnización en los siguientes casos:

1. En caso de que se aplique el artículo 163 bis del Código del Trabajo, esto es en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación, se pagara la indemnización por años de servicios regulada en el numeral 3 de dicho artículo.
2. Cuando el trabajador reclame en contra de la casual invocada por el empleador de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del Código del Trabajo y el juez ordene su pago, al calificar el despido como injusto improcedente o arbitrario.
3. Cuando el trabajador invoca el autodespido de conformidad al artículo 171 del Código del Trabajo y el juez competente orden su pago.

Es muy importante tener presente que, para los trabajadores, cualquiera de las tres causas que den origen a la percepción de la indemnización sustitutiva del aviso previo, señaladas precedentemente, serán consideradas indemnización legal y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 178 del Código del Trabajo un ingreso no constitutivo de renta, por supuesto en la medida que se pague de acuerdo a los montos fijados por el legislador.

Respecto de las causales que dan derecho a esta indemnización la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2818, de 25.05.2016:

La indemnización por años de servicio que corresponde, por término de relación laboral, en virtud del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio, que el empleador está obligado a pagar por este concepto, es aquella que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que su monto fuese superior al establecido por ley, esto es, una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración devengada por cada año de servicio o fracción superior a seis meses, con el límite de trescientos treinta días de remuneración, esto es, once años, tratándose, como en este caso, de una trabajadora contratada después del 14 de agosto de 1981.

Ordinario N° 5302/0252, de 14.09.1992:

"La indemnización por años de servicio no está ligada a la naturaleza del contrato de trabajo sino a la causal de terminación que se invoque, de suerte que aún cuando se hubiere considerado que los contratos de que se trata son de carácter indefinido, como estima el consultante, su terminación no daría derecho a indemnización si se produjera por una causal diversa de las necesidades de la empresa".

Ordinario N° 2886/0158, de 04.06.1999:

"En otros términos, la obligación de pagar indemnizaciones por término del contrato de trabajo está vinculada directamente con la terminación de los servicios por las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, ya sea que fue directamente invocada por el empleador o cuando el juez ha declarado que la aplicación de esta u otras causales ha sido injustificada, indebida o improcedente".

Ordinario N° 4072/0299, 28.09.2000:

"Procede pagar al término de una relación laboral la indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, cuando las partes lo han convenido individual o colectivamente y, a falta de este acuerdo, cuando el empleador invocó la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, desahucio del empleador, o cuando el juez haya declarado que la aplicación de otras causales ha sido injustificada o indebida".

Ordinario N° 04385/169, de 27.09.2004:

"No tiene derecho a impetrar el pago de la indemnización legal por años de servicio, la trabajadora que renuncia voluntariamente a su empleo y no ha pactado individual ni colectivamente el pago de ese beneficio a todo evento o específicamente por la renuncia."

✓ CONCEPTO DE AÑO PARA EFECTOS DE CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS

El legislador no entrega una definición de año para efecto de la determinación de la antigüedad del trabajador para efectos de determinar el derecho a feriado, como así también para efectos de determinar el derecho a la indemnización por años de servicios, que en este tema revisamos, es por ello que debemos recurrir a la jurisprudencia para poder establecer que deberá entenderse por año de servicios.

La jurisprudencia administrativa emanada de la Dirección del Trabajo nos dice en materia laboral 1 año es un periodo de 12 meses y un mes el **"conjunto de días consecutivos desde uno señalado hasta otro de igual fecha en el mes siguiente"**, por lo que, si un trabajador ingresa a la empresa el 10 de octubre de 2019, recién tendrá un año de servicio en ella el 10 de octubre de 2020, cumpliéndose a esa fecha el primer año de servicio en la empresa. Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 1847/123, de 24.04.1998:

De las disposiciones precedentes se desprende que si el contrato de trabajo hubiere estado vigente un año o más, y el empleador le pusiere término por las causales del artículo 161, deberá pagar al trabajador la indemnización por años de servicio que se hubiere convenido y a falta de esta convención o si ella resulta inferior, se deberá pagar una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual por cada año de servicio y fracción superior a seis meses prestados continuamente a dicho empleador.

Ahora bien, el legislador no ha definido en el texto legal que ha de entenderse por años de servicio, para los efectos analizados, por lo que se hace necesario recurrir al significado que a tales términos otorga, según la doctrina, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, dando aplicación a la regla de interpretación de ley del artículo 20 del Código Civil, en cuanto las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que para estos efectos indica que año es "un período de doce meses, a contar de un día cualquiera".

De este modo, años de servicio será cada lapso de doce meses que un trabajador haya prestado servicios continuos a un empleador determinado, a contar de un día cualquiera.

De esta manera, completado un período ininterrumpido de doce meses de vigencia de relación laboral contados desde un día cualquiera, de inicio de los servicios, se completará un año para el pago de la indemnización aludida, lapso que en la práctica alcanza a 365 días.

De acuerdo a lo anterior, no procede en la especie entender por año de servicios, como se plantea en la consulta, el año calendario que concluye el día 31 de diciembre; ni año comercial ni año tributario, que son denominaciones específicas que hace la ley para efectos propios distintos a los en comento.

Ordinario N° 2930/078, de 23.07.2003:

Considerando que el legislador no ha definido en el texto legal en referencia que ha de entenderse por año, para los efectos en análisis, se hace necesario recurrir al significado que a tal término otorga, según la doctrina, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, dando aplicación a la regla de interpretación de la ley del artículo 20 del Código Civil, en cuanto las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que para estos efectos indica que "año" es "un período de doce meses, a contar de un día cualquiera".

Ordinario N° 1113/100, 21.03.2000:

En lo que dice relación con la primera consulta planteada se hace necesario recurrir a las normas de hermenéutica legal contenidas en los artículos 19 y 20 del Código Civil, conforme a la primera de las cuales "cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", agregando la segunda que "Las palabras de la ley, se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras", cual es, según la jurisprudencia, aquel que a las palabras da el Diccionario de la Real Academia Española.

Según el texto citado año significa "período de doce meses, a contar de un día cualquiera", concepto este que permite sostener que el legislador al utilizar en la norma en comento el vocablo "año" ha querido referirse a un período de 12 meses, cualquiera que sea el día en que el mismo se inicia.

✓ REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIOS

La indemnización por años de servicios en cuanto a su procedencia y requisitos se encuentra regulada en el artículo 163 del Código del trabajo, el cual dispone:

Artículo 163: Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.

Si el contrato celebrado para una obra o faena determinada hubiere estado vigente por un mes o más, el empleador podrá ponerle término en forma justificada en tanto pague al trabajador, en el momento de su terminación, una indemnización equivalente a dos y medio días de remuneración por cada mes trabajado y fracción superior a quince días, en la forma y modalidad señalada en el artículo 23 transitorio de este Código. Esta indemnización será calculada en conformidad a lo establecido en el artículo 172, y le será aplicable lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 19.728. Sólo corresponderá el pago de la prestación antes señalada, si se pusiere término al contrato por la causal contemplada en el número 5 del artículo 159. El ejercicio del derecho establecido en este inciso por parte del trabajador es

incompatible con las acciones derivadas de la aplicación del inciso primero del artículo 168, sin perjuicio de las acciones señaladas en el artículo 485 de este Código.

La indemnización a que se refiere este artículo será compatible con la sustitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 161 y en el inciso cuarto del artículo 162 de este Código.

Lo dispuesto en los incisos anteriores no se aplicará en el caso de terminación del contrato de los trabajadores de casa particular, respecto de los cuales regirán las siguientes normas:

a. Tendrán derecho, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato, a una indemnización a todo evento que se financiará con un aporte del empleador, equivalente al 1,11% de la remuneración mensual imponible, la que se regirá, en cuanto corresponda, por las disposiciones de los artículos 165 y 166 de este Código, y

b. La obligación de efectuar el aporte tendrá una duración de once años en relación con cada trabajador, plazo que se contará desde el 1 de enero de 1991, o desde la fecha de inicio de la relación laboral, si esta fuere posterior. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes correspondientes al período respectivo, más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos.

La norma precedentemente citada regula la indemnización por años de servicio en los siguientes términos:

✓ CAUSALES QUE OTORGAN DERECHO A PERCIBIRLA

El derecho a la indemnización por años de servicio se origina cuando el empleador pone término al contrato de trabajo invocando las causales del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio. Si bien el artículo 163 solo menciona estas causales, otras normas del Código del Trabajo también hacen procedente el pago de ella, como es el caso de que el término de la relación laboral se produzca por la aplicación del artículo 163 bis, cuando el trabajador reclame en contra de la casual invocada por el empleador de conformidad al artículo 168 y el juez ordene su pago, cuando el trabajador invoque el autodespido de conformidad al artículo 171 y el juez competente orden su pago.

✓ MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 163, se pueden dar 2 situaciones respecto del monto de la indemnización por años de servicios, así ver:

1. INDEMNIZACIÓN LEGAL

La indemnización por años de servicios será equivalente a 30 días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al empleador.

Esta indemnización presenta dos límites, uno en relación a los años a indemnizar al prescribirse que la indemnización tendrá un límite de 11 años, con excepción de los trabajadores contratados antes del 14 de agosto de 1981, para quienes no rige este tope.

El otro límite es respecto de la base de cálculo, al disponerse que no deba considerarse una remuneración superior a 90 Unidades de Fomento, este tope de 90 UF según la jurisprudencia judicial no se aplica a la indemnización por años de servicio de los trabajadores contratados antes del 14.08.1981.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2987/0164, de 08.06.1999.

"Preciso es convenir que para los efectos de que se trata debería aplicarse lo dispuesto en el inciso 2° de la norma legal transcrita, esto es, la indemnización sería la equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente al empleador, beneficio el cual se encuentra limitado a 330 días de remuneración, por expresa disposición de la norma en comento".

Ordinario N° 3751/0280, 06.09.2000:

"A los trabajadores cuya relación laboral terminare por las causales previstas en el artículo 159 del Código del Trabajo, Industrias S.A. debe pagarles la indemnización por años de servicios pactada en el contrato colectivo vigente en la empresa. A aquellos cuyos contratos terminaren por alguna de las causales previstas en el artículo 161 del cuerpo legal aludido, debe pagarles, en cambio, el beneficio que resulte de monto superior para el respectivo dependiente, sea este la indemnización pactada en el instrumento mencionado o la legal, regulada en el inciso 2° del artículo 172 del Código del Trabajo".

2. INDEMNIZACIÓN CONVENCIONAL

Se permite que las partes pacten ya sea en forma individual o colectiva una indemnización de monto mayor a la que regula el artículo 163 en su inciso segundo, por lo que cualquier estipulación que establezca un pago de indemnización por un monto inferior al fijado por ley resultaría improcedente.

Por ser convencional este tipo de indemnización, no podrá ser impuesta por una de las partes contratantes a la otra, es así que resulta improcedente que el trabajador exija a su empleador el pago de la indemnización por años de servicios en monto superior al regulado por el legislador salvo que lo haya acordado expresamente con su empleador, así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo que al respecto ha señalado:

Ordinario N° 2503/0189, de 01.06.1998:

"Cualquier indemnización diversa de la legal, ya sea por su monto o por las causales que la hacen procedente, cae dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad debiendo, por tanto, ser concedida unilateralmente por el empleado o convenida libremente por las partes.

Luego, el acuerdo de voluntades necesario para establecer tal indemnización convencional por años de servicio requiere ser libre y espontáneo, por lo que resulta improcedente para el dependiente exigir al empleador que manifieste su voluntad de celebrar un acto jurídico por él no deseado.

Por último, sólo resta señalar que por la vía de la negociación colectiva si la hubiere, y en cuanto se sujeten a sus normas, resultará posible también a las partes involucradas en dicho procedimiento al establecer una indemnización por años de servicio diversa a la legal".

3. PERIODO SUPERIOR A 6 MESES

Como ya viéramos el inciso segundo del artículo 163 establece respecto de la indemnización por años de servicios que "el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador".

Respecto del derecho a que la fracción de año superior a 6 meses sea considerada como un año de servicios, debemos tener presente que esta disposición solo se aplicara una vez que el trabajador haya completado 1 año de servicios, no siendo procedente su aplicación cuando por ejemplo el trabajador tenga una antigüedad superior a 6 meses en la empresa, pero inferior a un año. Para entender este punto siempre se debe tener presente el concepto de mes tantas veces reseñado en este curso, cual es qué mes es un periodo continuo de tiempo que va de una fecha a igual fecha del mes siguiente, como así también el concepto de año que viéramos anteriormente, cual es un periodo de 12 meses.

Ejemplo 1: Si un trabajador ingreso a la empresa el día 15 de marzo de 2023 y la fecha de término de la relación laboral es el 31 de diciembre de 2023, el trabajador tendría una antigüedad en el empleo de 9 meses con 16 días, por lo que si bien la causal de término de la relación laboral fuese las necesidades de la empresa no tendría derecho a la indemnización por años de servicios toda vez que no ha completado la anualidad exigida para su procedencia.

Ejemplo 2: Si un trabajador ingresa a la empresa el 25 de agosto de 2022 y la relación laboral termina el 31 de diciembre de 2023, el trabajador tendría una antigüedad de 1 año 4 meses y 6 días, por lo que, si la desvinculación fuera por desahucio escrito, solo tendrá derecho a 1 año de servicio, toda vez que la fracción de año no superó los 6 meses.

Ejemplo 3: Si un trabajador ingresa a la empresa el 10 de junio de 2022 y la relación laboral termina el 31 de diciembre de 2023, el trabajador tendría una antigüedad de 1 año 6 meses y 21 días, por lo que, si la desvinculación fuese por necesidades de la empresa, el trabajador tendrá derecho a 2 años de servicio, toda vez que la fracción de año es superior a 6 meses.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 4439/0250 del 28.07.1997:

"La procedencia de la indemnización por años de servicio que en el artículo 163 se contempla, se encuentra supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que el contrato de trabajo hubiere estado vigente a los menos durante un año, y

b) Que el empleador hubiere puesto término al contrato invocando la causal prevista en el inciso 1° del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o en la consignada en el inciso 2° de dicho precepto, vale decir, desahucio, en el caso de que se trate de trabajadores que tengan poder para representar al empleador en la forma en que dicha norma se indica, o que desempeñen cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador".

4. SOLO SE REQUIERE ANTIGÜEDAD EN EL EMPLEO Y NO EFECTIVA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE PARTE DEL TRABAJADOR

Al igual que la indemnización por feriado, la antigüedad para efecto de la indemnización por años de servicios no está subordinada a la prestación efectiva de servicios por parte del trabajador, si no que a la simple vigencia del contrato de trabajo, es por ello que en el caso de los trabajadores que se encuentren con licencia médica, los trabajadores que gocen de permisos sin goce de remuneración, quienes estuvieron con contrato suspendido por efectos de la Ley N° 21.227, o cualquier otra circunstancia que suspenda los efectos de la relación laboral, siguen acumulando antigüedad para efectos de indemnización por años de servicios, por lo que en el caso de un trabajador haya hecho uso de licencia médica por ejemplo durante 4 años, para efectos del artículo 163 del Código esos años contarán, al respecto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2568/098, de 06.05.1992:

"El período de permiso sin goce de remuneración concedido a un trabajador debe considerarse para los efectos del derecho a feriado legal e indemnización por años de servicio".

Ordinario N° 2421/0139, de 25.07.2002:

"1) El otorgamiento de una licencia por enfermedad interrumpe el plazo de preaviso de término de contrato por aplicación de las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio, el cual, por tanto, continúa corriendo una vez cumplido el período que abarca la licencia o su prórroga.

2) Resulta jurídicamente procedente computar, para los efectos de enterar el año de antigüedad en la empresa que da derecho al pago de indemnización por años de servicios al invocarse como causal de terminación del contrato las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio, el período que abarque una o más licencias médicas otorgadas al trabajador durante el período de preaviso."

✓ CONCEPTO DE ÚLTIMA REMUNERACIÓN MENSUAL

Como ya se indicará para efectos de determinar el monto de la indemnización sustitutiva del aviso previo y la indemnización por años de servicios, se debe tener en consideración lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo que señala:

Artículo 172: Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 163, 163 bis, 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 sobretiempos 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.

De acuerdo a la norma citada, que regula la forma en que debe determinarse la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicio, sustitutiva del aviso previo, indemnización por tiempo servido de los contratos por obra o faena, las que ordene pagar el tribunal en caso de reclamación de las causales de término de contrato y en el autodespido, como así también la indemnización por años de servicios en procedimiento concursal de liquidación de bienes del empleado, la última remuneración mensual devengada, que servirá de base de cálculo de las indemnizaciones, estará integrada por toda cantidad que perciba el trabajador, además se deben incluir las especies valuables en dinero, siempre que sean pagados o entregados mensualmente.

Sólo deben integrar la base de cálculo los estipendios que se devenguen mensualmente, por lo cual deberán excluirse aquellos que se devenguen con una periodicidad superior, como es el caso de remuneraciones bimestrales, trimestrales, semestrales o anuales, como ocurre por ejemplo con los aguinaldos de fiestas patrias y fin de año y las gratificaciones legales que se pagan una vez al año.

El cálculo de la indemnización de aquellos trabajadores sujetos a remuneraciones variables se efectúa sobre la base del promedio percibido en los últimos tres meses previos a la fecha de término de la relación laboral.

El período de los tres últimos meses calendarios, será aquel que se encuentre cubierto en forma completa por la correspondiente remuneración, de suerte tal que si en algún mes se ha percibido parte remuneración y parte subsidio

por incapacidad laboral, deberá descartarse esa mensualidad para dicho cómputo procediendo a considerar sólo los meses inmediatamente anteriores a aquel en que el trabajador obtuvo subsidio, toda vez que este es un beneficio previsional de naturaleza jurídica distinta a la remuneración.

Es importante señalar que de acuerdo al principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales establecido en el artículo 5 del Código del Trabajo, cualquier pacto que diga relación con la forma de determinar la indemnización por años de servicios o la sustitutiva del aviso previo, en términos desfavorables a para los trabajadores, en cuanto a excluir determinados emolumentos o beneficios resulta jurídicamente improcedente y carece de validez, debiendo el empleador pagar las indemnizaciones conforme la normativa vigente. La irrenunciabilidad de los derechos laborales se aplica solo respecto de los derechos regulados por el Código del Trabajo, por lo que en el caso de indemnizaciones de tipo convencional, superiores a las legales y en aquellos casos en que se pacte indemnizaciones por término de la relación laboral por causales distintas a las contempladas en el artículo 161, el monto de dichas indemnizaciones quedara sujeto a lo que las partes acuerden y perfectamente pueden excluirse en su cálculo determinados estipendios que si son base de cálculo de las indemnizaciones legales.

Respecto de la última remuneración mensual que servirá de base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicios y mes de aviso, la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2818, de 25.05.2016.

1) La indemnización por años de servicio que corresponde, por término de relación laboral, en virtud del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio, que el empleador está obligado a pagar por este concepto, es aquella que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que su monto fuese superior al establecido por ley, esto es, una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración devengada por cada año de servicio o fracción superior a seis meses, con el límite de trescientos treinta días de remuneración, esto es, once años, tratándose, como en este caso, de una trabajadora contratada después del 14 de agosto de 1981.

2) El tope de trescientos treinta días, equivalente a once años, en el caso de la indemnización señalada, no se ve alterado por la norma del artículo 8° transitorio del Código del Trabajo que, en definitiva, es una norma de excepción, que se relaciona a la modalidad de pago del exceso de ciento cincuenta días de remuneración generada al 14 de agosto de 1990, pero no a la cantidad máxima de años de servicios a considerar.

3) Para determinar la indemnización por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, la última remuneración mensual comprende 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, debiendo excluirse para el cálculo de que se trata, los pagos de sobretiempo y los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como las gratificaciones, cuando son pagadas anualmente y los aguinaldos de navidad.

Ordinario N° 2.387, de 12.05.2015:

Sobre la disposición transcrita, este Servicio ha sostenido, entre otros en Ord. 2745/42 del 2009 que del tenor literal de este precepto puede colegirse que excluye del concepto "última remuneración mensual", a todos aquellos beneficios y asignaciones que se perciben "en forma esporádica o por una sola vez al año", en otros términos, esto significa que estos beneficios deben tener cierto grado de permanencia y fijeza para incorporárseles como base de cálculo de la indemnización por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo.

Precisado lo anterior, cabe señalar que en el caso de la especie se consulta si la bonificación de vacaciones establecida en la cláusula quinta del contrato colectivo de 30.6.2014 y el aguinaldo anual establecido en la cláusula octava del mismo instrumento, deben incluirse dentro del concepto "última remuneración"

mensual” para efectos de determinar la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicios que el empleador ha de pagar a los trabajadores de la empresa que tengan derecho a ella.

Del texto de las estipulaciones en comento, así como de las descripciones expuestas en la presentación que nos convoca, deviene indudable que los referidos bonos corresponden a beneficios esporádicos que, en concreto, se perciben una vez al año, razón por la cual, conforme a la normativa vigente y a la doctrina aludida, no procede que sean incluidos en la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio a que alude el art. 163 inc. 2° del estatuto laboral.

En efecto, se ha pactado que la bonificación de vacaciones, equivalente a un mes de remuneración del trabajador, se pagará en el mes de diciembre de cada año con independencia del periodo en que se tomen las vacaciones y la duración de las mismas; mientras que el aguinaldo anual, con un valor base al 1.7.2014 de \$763.322.-, reajutable, igualmente se pagará en diciembre de cada año.

En consecuencia, siendo ambos bonos de pago anual, a saber, percibidos sólo en diciembre del año de que se trate, carecen de la permanencia que exigen aquellas asignaciones y beneficios que por ley conforman la “última remuneración mensual” que sirve de base para determinar la ya aludida indemnización, por lo que no corresponde sean incluidas en dicho cálculo.

La conclusión anterior no puede ser alterada por el argumento de que el trabajador que se desvincula de la empresa antes de diciembre reciba un pago proporcional de ambos beneficios, pues de modo alguno ello significa que los dependientes estén mensualmente percibiendo, ni en todo ni en parte, los referidos bonos.

Así tampoco es atendible en este extremo el argumento de estar considerados estos bonos en la base de cálculo de la indemnización convencional pactada para ciertos trabajadores en la cláusula vigésimo segunda del instrumento colectivo, por cuanto ella, precisamente por su carácter convencional, difiere de la indemnización legal por años de servicio que establece el art. 163 inc. 2° del C. del Trabajo, precepto que, como se ha dicho, cumple con fijar una fórmula indemnizatoria para el caso en que no existan vías convencionales dispuestas individual o colectivamente por las partes.

Ordinario N° 0494, de 30.01.2015:

En atención a la consulta, cabe considerar que mediante dictamen N° 2461/040 de 17.06.2011, este Servicio ha manifestado que la firme doctrina relativa a la materia se encuentra contenida, entre otros, en los dictámenes N° 4466/308 de 21.09.98, 3011/055 de 17.07.08 y 2745/042, de 09.07.09.

Los referidos pronunciamiento jurídicos, consagran de manera principal que, el artículo 172 del Código del Trabajo establece una regla especial aplicable a la base de cálculo de las indemnizaciones contempladas en los artículos 168, 169, 170 y 171, del mismo cuerpo normativo.

Conforme a la señalada regla, debe considerarse para tal efecto, 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.

Al tenor de lo expuesto, no cabe sino 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, debiéndose por tanto incluir la movilización y colación.

Respecto a las indemnizaciones por término de la relación laboral pactadas voluntariamente, o que excedan el piso mínimo fijado por el legislador, su base de cálculo puede ser libremente convenida, en función de los principios de autonomía de la voluntad y libertad de contratación.

En tal sentido y a modo ejemplar, cabe analizar particularmente el artículo noveno del convenio colectivo vigente –que se acompaña a la presentación–, que extiende el derecho a indemnización por años de servicio, respecto de cualquier causal de término del vínculo laboral, salvo aquellas contempladas en el artículo 160 del Código del Trabajo.

Por lo tanto, tratándose de un trabajador cuyo contrato de trabajo termine por renuncia voluntaria (causal contemplada en el artículo 159 N° 2 del Código del Trabajo), este tiene derecho al pago de tal indemnización y a utilizar como base para el cálculo el mecanismo que las partes libremente hubieren acordado, el que eventualmente podría excluir las asignaciones de colación y movilización.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa citada y consideraciones formuladas, cúpleme informar que:

1.- La base de cálculo para el pago de las indemnizaciones legales por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, debe incluir toda cantidad con periodicidad de pago mensual y que no se encuentre expresamente excluida por el legislador.

2.- Las indemnizaciones por años de servicio de carácter voluntario, entendiéndose por tales aquellas que exceden el piso mínimo fijado por el legislador, pueden ser evaluadas libremente por las partes, resultando procedente en estos casos, la exclusión de las asignaciones de movilización y colación, en el evento que las partes así lo hubieran convenido.

✓ ESTIPENDIOS A CONSIDERAR

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo y la jurisprudencia administrativa y judicial en la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo se deberán incluir toda cantidad que perciba el trabajador, además se deben incluir las especies avaluables en dinero, siempre que sean pagados o entregados mensualmente.

De acuerdo a la normativa legal se deberán incluir en la base de cálculo, sin ser una enumeración taxativa los siguientes haberes:

- ✓ Las asignaciones de colación, movilización, desgaste de herramientas, pérdida de caja, en la medida que estas se paguen mensualmente.
- ✓ Las prestaciones en especies avaluables en dinero como es la demasía en el caso de los trabajadores de panaderías, la entrega de alimentación y locomoción de acercamiento proporcionadas por la empresa, en la medida que puedan ser evaluadas en dinero.
- ✓ Los seguros de vida y complementarios de salud que el empleador pague, en la medida que la prima sea mensual, estos seguros constituyen remuneración para el trabajador siendo por ser una especie evaluable en dinero.
- ✓ La gratificación pagada mes a mes, aun cuando sea en carácter de anticipos.
- ✓ Las remuneraciones variables y la semana corrida.
- ✓ Las remuneraciones que tengan el carácter de sueldo en los términos establecidos en el artículo 42 letra A del Código del Trabajo y la jurisprudencia administrativa emanada de la Dirección del Trabajo, como son por

ejemplo los bonos de turno nocturno, los bonos de responsabilidad, asistencia y puntualidad, las asignaciones de responsabilidad, asignaciones por faena, las asignaciones de zona que acuerden las partes.

- ✓ Los depósitos convenidos entre la empresa y el o los trabajadores de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Ley N° 3500 de 1980.
- ✓ El bono sala cuna o compensación en dinero de la sala cuna cuando la trabajadora o trabajador no pueda hacer uso de dicho beneficio y se haya acordado la compensación en dinero.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 172 antes mencionado, se deben excluir de la base de cálculo los siguientes haberes:

- ✓ Las horas extraordinarias.
- ✓ Las cargas familiares pagadas de conformidad a las normas legales vigentes.
- ✓ Los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad y fiestas patrias.
- ✓ Las remuneraciones que se pagan con una periodicidad superior a un mes, como es el caso de remuneraciones bimestrales, trimestrales, semestrales o anuales, como sería por ejemplo los bonos de producción trimestrales o anuales que algunas empresas pagan a sus trabajadores, las participaciones que dicen relación con las utilidades de determinados negocios que la empresa realice, entre otras.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 2551, de 08.06.2017:

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.

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.

Respecto de la inclusión de haberes no imponibles como la colación y movilización que se pagan mensualmente, debemos tener presente la siguiente jurisprudencia judicial.

Corte Suprema, Rol N° 11718-2014, de 12.03.2015:

Cuarto: Que el sentido de la norma del artículo 172 es claro en orden a que, a los efectos de que se trata, terminación del contrato de trabajo, se excluyen aquellos estipendios de carácter esporádico, esto es, ocasionales o que se pagan por una sola vez en el año. De este modo, cabe concluir que para el cálculo de esta indemnización se comprenderá todo aquello que tenga el carácter de permanente, razón por la que las asignaciones de colación y movilización, que aparecen pagadas mensualmente, revisten la naturaleza de permanencia que exige la disposición especial, que ha de prevalecer sobre la de índole general, sin que obste a ello que tales rubros puedan no constituir remuneración en términos generales, desde que, como se dijo, para resolver la litis ha de estarse a la norma específica aplicable al caso.

Corte Suprema, Rol N° 7104-2013, de 07.01.2014:

Sexto: Que el sentido de la norma transcrita es claro en orden a establecer que se excluyen del concepto de última remuneración mensual, para los efectos de que se trata, aquellos beneficios o asignaciones que tengan el carácter de esporádicos, esto es, ocasionales o que se pagan por una sola vez en el año. De este modo, cabe concluir que para que el beneficio o asignación de que se trate deba ser incluido en el concepto de última remuneración mensual, es necesario que tenga el carácter de permanente, razón por la que las asignaciones de colación y movilización, que aparecen canceladas mensualmente, revisten la naturaleza de permanencia que exige la disposición especial que rige la materia y son aplicables a la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios que se otorgan al trabajador, sin que obste a ello que tales rubros puedan no constituir remuneración en términos generales, desde que, como se dijo, para resolver la litis ha de estarse a la norma específica aplicable al caso.

Corte Suprema, Rol N° 20069-2014, 21.07.2015:

5° Que el sentido de la citada disposición es claro en orden a establecer que debe descartarse de la noción de última remuneración mensual, para los efectos a que se refiere, aquellos beneficios o asignaciones que tienen el carácter de ocasionales, esto es, esporádicos o que se solucionan una sola vez en el año. Por lo tanto, corresponde colegir que para que el beneficio o asignación sea incluido en el concepto de última remuneración mensual, es menester que tenga el carácter de permanente, razón por la que las asignaciones de colación y movilización tienen la calidad que exige la disposición especial que rige la materia y, por lo mismo, deben ser consideradas en la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios que se otorgan al trabajador con motivo de su separación de la fuente laboral, sin que constituya obstáculo que tales rubros no queden comprendidos en el concepto de remuneración dado en el artículo 41 del estatuto laboral, norma que tiene el carácter de general, ya que para resolver la cuestión controvertida debe estarse a la específica aplicable al caso.

Respecto de los haberes que deben incluirse en el cálculo de las indemnizaciones por años de servicio y mes de aviso, debemos tener presente la siguiente jurisprudencia judicial.

Corte Suprema, Rol N° 2690, de 02.03.1983:

Las remuneraciones denominadas "horas turnos", mediante las cuales se retribuye el trabajo realizado de noche y en días domingos y festivos, por tratarse de estipendios fijos en dinero y pagados por períodos iguales determinados en el contrato y que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios constituye sueldo y debe computarse para los efectos de liquidar y pagar el desahucio de indemnización por término de contrato de trabajo. Las citadas "horas turnos" no constituyen horas extraordinarias de trabajo ni lo pagado por ellas, sobre sueldo.

Corte Suprema, Rol N° 4.560, de 09.04.1987:

El hecho que la gratificación se pagara al actor mensualmente y tuviera el carácter de garantizada, circunstancia reconocida por la demandada al señalar que ella se pagaba a todo evento, permite incluir dicho rubro dentro del concepto de remuneración mensual a que alude el artículo 20 del D.L. 2.200.

Corte Suprema, Rol N° 5602, de 02.01.1992:

Para el cálculo de las indemnizaciones por años de servicio la casa habitación que el empleador proporciona al trabajador, constituye una regalía avaluable en dinero que debe considerarse como parte de la última remuneración mensual.

Corte Suprema, Rol N° 4611-1996, de 18.12.1997:

Que, por su parte, el artículo 172 del Código Laboral estatuye que, para los efectos del pago de las indemnizaciones que menciona, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, de modo que dicha disposición abarca el conjunto absoluto de los dineros de que goza el trabajador con las solas exclusiones que consigna, que se refieren a aquellos beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica, ocasional, aislada o por una sola vez al año. En el caso sublite, el beneficio de colación y la asignación por pérdida de caja no participen del carácter de esporádicos, ocasionales o que se otorguen por una sola vez al año y si bien el artículo 41 del Código Laboral expresa que no constituye remuneración, ello no quiere decir que deban ser excluidas de la base de cálculo para el pago de las indemnizaciones que indica el citado artículo 172 del Código del ramo. En consecuencia, dicho precepto legal fue aplicado por los sentenciadores de la alzada en forma correcta.

Respecto de los haberes que deben incluirse en la base de cálculo de las indemnizaciones la Dirección del Trabajo ha señalado:

Gratificación Pagada Mensualmente

Ordinario N° 6041, de 19.11.2015:

Así entonces se infiere de este precepto, que para el pago de la indemnización por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo, la última remuneración mensual comprende 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 su cargo y de las regalías o especies evaluadas 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, siempre que sea de carácter mensual, que responda específicamente a la prestación de servicios del trabajador y que, si se trata de remuneración consistente en una regalía o especie, se encuentre debidamente evaluada en dinero, incluyendo finalmente, las imposiciones y cotizaciones previsionales y de seguridad social de cargo del trabajador.

De la misma norma 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 en el año señalando dicho precepto, por vía ejemplar, las gratificaciones y los aguinaldos de navidad.

En relación a la norma precedente cabe, por tanto, anotar 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 estuviera percibiendo el trabajador".

En ese mismo contexto debe señalarse que, dentro del referido artículo 172, la norma precedente es la regla general de acuerdo a la cual debe determinarse la base de cálculo de la indemnización por años de servicio y que las excepciones las conforman las exclusiones, de carácter taxativo, que la misma disposición establece.

Es atinente precisar también que en esas excepciones existe una de carácter genérico: "... los beneficios o asignaciones que se otorguen de manera 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 exceptiona es la esporádica o anual, y no emolumentos que bajo ese rótulo se puedan pagar al trabajador con carácter permanente. (Dictamen N° 344/199, de 06.07.1993)

Ahora bien, en la especie, de acuerdo a los antecedentes que obran en poder de este Servicio, y a lo estipulado en la letra e) de la cláusula segunda del convenio tenido a la vista, el empleador se obliga a pagar mensualmente anticipos de gratificación correspondiente al 40% del Sueldo Base percibido en el mes de enero, beneficio que en la práctica, paga mes a mes, conforme lo verifica el fiscalizador a cargo, en su informe N° 1323/2015/1820, de 20.07.2015, lo cual en relación con el artículo 172 del Código del Trabajo, transcrito y comentado en párrafos anteriores, permite sostener que la gratificación en cuestión reviste caracteres de fijeza y permanencia, tanto en el tiempo como en su pago.

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.

Ahora bien, por su parte el artículo 5° del Código del Trabajo, en su inciso 2° establece que "Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo".

Por esa circunstancia, se infiere que el beneficio de indemnización por años de servicio es un derecho laboral de carácter irrenunciable, lo que impide que las partes establezcan acuerdos en orden a privar al trabajador de dicho beneficio.

De este modo, la circunstancia de que las partes, hayan estipulado en la letra k) de la cláusula segunda del convenio tenido a la vista, que la gratificación pagada mensualmente se excluirá de la base de cálculo de la indemnización por años de servicio, no se ajusta a derecho por tratarse las indemnizaciones legales por término de contrato, de un derecho de carácter irrenunciable.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cúmplame informar a Ud. lo siguiente:

1.- La gratificación legal pagada mes a mes a los dependientes de la empresa Envases Roble Alto S, .A. debe incluirse en la base de cálculo para el pago de la indemnización legal por años de servicio.

2.- No se ajusta a derecho la cláusula que excluye de la base de cálculo de las indemnizaciones legales por término de contrato, la gratificación pagada mes a mes a los trabajadores de la empresa Envases Roble Alto S.A.

Ordinario N° 3597/0104, de 16.05.1991:

Procede incluir dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 19.010 una gratificación convencional garantizada de monto equivalente o superior a la legal, que se pague mes a mes.

El aludido beneficio, sin embargo, no debe ser considerado para los efectos del cálculo del valor de la hora extraordinaria de trabajo.

Ordinario N° 3288/0198, de 05.07.1993:

Para los efectos de calcular la indemnización por años de servicio no procede incluir, dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 14 de la Ley 19.010, la gratificación convenida en la cláusula D N° 12 del contrato colectivo celebrado el 5 de junio de 1992 entre la Congregación Salesiana Colegio Salesiano de Concepción y el Sindicato de Trabajadores constituido en dicho establecimiento educacional.

Ordinario N° 3344/0199, de 06.07.1993:

La gratificación legal pagada mes a mes a los dependientes de la empresa Establecimientos De La Fuente S.A. "Feria del Disco" debe incluirse en la base de cálculo para el pago de la indemnización por años de servicio.

Ordinario N° 6716/0334, de 21.10.1993:

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 14 de la ley N° 19.010, la gratificación convenida en la cláusula segunda del contrato colectivo celebrado el 26.11.1991, entre la Cooperativa Agrícola y Lechera de la Unión Ltda. Colún con el Sindicato de Trabajadores N° 2 de dicha empresa.

Ordinario N° 3077/0150, de 27.05.1994:

La Empresa, debe incluir en la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio y de la substitutiva del aviso previo, que le asiste al trabajador la gratificación que este último reiteradamente en el tiempo venía percibiendo mes a mes con características de fijeza y permanencia.

Ordinario N° 1152/047, de 14.02.1995:

Si una empresa invoca como causal de término de contrato las necesidades de la empresa, establecimiento o negocio, o desahucio, para el cálculo de la indemnización por años de servicio y de la substitutiva del aviso previo, debe seguir el procedimiento legal, del cálculo del artículo 172, inciso 1° y considerar para determinar la última remuneración, toda gratificación que no sea pagada de una sola vez al año y sea entregada en cuotas periódicas a título de adelanto o anticipo, sin perjuicio de utilizar el procedimiento convencional del cálculo, de aplicar una causal distinta a las señaladas.

Asignaciones De Colación Movilización Y Otras Pagadas Mensualmente

Ordinario N° 2461/040, de 17.06.2011:

Indemnización legal por años de servicio. Base de cálculo. Corresponde incluir los beneficios de Asignación de colación, movilización y otras. Reconsidera Dictamen 2314/038, 06.06.2011.

Ordinario N° 4466/0308, de 21.09.1998:

Para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, procede incluir las asignaciones de movilización y colación percibidas en forma mensual.

Reconsiderase la doctrina contenida en los dictámenes N°s 1530/092, punto N°1, de 06.04.1993; 465/012 de 23.01.1995 y, 4360/0238 punto N° 1, de 24.07.1997 y toda otra que resulte incompatible con la establecida en el presente informe.

Ordinario N° 1232/066, de 08.03.1999:

El concepto "última remuneración mensual" que utiliza el legislador reviste un contenido y naturaleza eminentemente fáctico o pragmático ya que alude a "toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador".

Luego, necesario es concluir que es la propia ley, en su tenor literal la que, respecto de beneficios como los que nos ocupan, define y limita su alcance para los eventuales efectos de ser o no considerados en el cálculo de la indemnización, ya que de su texto se infiere directamente que estos se excluyen en cuanto revistan carácter esporádico o anual.

La asignación de caja por la cual se consulta, no se encuentra contemplada en la excepción del ya citado artículo 172, ya que no es un beneficio esporádico o que se pague anualmente, condiciones estas que, como ya se dijera, la ley exige para excluir determinados estipendios del cálculo de la indemnización por años de servicio o de la indemnización sustitutiva del aviso previo.

Las características de fijeza y permanencia de la referida asignación no harían operable su exclusión, y lógicamente esta se encontraría en la regla general del referido artículo 172, que establece que para los efectos que el mismo prevé debe considerarse toda cantidad mensual en dinero que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato y, por ende, forma parte del concepto última remuneración que debe servir de base para el cálculo de las indemnizaciones en referencia.

Ordinario N° 4265/0243, de 17.08.1999:

Procede considerar el bono de colación y la contribución de la Empresa del 80% de los gastos del servicio de casino pactados en el contrato de trabajo suscrito por la Empresa y los dependientes de que se trata.

Ordinario N° 0501/0050, de 01.02.2000:

Para los efectos de calcular la indemnización por años de servicio pactada en la cláusula 5.1 del convenio colectivo celebrado entre la empresa y el Sindicato de la misma, procede considerar las asignaciones de movilización y colación percibidas por los involucrados, en el evento de que la terminación de los respectivos contratos se produzca por aplicación de las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o desahucio del empleador.

Ordinario N° 1012/0049, de 16.03.2001:

Para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, procede incluir las asignaciones de movilización y colación percibidas en forma mensual.

Ordinario N° 4344/0167 de 20.10.2003:

Para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, procede incluir el bono de servicio de colación pactado en el contrato colectivo vigente suscrito entre la empresa XX, y su sindicato N° 1 de trabajadores.

Ordinario N° 3011/055, 17.07.2008:

Se mantiene vigente la doctrina de este Servicio que establece que para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, procede incluir las asignaciones de movilización y colación percibidas en forma mensual.

Colación y Movilización en especies

Ordinario N° 2745/042, 09.07.2009:

Las regalías de colación y movilización que otorga la empresa Salmones Maullín Ltda. a los trabajadores afectos al contrato colectivo vigente en ella, son beneficios que deben incluirse en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio a que tengan derecho dichos trabajadores.

Ordinario N° 2982/0159, de 08.06.1999:

El tenor literal de la disposición contenida en el artículo 172, permitiría sostener que los mismos sólo podrán ser considerados para tal efecto cuando estuvieren avaluados en dinero, el análisis de las diversas normas relativas a remuneraciones que se contemplan en el ordenamiento jurídico vigente permite establecer que, para los efectos de calificar como tal a beneficios como el indicado, el legislador ha exigido indistintamente que los mismos estén avaluados o sean avaluables en dinero, vale decir, que tengan un valor preestablecido o que este sea susceptible de determinación, circunstancia que habilita para sostener que, respecto de los señalados efectos, la distinción entre tales expresiones resulta irrelevante.

La asignación de movilización y el beneficio de colación convenidos reúnen los requisitos exigidos por la citada norma para incluirlos en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, toda vez que, en el primer caso, la asignación de movilización, constituye un beneficio avaluado en dinero, en tanto que, la colación proporcionada por la Empresa a sus dependientes, es de aquellos beneficios avaluables en dinero y ambos son percibidos en forma permanente por los respectivos trabajadores.

Ordinario N° 5159/0298, de 11.10.1999:

El aporte al servicio de casino convenidos como los bonos de colación y compensatorios de colación, reúnen los requisitos exigidos por la citada norma para incluirlos en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, toda vez que, tratándose del aporte del 50% a cargo de la empresa y del beneficio de colación sin cargo para los trabajadores que ejercen las labores taxativamente señaladas en la citada norma, dicho beneficio es de aquellos avaluables, en tanto que, tratándose del bono compensatorio, este constituye un beneficio avaluado en dinero y todos ellos son percibidos en forma permanente por los respectivos trabajadores.

Ordinario N° 1124, de 14.03.2017

1.- No resulta procedente incluir el bono de reemplazo estipulado en el artículo 9° del convenio colectivo vigente entre ese Sindicato y la empresa empleadora, en la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, en caso de término de la relación laboral en virtud de la causal necesidades de la empresa, y en el cálculo de la remuneración íntegra del feriado legal.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe hacer presente, que conforme a lo dispuesto en el inciso final del citado artículo 71, previamente citado y transcrito, durante el feriado debe pagarse al trabajador toda otra remuneración o beneficio cuyo pago corresponda efectuar en dicho período y que no haya sido considerado para el cálculo de la remuneración íntegra.

3.- La alimentación proporcionada a los trabajadores consistente en desayuno y almuerzo en el casino de la empresa, concesionado a una empresa externa, conforme al artículo 7° del Instrumento referido,

constituye una regalía en especie avaluable o avaluada en dinero, de acuerdo al precio que paga el empleador por dichos servicios a la empresa que los proporciona y pactada en un monto de dinero determinado por las partes para los trabajadores que se desempeñan en terreno, de manera tal que debe incluirse en la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicio y sustitutiva del aviso previo.

Ordinario N° 1480, de 04.04.2017

Asimismo, este Servicio ha concluido que, respecto de las asignaciones de colación, movilización, de desgaste de herramientas, viáticos, etc., se incorporarán a la base de cálculo de las indemnizaciones en comento si son pagadas al dependiente de manera permanente y se estén percibiendo mensualmente al tiempo de la desvinculación (Ord. 2745/42 de 9.7.2009; 2461/40 de 17.6.2011).

Cabe además señalar que se incluirán las regalías o prestaciones en especie que el trabajador está recibiendo aun cuando no se encuentren evaluadas por las partes, bastando al efecto que las mismas sean evaluables en dinero (Ord. 6305/418 de 21.12.1998).

Por tanto, en el caso en consulta, el solicitante señala que el beneficio de colación entregado por el empleador es avaluable en dinero, por lo cual, concurriendo en los hechos los demás requisitos expresados anteriormente, el monto equivalente al costo del beneficio de colación recibido por los trabajadores debe ser considerado para la base de cálculo de la indemnización por años de servicio como para la indemnización por falta de aviso previo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 172 del Código del Trabajo.

Bono Trabajo En Altura Pagado Mensualmente

Ordinario N° 1360/083, de 29.03.1993:

"Para los efectos de calcular las indemnizaciones por años de servicio legal, sustitutivas del aviso previo y por feriado, procede considerar la asignación por trabajo en altura, consagrada en los contratos, individuales de trabajo del personal que labora en recintos mineros a más de 4.000 metros de altura sobre el nivel del mar".

Asignación De Antigüedad Pagada Mensualmente

Ordinario N° 2779/0167, de 04.06.1993:

"La asignación de antigüedad establecida en la cláusula sexta del contrato colectivo suscrito entre el Colegio de Profesores y el Sindicato de Trabajadores constituido en él, es un beneficio paralelo al sueldo mensual, cuyo monto, fijado en un porcentaje de este, no se incorporará al mismo de manera que siempre tendrá como referencia la cantidad que por concepto de sueldo mensual imponible esté percibiendo el trabajador al momento de ser calculado, sin considerar aquellas sumas que representen asignaciones de antigüedad ya otorgadas.

El referido beneficio debe ser considerado para los efectos de calcular la indemnización por años de servicio prevista en la ley 19.010".

Bonos por turno

Ordinario N° 4953/0236, de 24.08.1994:

"Los beneficios denominados "premio al segundo turno", "premio por trabajo en tercer turno" y "asignación de vivienda", deben incluirse para los efectos de calcular la indemnización por años de servicio pactada en la cláusula séptima del convenio colectivo suscrito entre la empresa y el Sindicato de

Trabajadores constituido en la misma, cuando la terminación de los respectivos contratos de trabajo se produzca por aplicación de las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o desahucio del empleador. Por el contrario, los aludidos beneficios no deben considerarse para el cálculo de la referida indemnización, en el evento que el término de la relación laboral se funde en causales distintas a las antes indicadas.

Como es dable apreciar, el ordenamiento jurídico vigente en el artículo 172 en análisis, ha establecido la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio, vale decir, de aquella indemnización que el empleador se encuentra obligado a pagar cuando funda la terminación del contrato de trabajo en la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o en la causal de desahucio y de la indemnización sustitutiva del aviso previo, esto es, aquella cuyo pago resulta exigible cuando el empleador, al poner término a la relación laboral por las causales señaladas, no otorga al trabajador un aviso con a lo menos treinta días de anticipación.

De ello se sigue, que la regla que se contiene en el inciso 1º del artículo 172 en análisis, no resulte aplicable respecto de indemnizaciones convencionales cuya exigibilidad proceda por causales distintas a las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o al desahucio, las cuales deben ser determinadas conforme a la base de cálculo que las partes contratantes hayan convenido".

Ordinario N° 6837/0320, de 21.11.1994:

Beneficio convencional por trabajo en domingos y festivos debe considerarse para cómputo de indemnización por años de servicio, en atención al carácter permanente del mismo.

Asignación de escolaridad pagada mensualmente

Ordinario N° 0465/012, de 23.01.1995:

"La asignación mensual de escolaridad, contenida en la cláusula N° 32 del mismo contrato colectivo, debe considerarse dentro del concepto de última remuneración mensual a que alude el citado artículo".

Ordinario N° 0647/039, de 02.02.1999:

"La asignación de escolaridad por la cual se consulta no se encuentra contemplada en la excepción del ya citado artículo 172, ya que no es un beneficio de carácter esporádico o que se pague anualmente, condiciones estas que, como se dijera, la ley exige para excluir determinados estipendios del cálculo de la indemnización legal por años de servicio .

Por tanto, atendido que las características de fijeza y permanencia de la referida asignación no harían operable su exclusión, lógicamente esta se encontraría en la regla general del referido artículo 172, que establece que para los efectos que el mismo prevé debe considerarse toda cantidad de dinero que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato y, por ende, que forman parte del concepto de última remuneración mensual que debe servir de base para el cálculo de la indemnización por años de servicio.

Al tenor de lo expuesto, forzoso es concluir que la asignación de escolaridad en análisis reúne los requisitos necesarios para incluirla en el concepto de última remuneración mensual a que alude el artículo 172 del Código del Trabajo, procediendo, por ende, reconsiderar la doctrina contenida sobre el particular en el dictamen N° 4293/0295, de 09.09.1998".

Bonos habitacionales

Ordinario N° 7389/0350, de 15.12.1994:

"El beneficio denominado "Bono Habitacional", pactado en contrato colectivo celebrado entre la Empresa y sus trabajadores, procede incluirlo en el concepto de última remuneración mensual para los efectos del cálculo de la indemnización substitutiva del aviso previo y del mes por año de servicio".

Especies avaluables en dinero

Ordinario N° 2937/0226, de 14.07.2000:

"En estas condiciones, en concepto de esta Dirección, de la descripción de los tres beneficios de que ha gozado el recurrente se infiere: 1) que estos tácitamente forman parte de su contrato de trabajo; 2) que tienen inequívocamente la calidad de "regalías", en los términos que jurídicamente se ha precisado y que corresponde al significado que el legislador le ha dado a esta palabra en el artículo 172 del Código del Trabajo; 3) que estas regalías jurídica y técnicamente son avaluables, y 4) que, en fin, estos beneficios tienen todos los rasgos de fijeza y permanencia en su otorgamiento y percepción que exige la ley y la jurisprudencia.

En consecuencia, las regalías de agua potable, uso de teléfono celular y estacionamiento exclusivo para ejecutivos, son beneficios que deben incluirse en el concepto "última remuneración mensual" del artículo 172 del Código del Trabajo".

Ordinario N° 6726/0307, de 16.11.1994:

"El beneficio de "Tarifas Especiales de Energía Eléctrica para consumo Doméstico" que perciben los trabajadores de la Empresa Eléctrica, acordado en la cláusula 24 del contrato colectivo vigente, debe considerarse en la base de cálculo de la última remuneración mensual, para los efectos de la indemnización por años de servicio que contemplan los artículos 168, 169, 170 y 171, del Código del Trabajo".

Ordinario N° 2995/0172, de 08.06.1999:

"Para resolver la procedencia de incluir en la base de cálculo de los beneficios indemnizatorios de que se trata, una determinada regalía o prestación en especie, sólo cabe atender a si la misma es evaluable en dinero, sin que sea necesario, por ende, que las partes le hayan fijado un valor, sea en el contrato o en un acto posterior".

Ordinario N° 4949, de 27.09.2018

Respecto a la base de cálculo de la indemnización por años de servicio y substitutiva del aviso previo, la doctrina de este Servicio, contenida en dictámenes N°s. 2461/040 de 17.06.2011, 4466/308 de 21.09.1998, 3011/055 de 17.07.08 y 2745/042, de 09.07.09, ha señalado que para efectos indemnizatorios 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 evaluadas 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.

En cuanto a la expresión "regalías o especies evaluadas en dinero", tanto la jurisprudencia judicial como la jurisprudencia administrativa de esta Dirección, contenida en dictámenes N°s. 647/39, de 02.02.1999, 1169/57, de 02.03.1999 y 2937/226, de 14.07.2000, no distinguen entre beneficios evaluados y evaluables, vale decir, que tengan un valor preestablecido o que éste sea susceptible de determinación, pues a ambos tipos de regalías se les incluye en la noción "última remuneración mensual".

Cabe precisar también, que el término "regalía" que emplea el legislador, debe entenderse en su sentido natural y obvio, conforme lo prescribe el artículo 20 del Código Civil y, en tal sentido, el Diccionario de la

Real Academia Española de la Lengua explica que ésta significa "gajes o sobresueldo de algunos empleados" y, la palabra "gaje", más explícitamente aún para los efectos que nos ocupa, significa "emolumento que corresponde a un destino o empleo".

Al tenor de lo expuesto, no cabe sino concluir que el cheque restaurante que reciben los trabajadores y por el que se consulta, deberá ser incluido en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo, en la medida que constituya una regalía, jurídica y técnicamente avaluada o avaluable en dinero, y cuyo otorgamiento responda a criterios de fijeza y periodicidad.

Seguro de vida y complementarios salud

Ordinario N° 1422/0115, de 10.04.2000:

"Para los efectos de calcular la indemnización legal por años de servicio y la sustitutiva del aviso previo, procede incluir el aporte mensual efectuado por la empresa al seguro complementario de salud de los trabajadores afectos al contrato colectivo suscrito por ambas partes, cuando la terminación de los respectivos contratos de trabajo se produzca por la aplicación de las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o desahucio del empleador".

Ordinario N° 1169/057, de 02.03.1999:

Esta cláusula deberá interpretarse de la forma que mejor armonice con el artículo 172 del Código del Trabajo, criterio que desde luego descarta considerar en esta base de cálculo el aporte del trabajador, esto es, el descuento de sus remuneraciones destinado a pagar la prima, pues a todas luces no puede entenderse incluido en el concepto de "cantidad que estuviere percibiendo el trabajador"

"Este es un aporte global para financiar prestaciones sociales destinadas a todos los trabajadores y canalizado por la Unidad de Bienestar, lo que ciertamente no responde al concepto de "última remuneración mensual" del artículo 172 del Código del Trabajo, por lo que estos montos no reúnen las condiciones para servir de base de cálculo a las indemnizaciones por término de contrato de trabajo, con la salvedad del acápite precedente, que -como se ha visto- por cláusula convencional expresa la prima de seguro de salud se incluye en la referida base de cálculo.

La expresión "avaluadas", ha podido comprobarse que la jurisprudencia judicial no distingue entre aquellos beneficios que por su naturaleza son avaluables en dinero de aquellos que se encuentran efectivamente cuantificados en el contrato de trabajo o instrumento colectivo, atribuyéndole a ambos tipos de regalías la condición de servir de base para el cálculo de la indemnización por término de la relación laboral.

Ordinario N° 3095/0180 de 15.06.1999:

Aquella indemnización que el empleador se encuentra obligado a pagar cuando funda la terminación del contrato en la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o en la causal de desahucio y de la indemnización sustitutiva del aviso previo, esto es, aquella cuyo pago resulta exigible cuando el empleador, al poner término a la relación laboral por las causales señaladas, no otorga al trabajador un aviso con a lo menos treinta días de anticipación.

Establece una regla especial aplicable a la base de cálculo de las señaladas indemnizaciones, conforme a la cual debe considerarse para tal efecto toda cantidad mensual que estuviere percibiendo el trabajador al momento del término de la respectiva relación laboral, como igualmente, las regalías o especies avaluadas en dinero percibidas 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.

Necesario es concluir que es la propia ley, en su tenor literal la que, respecto de beneficios como los que nos ocupan, define y limita su alcance para los eventuales efectos de ser o no considerados en el cálculo de la indemnización, ya que de su texto se infiere directamente que estos se excluyen en cuanto revistan carácter esporádico o anual.

Como es dable apreciar la asignación de colación, la asignación de pérdida de caja y el bono denominado "seguro de salud", son beneficios que se pagan mensualmente y tienen asignado un monto fijo, revistiendo, por ende, los caracteres de fijeza y permanencia, tanto en el tiempo como en su pago en forma mensual.

De ello se sigue, que los beneficios por los cuales se consulta no se encuentran contemplados en las excepciones del citado artículo 172, ya que no constituyen beneficios esporádicos o que se paguen anualmente, condiciones estas que, como ya se dijera, la ley exige para excluir determinados estipendios del cálculo de la indemnización por años de servicio y de la indemnización sustitutiva del aviso previo.

Ordinario N° 5618, de 20.11.2017:

De la norma antes transcrita se infiere, en primer término, que el ordenamiento jurídico vigente establece en este precepto la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio, vale decir, de aquella indemnización que el empleador se encuentra obligado a pagar cuando funda la terminación del contrato en la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o en la causal de desahucio y de la indemnización sustitutiva del aviso previo, esto es, aquella cuyo pago resulta exigible cuando el empleador, al poner término a la relación laboral por las causales señaladas, no otorga al trabajador un aviso con a lo menos treinta días de anticipación.

Asimismo, del precepto anotado se colige que para los efectos del pago de la indemnización legal por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo, deberá considerarse toda cantidad mensual que está percibiendo el trabajador al momento del término de su contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones previsionales o de seguridad social de su cargo y las regalías o especies valuadas en dinero.

De la misma norma se infiere, a la vez, que deben excluirse para el cálculo de que se trata, la asignación familiar legal, 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 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 1° 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 regalía o especie, se encuentre debidamente valuada en dinero, incluyendo, finalmente, las imposiciones y cotizaciones previsionales o de seguridad social de cargo del trabajador.

Por su parte, el dictamen de este Servicio N° 4344/167, de 20.10.2003 expresó "Respecto de la citada disposición legal cabe, por tanto, anotar que el concepto "última remuneración mensual" que utiliza el legislador reviste un contenido y naturaleza eminentemente fáctico o pragmático, ya que alude a "toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador".

En ese mismo contexto debe señalarse que, dentro del referido 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, ya que las excepciones las conforman las exclusiones, de carácter taxativo, que la misma disposición establece.

Es necesario precisar también que entre 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 beneficios como los que nos ocupan, define y limita su alcance para los eventuales efectos de ser o no considerados en el cálculo de la indemnización, ya que de su texto se infiere directamente que éstos se excluyen en cuanto revistan carácter esporádico o anual".

De esta manera, como cuestión previa, en la situación específica analizada, se debe indicar que el instrumento colectivo suscrito entre las partes, no contiene cláusula especial referida al término de la relación laboral por aplicación de la causal prevista en el artículo 161 del Código del Trabajo.

A su vez, la doctrina del Servicio contenida en el dictamen N° 3.095/180, de 15.06.1999, referido específicamente al beneficio de "seguro de salud" resolvió "los beneficios por los cuales se consulta no se encuentran contemplados en las excepciones del citado artículo 172, ya que no constituyen beneficios esporádicos o que se paguen anualmente, condiciones éstas que, como ya se dijera, la ley exige para excluir determinados estipendios del cálculo de la indemnización por años de servicio y de la indemnización sustitutiva del aviso previo.

Por tanto, atendido las características de fijeza y permanencia de los referidos beneficios no harían operable su exclusión y lógicamente éstos se encontrarían en la regla general del referido artículo 172 que establece que para los efectos que el mismo prevé debe considerarse toda cantidad mensual en dinero que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato y, por ende, forman parte del concepto de última remuneración que debe servir de base para el cálculo de las indemnizaciones en referencia".

Precisado lo anterior, la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 1.169/057, de 02.03.1990 advirtió sobre la materia que "En estas condiciones, por instrumento colectivo la prima de seguro de salud debe incorporarse a la base de cálculo de la indemnización por años de servicio, sin perjuicio que deba tenerse presente el sentido del artículo 172 del Código del Trabajo, cual es, que sólo deberá incorporarse aquella parte de esta prima que corresponda a una cantidad que estuviere percibiendo el trabajador, lo que ocurre solamente con la parte de la prima que es de cargo de la empresa, debiendo excluirse el aporte que para este fin enteran los trabajadores, el que es precisamente la antítesis de la noción de percepción o haber del trabajador que contempla el citado artículo 172, pues en realidad éste es un genuino descuento".

Al tenor de lo expuesto, forzoso resulta concluir que el monto del beneficio denominado "seguro de salud complementario", de cargo de la empresa, convenido en el artículo décimo del contrato colectivo suscrito entre la empresa Instituto Bioquímico Beta S.A. y el Sindicato de Trabajadores N° 1 individualizado, deberá ser incluido, para los efectos de determinar la última remuneración mensual que sirve de base para calcular la indemnización por años de servicios referida precedentemente.

A su turno, el aporte efectuado por los trabajadores, en el caso concreto, al seguro de salud, tratándose de un financiamiento compartido, como lo ha sostenido la jurisprudencia administrativa de este Servicio citada, no debería incluirse en la base de cálculo del pago de las indemnizaciones previsto en el artículo 172 del Código del Trabajo, por las razones expuestas en el presente informe.

Bonos de productividad

Ordinario N° 7164/0352 24.11.1997:

"La documentación que esta Dirección ha tenido a la vista y que da cuenta de las características y periodicidad del otorgamiento de este bono especial, consiste en catorce liquidaciones de sueldo de don Eduardo Alfredo Salas Ibacache, que comprenden el período enero de 1995 a febrero de 1996, en las que se incluye un bono especial - en el que incide la consulta - que tiene todas las características reseñadas precedentemente, es decir, sin lugar a dudas se está en presencia de una remuneración que se paga en forma mensual, lo que se encuentra documentadamente acreditado, responde específicamente a la

prestación de servicios y - en particular- al rendimiento y productividad del trabajo que involucra esta prestación de servicios y, por último, este bono especial se traduce en la percepción de una suma de dinero como unidad de medida.

Por lo tanto, de acuerdo a la jurisprudencia administrativa de esta Oficina, entre otros, dictamen N° 5621/0301, de 22.09.1997, las características de este bono hacen necesario incluirlo en concepto "última remuneración mensual" que emplea el inciso primero del artículo 172 del Código del Trabajo".

Ordinario N° 0846/025, 28.02.2005:

"Deberán incluirse en el pago de la indemnización legal por años de servicio, el Incentivo de Producción y el Bono de Vacaciones Progresiva, si se pagan mensualmente, y las imposiciones y cotizaciones de previsión o de seguridad social, en este último caso, porque la ley expresamente exige su inclusión en este pago indemnizatorio."

Depósitos convenidos de acuerdo artículo 20 DL N° 3500 de 1980

Ordinario N° 4152/0202 de 10.12.2002

Los depósitos de que trata el artículo 18 del decreto Ley N° 3.500, forman parte de las voces última remuneración mensual que emplea el artículo 172 del Código del Trabajo y deben incluirse en la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutivas del aviso previo y por años de servicio, a menos que estos depósitos se perciban ocasionalmente".

Compensación en dinero de la sala cuna cuando la trabajadora no puede hacer uso del beneficio

Ordinario N° 6267, de 12.12.2018

La jurisprudencia administrativa del Servicio, contenida en el ORD. N° 2160, de 03.06.2009, concluye, que "resulta jurídicamente procedente incluir en la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicios que se pagó, y a cuyos contratos se puso término en virtud de la causal prevista en el artículo 161 del Código del Trabajo, el bono de sala cuna que se les habría pagado mensualmente hasta por dos años".

A mayor abundamiento, debemos recordar que a través del dictamen ORD. N° 2495/67, de 07.06.2017, este Servicio precisó que "el acuerdo de las partes en orden a sustituir el beneficio de sala cuna por el pago de un bono compensatorio para el caso del menor que no puede asistir a tal establecimiento, da lugar a una forma extraordinaria de cumplimiento por equivalencia de la obligación de otorgar el servicio de sala cuna, no pudiendo entenderse que, por tener que acceder a esta modalidad, la trabajadora deba ver disminuidos los derechos que le corresponden en materia de protección a la maternidad".

De lo anterior se concluye, como lo ha señalado expresamente este Servicio, en el primer pronunciamiento jurídico citado, y que se encuentra plenamente vigente, la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, deberá comprender toda cantidad cuya periodicidad del pago sea mensual y que no se encuentre expresamente excluida por el legislador, condiciones que, en términos generales, cumple el pago del bono compensatorio de sala cuna, si éste se estuviera percibiendo al término de la relación laboral respectiva, y en cuanto cumpla las características señaladas.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas y jurisprudencia administrativa invocada, cúpleme manifestar a Ud. que la doctrina aplicable para efectos de determinar la base de cálculo de indemnización legal por años de servicios, tratándose del beneficio de bono compensatorio de sala cuna, es la contenida en los ORD. N° 2160, de 2009 y N° 1616, de 2013, plenamente vigentes.

Respecto de los abres que NO deben incluirse en la base de cálculo de las indemnizaciones la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 0169/0006, de 16.01.2002:

"No resulta jurídicamente procedente considerar el pago de las horas extraordinarias en la base de cálculo de la indemnización legal por años de servicio".

Ordinario N° 0394/020, de 20.01.1999:

"No cabe sino 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.

En estas circunstancias, conforme a lo sostenido en párrafos anteriores, cabe sostener que para los efectos de calcular la indemnización que nos ocupa no procede incluir el beneficio denominado bono de producción que paga la empresa, toda vez que es un estipendio de pago trimestral y no mensual.

Cabe señalar que el concepto que ha sustentado la doctrina reiterada de este Servicio de remuneración variable indica que esta es aquella que, respondiendo al concepto de remuneración del artículo 41, inciso 1° del Código del Trabajo, "implique la posibilidad de que la liquidación mensual que reciba un trabajador sea comparativamente distinta de un mes a otro, es decir que cada mes la remuneración fluctúe", según lo devengado en el mismo período, pero no en períodos superiores a un mes, como ocurre en el caso que nos ocupa. Así se desprende de dictamen Ord N° 4898/0115, de 16.07.1990, entre otros".

Ordinario N° 8331/0341, de 27.12.1995:

"Los anticipos de gratificación legal pagados en septiembre y diciembre de cada año, no deben incluirse en la base de cálculo para el pago de la indemnización por años de servicio".

Ordinario N° 0522/028, de 25.01.1994:

"No resulta procedente considerar el pago de horas extraordinarias pactado en contrato colectivo de 01.08.1994, celebrado entre la Empresa Marítima S.A. y la Comisión Negociadora de Oficiales, en la base de cálculo de las indemnizaciones legales por término de contrato".

Ordinario N° 5621/0301, de 22.09.1997:

"En la especie, y en lo que respecta al bono de productividad por el que se consulta previamente analizado cabe consignar que del contrato colectivo y de los tenidos a la vista, liquidaciones de remuneraciones de trabajadores de la empresa Metro S.A., se ha podido constatar que el pago del bono en cuestión se ha efectuado semestralmente en los meses de agosto y de marzo de cada año, situación que, por lo demás se presentaba ya en el contrato colectivo suscrito anteriormente entre las mismas partes y que contempla el mismo bono de productividad.

De ello se sigue que el estipendio de que se trata constituye un beneficio que se paga dos veces al año, esto es, en forma esporádica, en la oportunidad establecida en el instrumento colectivo citado, no constituyendo, por ende una remuneración que se percibe mensualmente.

De esta suerte, dada la característica antes enunciada, preciso es concluir que el bono de productividad en cuestión no cumple con la totalidad de los requisitos que la norma legal en comento exige para los efectos de considerar un determinado estipendio en la base de cálculo de la indemnización legal por años

de servicio, circunstancia que autoriza para sostener que no procede incluirlo dentro del concepto de última remuneración mensual a que se refiere el artículo 172 del Código del Trabajo".

✓ PROMEDIO DE LOS TRES ÚLTIMOS MESES REMUNERACIONES VARIABLES

El artículo 172 del Código del Trabajo en su inciso segundo establece que:

"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".

El artículo 172 no define que debe entenderse por remuneraciones variables para efectos de la determinación de las indemnizaciones por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, es por ello que por analogía debiésemos utilizar la definición que al respecto nos entrega el artículo 71 del mismo Código.

De acuerdo al artículo 71 del Código del Trabajo, 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.

El promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados, a que alude el inciso 2º del artículo 172 del Código del Trabajo, debe obtenerse sumando todas las remuneraciones variables percibidas en el período señalado.

El promedio que nos interesa debe calcularse en base los meses anteriores al término de la relación laboral, es decir los denominación específica anteriores al mes que termina el contrato, cuando en algunos de los meses precedentes a aquel en el cual la relación laboral termina, existió una suspensión del contrato, por estar el trabajador con licencia médica o bien haciendo uso de un permiso sin goce de remuneración, ese mes no debe ser considerado en el cálculo del promedio, debiendo considerarse únicamente en el cálculo meses completos.

Como ya se ha indicado los meses en los cuales opero la suspensión de los efectos del contrato, como ocurre con las licencias médicas, permisos sin goce de remuneración, o los permisos especiales para capacitación regulados en la Ley Nº 20.351, no pueden ser utilizados para efectos del cálculo del promedio de los 3 últimos meses de las remuneraciones variables, debiendo retroceder en los meses a utilizar hasta tener los 3 meses completos. En el caso de los meses en los cuales el trabajador incurrió en ausencias injustificadas, estos se consideran meses completos para efecto del promedio a que alude el artículo 172 del Código del Trabajo, conforme lo ha sostenido la Dirección del Trabajo en Ordinario Nº 5100, de 07.10.2015.

En algunas ocasiones se genera el derecho de los trabajadores a percibir la indemnización sustitutiva del aviso previo, pero la antigüedad en el empleo o bien ante situaciones especiales como licencias médicas o permisos sin goce de remuneración no existen los 3 meses completos para efectuar el cálculo del promedio de las remuneraciones variables que el legislador ha establecido, en estos caso no existe un procedimiento en la normativa laboral o la jurisprudencia administrativa que nos diga cómo se deberá proceder al cálculo del antes mencionado promedio, es por ello que nuestra opinión al respecto es que en base al principio de la analogía, resulta aplicable el procedimiento establecido en el **Ordinario Nº 3343/049**, de fecha 01.09.2014, de la Dirección del Trabajo, que regula un procedimiento especial de cálculo de este promedio para la indemnización por feriado proporcional, el cual ya ha sido revisado.

Respecto de la exclusión de aquellos meses en los cuales opero la suspensión del contrato por licencias médicas del cálculo del promedio de los 3 últimos meses, podemos citar la siguiente jurisprudencia judicial:

Corte Suprema, Rol Nº 4215 de 04.01.2001:

Que, de este modo, es dable colegir que el concepto de remuneración del legislador de la materia, difiere de aquel que el estatuto correspondiente ha establecido para los efectos del subsidio por incapacidad laboral, por ende, atendido lo dispuesto en los artículos 13 y 20 del Código Civil, debe prevalecer el contenido en el Código del Ramo, de manera que para determinar la base de cálculo de las indemnizaciones discutidas ha de estarse al concepto de remuneración ya descrito, esto es, a aquello que

el trabajador ha percibido efectivamente del empleador, por causa del contrato, durante los tres meses anteriores a la época de terminación de la vinculación, sin que pueda atenderse al monto que la institución previsional respectiva haya asumido con motivo de la incapacidad del trabajador, razón por la cual si este último ha hecho uso de licencia médica no se considerará el monto del subsidio sino la cantidad percibida como contraprestación a sus labores durante los tres meses anteriores al despido, para lo cual resulta evidente que deberá estarse a la remuneración diaria en el evento que durante un período de pago el trabajador haya laborado solo algunos días y en otros haya percibido subsidio por incapacidad.

Que de lo que va razonado se desprende que al haberse considerado como base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, en la sentencia impugnada, el promedio de lo percibido en los tres meses calendario anteriores al despido, incluyendo sumas que se otorgaron por concepto de subsidio en esos meses, se ha incurrido en un error de derecho, puesto que tal base de cálculo debió excluir tales subsidios y considerar solo la remuneración propiamente tal. Por ende, se han cometido las infracciones de ley denunciadas por el recurrente, las que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que condujeron a ordenar el pago de cantidades inferiores a las debidas y justifican la invalidación del mismo debiendo accederse a la nulidad de fondo en examen.

Respecto del promedio de remuneraciones variables para efecto del artículo 172 del Código del Trabajo la Dirección del Trabajo ha Señalado:

Ordinario N° 5879, de 11.11.2015:

De las disposiciones legales transcritas se infiere con claridad que para los efectos de determinar el monto de la indemnización legal por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo debe estarse a lo que el legislador ha considerado como "última remuneración", debiendo entenderse por tal todo lo que el dependiente estuviere percibiendo por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión expresa de las horas extraordinarias, las asignaciones familiares y los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez en el año.

La jurisprudencia de la Dirección del Trabajo además ha precisado que si la gratificación es pagada mes a mes, debe incluirse en el cálculo de la indemnización por años de servicios por no corresponder estrictamente a los beneficios que el legislador ha excluido de manera expresa. (Ord. 3553/273 3.8.1998)

Asimismo, este Servicio ha concluido que, respecto de las asignaciones de colación, movilización, de desgaste de herramientas, viáticos, etc., se incorporarán a la base de cálculo de las indemnizaciones en comento si son pagadas al dependiente de manera permanente y se estén percibiendo mensualmente al tiempo de la desvinculación (Ord. 2745/42 de 9.7.2009; 2461/40 de 17.6.2011).

Cabe además señalar que se incluirán las regalías o prestaciones en especie que el trabajador está recibiendo aun cuando no se encuentren valuadas por las partes, bastando al efecto que las mismas sean valuables en dinero (Ord. 6305/418 de 21.12.1998).

Ahora bien, tratándose de la base de cálculo para el trabajador que percibe remuneraciones variables, esta Dirección ha sostenido que el citado artículo 172 es categórico en manifestar que la remuneración que ha de servir de base para fijar el monto de la indemnización debe ser el promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario.

En este particular interesa tener presente que este Servicio, entre otros, en dictámenes 8393 de 23.12.91 y 5766/188 de 27.08.91, ha precisado que para los efectos indicados debe considerarse un período básico mensual de remuneración, esto es, aquel que dura un mes, agregando que aquel mes en el cual no se percibió remuneración por toda su extensión o duración no corresponde que se entienda comprendido en el período básico que precisa el legislador.

Los referidos pronunciamientos, resolviendo sobre que debe entenderse por las expresiones tres últimos meses calendario utilizadas por el legislador, tratándose de trabajadores afectos a remuneraciones variables que en uno o más de dichos meses han hecho uso de licencia médica con derecho a subsidio, han sostenido que dicho período es aquel que se encuentre cubierto en forma completa por la correspondiente remuneración, de suerte tal, que si en algún mes se ha percibido parte remuneración y en parte subsidio por incapacidad laboral deberá descartarse esa mensualidad para dicho cómputo, procediendo considerar sólo los meses inmediatamente anteriores a aquél en que el trabajador obtuvo subsidio, toda vez que éste es un beneficio previsional de naturaleza distinta a la remuneración.

En consecuencia, conforme a lo expuesto corresponde concluir que para efectos de pagar la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 del Código laboral y la sustitutiva del aviso previo que dispone el artículo 162 del mismo estatuto, el empleador deberá ajustarse tanto a lo prescrito en dichas disposiciones como al mandato del artículo 172 ya citado y comentado, siendo contrario a Derecho que el empleador utilice fórmulas o criterios interpretativos que en la práctica arrojen un monto indemnizatorio inferior al que tendrían derecho los trabajadores por aplicación, sea de la preceptiva legal referida, sea de la regulación convencional que supere el piso de esta última.

Ordinario N° 5100, de 07.10.2015:

El inciso segundo del artículo 172 del Código del Trabajo prescribe: "Si se tratare de remuneraciones variables, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendarios". Asimismo, conforme al inciso 2° del artículo 71 del mismo cuerpo legal, "En el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses trabajados".

Se infiere de las normas precedentes, que en el caso que el trabajador perciba remuneraciones variables, el legislador ha dejado establecido similar criterio para el cálculo de la indemnización por término de contrato de trabajo y de la remuneración íntegra que debe pagarse al dependiente durante su feriado legal, consistente en que para la liquidación de ambos beneficios deberá considerarse el promedio de lo ganado en los últimos tres meses.

Como lo señala expresamente el Dictamen N° 2921/55, citado, la condición que debe reunir cada uno de estos últimos tres meses, es que en ellos se haya percibido remuneración completa y que no haya mediado suspensión de la relación laboral.

Cabe precisar enseguida, que la doctrina y la reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Dirección, han concluido que tanto el permiso sin goce de remuneraciones como el ejercicio del derecho a licencia médica involucran suspensión de los efectos del contrato de trabajo, en cuya virtud el trabajador se exonera de la obligación de concurrir al desempeño de sus labores y el empleador al pago de sus remuneraciones (Dictamen N° 75/8, de 05.01.99).

Sin embargo, la situación de las ausencias injustificadas en que incide la consulta, es distinta y produce otros efectos jurídicos.

En efecto, en la ausencia injustificada al trabajo - desde luego - no se configura una suspensión del contrato de trabajo. El dependiente que no ha concurrido al desempeño de sus labores, no cuenta con una causa o motivo que legalmente lo dispense de asistir a su trabajo, y por tanto, en tal caso, el contrato de trabajo conserva plenamente su eficacia, produciendo la consecuencia jurídica de que el mes en el cual se incurrió en la ausencia - imputable al dependiente - debe incluirse dentro de los últimos tres meses que sirven de base para liquidar el promedio de lo percibido, con lo cual se produce una legal y justificada disminución de la suma final.

En todo caso, bien pudiera resultar controvertida la calificación de los hechos como "ausencia injustificada", en tal evento, como en el resto de las causales de terminación del contrato de trabajo, "es

el juez quién debe conocer de ellas, conforme a lo prevenido en el artículo 168 del Código del Trabajo, en cuanto si los trabajadores estimaren que la aplicación a su respecto de una determinada causal de terminación de contrato ha sido injustificada, indebida o improcedente o que no se ha invocado causal alguna o que las necesidades de la empresa carecen de fundamento, quienes tienen derecho a recurrir, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contados desde la separación, al respectivo juzgado a fin de que éste así lo declare" (Dictamen N° 1348/065, de 14.03.97).

En consecuencia, sobre la base de las normas legales y jurisprudencia administrativa invocada, las ausencias injustificadas al trabajo no suspenden la relación laboral, y por tanto, las remuneraciones del mes en que el dependiente se ausenta, deben servir de base para liquidar el promedio de lo ganado en los tres últimos meses.

Ordinario N° 2793/0136, de 05.05.1995:

"Al trabajador que obtuvo ingreso variable y que en los tres últimos meses calendario estuvo acogido a determinadas fechas a licencia médica, corresponde que se le considere, para el pago de la indemnización legal por años de servicio prevista en el artículo 163 del Código del Trabajo, el promedio de los tres meses anteriores a la terminación de su contrato, que se encuentren cubiertos en forma completa con remuneración".

Ordinario N° 0075/008, de 05.01.1999:

"Si se trata de trabajadores que perciben remuneraciones variables, la remuneración que ha de servir de base para fijar el monto de la indemnización debe ser el promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario.

Para los efectos indicados debe considerarse un período básico mensual de remuneración, esto es, aquel que dura un mes, agregando que "en consecuencia aquel mes en el cual no se percibió remuneración por toda su extensión o duración no corresponde que se entienda comprendido en el período básico que precisa el legislador".

Que debe entenderse por las expresiones "tres últimos meses calendario" utilizadas por el legislador, tratándose de trabajadores afectos a remuneraciones variables que en uno o más de dichos meses han hecho uso de licencia médica con derecho a subsidio, han sostenido que dicho período es "aquel que se encuentre cubierto en forma completa por la correspondiente remuneración, de suerte tal, que si en algún mes se ha percibido parte remuneración y en parte subsidio por incapacidad laboral deberá descartarse esa mensualidad para dicho cómputo

El permiso sin goce de remuneraciones es jurídicamente una suspensión convencional de la relación laboral, un cese parcial de los efectos de un contrato durante un período determinado que no afecta la vigencia del mismo, sino que solamente interrumpe algunos de sus efectos, es decir, algunos de los derechos y obligaciones que genera para las partes.

La inexistencia de remuneración o de parte de ella en alguno de los meses que debe comprender la base de cálculo del respectivo promedio, circunstancia que, a la vez, permite sostener que procede excluir para los efectos señalados aquel mes en que se hizo efectivo el permiso de que se trata.

La expresión "tres últimos meses calendario" a que alude la ley para los efectos del cálculo de la indemnización por término de contrato de los dependientes afectos a remuneraciones variables, debe entenderse los tres meses con denominación específica en que se hubiere percibido remuneración completa, que anteceden al de la conclusión de la relación laboral, de suerte que si en alguno de ellos el dependiente no hubiere generado remuneración por haber hecho uso de permiso, deberá excluirse y considerarse sólo aquellos tres que precedan inmediatamente al mes en que se hizo efectivo el referido beneficio".

Ordinario N° 3722/051, 15.09.2009

Para los efectos de fijar la base de cálculo de la indemnización por años de servicio que pudiere corresponder a un trabajador sujeto al permiso por capacitación establecido en el artículo 1° de la Ley N° 20.351, en el evento que se le pusiere término a su relación laboral, se deberán descartar las mensualidades en que el trabajador ha hecho uso del citado permiso, procediendo considerar sólo los meses inmediatamente anteriores a aquel o aquellos en que percibió las prestaciones de dicha ley, correspondiendo, por ende, aplicar el procedimiento de cálculo establecido en los incisos 1° y 2° del artículo 172 del Código del Trabajo, según se trate de remuneración fija o variable, respectivamente.

✓ TOPE DE 90 UF A CONSIDERAR

El inciso final del artículo 172 antes visto, señala que *“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”*, por lo que la indemnización por años de servicios que nos ocupa en este tema tendrá como monto máximo el monto de 90 UF considerado al último día del mes anterior al pago de esta.

Es importante destacar que el valor de la UF a utilizar quedara determinado por la fecha en la cual se realice el pago de la indemnización, toda vez que el artículo 177 del Código del Trabajo, da al empleador un plazo de 10 días hábiles a partir del día siguiente de concluida la relación laboral para poner a disposición del trabajador el finiquito y el pago de los valores involucrados en el, es así por ejemplo que si el término de la relación laboral se produce el día 15 de agosto y el finiquito es pagado antes dentro de dicho mes el valor de la UF a considerar será el vigente al día 31 de julio. En el caso de que el término de la relación laboral se produzca el 26 de agosto, pero el pago de las indemnizaciones se materializara los primeros días de septiembre, el valor de la UF a considerar sería la vigente al 31 de agosto.

El tope de 90 UF en la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicios y mes de aviso, rige para todos los trabajadores, incluso para los contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981, así lo ha sostenido la Dirección del Trabajo que al respecto ha señalado:

Ordinario N° 03747/137, de 16.08.2004:

“La doctrina vigente de la misma Dirección, acerca de aplicación del tope de las 90 UF., a la remuneración mensual que sirve de base al cálculo de las indemnizaciones por término de contrato, rige tanto para contrataciones celebradas antes del 14 de agosto de 1981, como a las posteriores.”

Ordinario N° 03878/148, 23.08.2004:

“El tope de la remuneración mensual prevenido en el inciso final del artículo 172 del Código del Trabajo, para los efectos del pago de la indemnización legal por años de servicio resulta aplicable tanto a los trabajadores contratados antes del 14 de agosto de 1981, como a los contratados a partir de esa fecha.”

Los tribunales de justicia, al igual que la Dirección del Trabajo, sostenían que el tope de 90 UF se aplicaba para el cálculo de las indemnizaciones que establece el artículo 172 del Código del Trabajo cualquiera sea a fecha de contratación del trabajador. Sin embargo, en la actualidad existe un cambio en la doctrina de tribunales, pudiendo citarse el siguiente fallo que establece que el tope de las 90 UF no se aplicaría respecto de los trabajadores contratados antes del 14 de agosto de 1981.

Corte Suprema, Rol N° 2780-2015, de 04.01.2016:

Décimo séptimo: Que al respecto debe precisarse que el artículo 7° transitorio contiene una regla general según la cual los contratados antes del 14 de agosto de 1981 tienen derecho a las indemnizaciones “que les correspondan conforme a ella”. La idea nuclear es lo suficientemente clara: rige la ley del tiempo de contratación.

No hay en ello algo distinto al tratamiento habitual en tema de retroactividad de la ley, recogido en los artículos 9° inciso primero del Código Civil y 22 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

Décimo octavo: Que tal directriz conduce un énfasis: “...sin el límite máximo a que se refiere el artículo 163”.

Carece de asidero entender que el vacío que se observa respecto del tope de las “90 unidades de fomento del último día del mes anterior al pago” haría evidente que corresponde mantenerlo a los trabajadores contratados antes del consabido 14 de agosto de 1981, en razón de las siguientes apreciaciones:

A.- El derecho que, en su caso, asiste a un trabajador a las compensaciones consiguientes a una separación carente de justificación, surge para él contemporáneamente con su definitiva incorporación a la empresa que lo cesa, por cuanto el código en permanente referencia abordó ex profeso la sensible materia “De la Terminación del Contrato de Trabajo y Estabilidad en el Empleo” en el Título V de su Libro I, habida cuenta la relevancia social del trabajo dependiente, tanto en el crecimiento personal cuanto en la inserción social, en los términos del artículo 1° de la Constitución Política de la República, lo que acarrea que la prerrogativa indemnizatoria constituya una seguridad aneja al contrato y que, por lo mismo, como tal se incorpore al patrimonio del trabajador al tiempo de su incorporación.

B.- En el orden hermenéutico de las regulaciones particularísimas no armonizan las interpretaciones extensivas.

C. Mucho menos cuando se proponen afectar el axioma inherente al presente fuero protector, que en caso de duda -aquí tampoco la hay- inclina en favor del aforado.

Décimo noveno: Que por lo tanto, es el parecer de estos juzgadores que la interpretación que mayormente se aviene con los principios, la evolución del sistema jurídico, sus finalidades y el texto que, en lo específico, lo contiene, es la vertida en el fallo en que se apoya el recurso de unificación de jurisprudencia.

Vigésimo: Que por consiguiente, el límite de noventa unidades de fomento a que se refiere el artículo 172 del Código del Trabajo, no es aplicable en la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicio, de los trabajadores con contrato de trabajo vigente al 1 de diciembre de 1990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981.

Vigésimo primero: Que, en estas condiciones, yerran los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Talca en el presente caso al estimar que es procedente aplicar el tope de noventa unidades de fomento en la base de cálculo de las indemnizaciones legales que corresponden a un trabajador contratado con anterioridad al 14 de agosto de 1981, y a resultas de lo cual, consideran que es improcedente la acción de cobro de prestaciones. Sobre esta premisa, el recurso de nulidad planteado por la parte demandante, fundado en la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción al artículo 172 del mismo cuerpo legal debió ser acogido y anulada la sentencia del grado, procediendo a dictar sentencia de reemplazo.

Como podemos apreciar, la Corte Suprema establece que para efectos de la base de cálculo de las indemnizaciones por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, respecto de los trabajadores contratados antes del 14 de agosto de 1981 no opera el tope de las 90 UF que establece el inciso final del artículo 172 del Código del Trabajo.

✓ SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS ANTES DEL 14 DE AGOSTO DE 1981

El Código del Trabajo, en su artículo 7° transitorio establece una excepción al límite de 11 meses que establece el artículo 163 del mismo cuerpo legal, el cual es que los trabajadores contratados con anterioridad al 14.08.1981, tendrán derecho a que se le paguen la totalidad de los años de servicios que tengan al momento de concluir la relación laboral.

Para efecto de la procedencia de este pago sin tope de años, se requiere por supuesto que la causal invocada por el empleador sea las necesidades de la empresa o el desahucio, toda vez que la excepción es respecto del número de años, pero no se ha establecido una indemnización a todo evento.

El pago sin tope de años también se aplicará también en aquellos casos en la indemnización por años de servicios sea ordenada pagar por el tribunal competente que conozca de la reclamación de la casual de término de la relación laboral hecha por el trabajador, en los términos que antes hemos visto.

El artículo 7° transitorio del Código del Trabajo dispone:

Artículo 7° Transitorio: Los trabajadores con contrato de trabajo vigente al 1° de diciembre de 1990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981, tendrán derecho a las indemnizaciones que le correspondan conforme a ella, sin el límite máximo a que se refiere el artículo 163. Si dichos trabajadores pactasen la indemnización a todo evento señalada en el artículo 164, esta tampoco tendrá el límite máximo que allí se indica.

La norma del inciso anterior se aplicará también a los trabajadores que con anterioridad al 14 de agosto de 1981 se encontraban afectos a la Ley N° 6.242, y que continuaren prestando servicios al 1° de diciembre de 1990.

Es importante destacar que la norma de excepción en comento será aplicable si concurren copulativamente 2 requisitos, a saber:

1. Que se trate de trabajadores con contrato vigente al 1 de diciembre de 1990 y
2. Que su relación laboral se haya originado en una época anterior al 14 de agosto de 1981.

De no darse los requisitos copulativos su aplicación resulta improcedente.

Respecto de este punto la dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 736/028, de 03.02.1992:

"Los trabajadores contratados con anterioridad al 14 de agosto de 1981, que tengan poder para representar al empleador o que ocupen un cargo de exclusiva confianza, en el caso de terminación de su contrato de trabajo por la causal de desahucio escrito del empleador prevista en el inciso 2° del artículo 3° de la ley 19.010, tienen derecho a percibir la o las indemnizaciones previstas en el artículo 5° de la misma ley, sin el límite trescientos treinta días de remuneración que establece dicha norma legal".

✓ EJEMPLOS DE CÁLCULO DE INDEMNIZACIONES

Para que el alumno pueda revisar ejemplos de cálculo de indemnizaciones por años de servicios y sustitutiva del aviso previo lo invitamos a revisar ejemplos disponibles en la plataforma web.

Véase: CALCULO FINIQUITOS

Véase: CALCULO FINIQUITO CON TOPE 90 UF

✓ DESCUENTO O REBAJA INCREMENTO PREVISIONAL

Conforme lo dispone el artículo 9 transitorio del Código del Trabajo, para los efectos del cálculo de las indemnizaciones por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, de los trabajadores con contrato vigente al 1° de diciembre de 1990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 1° de marzo de 1981, no debe considerarse el incremento previsional establecido por el D.L. N° 3.501, de 1980.

El origen de este incremento previsional lo encontramos al artículo 2° del D.L. 3.501, de 1980, que en sus incisos 1° y 2°, dispone:

"Los trabajadores dependientes afiliados a las instituciones de previsión indicadas en el artículo precedente, mantendrán el monto líquido de sus remuneraciones.

Solo para este efecto y para la aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior, incrementándose las remuneraciones de estos trabajadores, en la parte afecta a imposiciones al 28 de febrero de 1981, mediante la aplicación de los factores que a continuación se indican:

El listado de factores es bastante extenso por ello que no los transcribiremos, sin embargo, para efectos de entender la norma que nos ocupa, podemos señalar que corresponde al factor 1,182125 para los cotizantes de la ex Empart 1,2020 para los que imponen en el ex S.S.S., y de 1,1757 si se está afiliado a una AFP.

Hasta el mes de febrero de 1981 las cotizaciones previsionales para fondos de pensiones y salud se determinaban sobre las remuneraciones de los trabajadores pero eran de cargo del empleador, es por ello que ante el cambio que se produciría en el mes de marzo de 1981, cual era que pasarían estas cotizaciones previsionales a ser de cargo del trabajador y que el empleador estaría solo obligado a descontarlas y enterarlas en las instituciones respectiva, lo que aún se hace, se estableció que las remuneraciones de los trabajadores que se estuviere percibiendo al 28 de febrero de 1981 se incrementarían de acuerdo a los factores que el DL 3501 de 1980 establece, esto para que los trabajadores no perdieran poder adquisitivo.

Este incremento que se aplicó a las remuneraciones el empleador podrá descontarlo única y exclusivamente las remuneraciones que fueron incrementadas en virtud del D.L. 3.501 de 1980, excluyéndose, por tanto, aquellas convenidas entre las partes u otorgadas por ley a partir de dicha fecha.

El artículo 9° transitorio del Código del Trabajo dispone:

Artículo 9° Transitorio: *Para el cálculo de las indemnizaciones de los trabajadores con contrato de trabajo vigente al 1° de diciembre de 1990 y que hubieren sido contratados con anterioridad al 1° de marzo de 1981, no se considerará el incremento o factor previsional establecido para las remuneraciones por el decreto Ley N° 3.501, de 1980.*

La Dirección del Trabajo nos indica que el incremento o factor previsional establecido en el Decreto Ley N° 3.501, de 1980, solo debe deducirse para calcular la indemnización por años de servicios legal prevista en el inciso 2° del artículo 163 del Código del Trabajo y la indemnización sustitutiva del aviso previo consignada en el inciso 4° del artículo 162 del mismo cuerpo legal, respecto de los trabajadores que teniendo contrato vigente al 1° de diciembre de 1990, hubieren sido contratados con anterioridad al 1° de marzo de 1981, y solo deben considerarse aquellas remuneraciones que fueron en dicha oportunidad incrementadas, siendo improcedente descontarlo de remuneraciones convenidas o pactadas con posterioridad al 01.03.1981, es por ello que en la actualidad, el descuento del incremento previsional en las indemnizaciones de los trabajadores resulta muy poco probable que se pueda realizar, toda vez que la posibilidad de que el trabajador dependiente regido por las normas del Código del Trabajo desde marzo de 1980 a la fecha haya mantenido las mismas remuneraciones que fueron incrementadas en aquella

oportunidad es casi nula, toda vez que desde el minuto que en forma individual o colectiva se acordaron nuevas remuneraciones el descuento del incremento previsional que nos ocupa no podría realizarse.

La Dirección del Trabajo respecto de este punto ha señalado:

Ordinario N° 4103/0236, de 12.08.1999:

Al respecto, cabe manifestar que si bien el tenor literal del artículo 9° transitorio en análisis, autoriza para sostener que cualquiera indemnización daría lugar a la deducción del incremento o factor previsional ya indicado, esta Dirección, interpretando el alcance de esta disposición, ha sentado doctrina uniforme, manifestada, entre otros, en dictámenes N°s. 5085/225, de 04.09.92, y 5765/187, de 27.08.91, en orden a que debe entenderse referida a la indemnización por años de servicios de carácter legal, vale decir, aquella que se encuentra obligado el empleador a pagar cuando pone término al contrato de trabajo por la causal de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o por la causal de desahucio y a la indemnización sustitutiva del aviso previo, prevista en el inciso 4° del artículo 162 o en el inciso 2° del artículo 163 del Código del Trabajo, según corresponda.

De ello se sigue, que para determinar la indemnización por años de servicio convencional, vale decir, aquella pactada en un contrato individual de trabajo o en un instrumento colectivo, no procede descontar el factor o incremento previsional establecido por el decreto ley N° 3.501, de 1980, cualquiera sea la causal de terminación que haga procedente su pago y la fecha de contratación de los respectivos trabajadores, la cual debe calcularse conforme a las normas convenidas por las partes contratantes.

Resuelto lo anterior se hace necesario recurrir al artículo 2° del D.L. 3.501, de 1980, que en sus incisos 1° y 2°, dispone:

"Los trabajadores dependientes afiliados a las instituciones de previsión indicadas en el artículo precedente, mantendrán el monto líquido de sus remuneraciones.

"Solo para este efecto y para la aplicación de lo dispuesto en el artículo anterior, incrementanse las remuneraciones de estos trabajadores, en la parte afecta a imposiciones al 28 de febrero de 1981, mediante la aplicación de los factores que a continuación se indican..."

De la disposición legal preinserta se desprende que por expreso mandato del legislador se incrementaron las remuneraciones en la parte afecta a imposiciones, vigentes al 28 de febrero de 1981, de aquellos trabajadores afiliados a alguna de las instituciones previsionales aludidas en el artículo 1° del D.L. 3.501, para el sólo efecto de mantener el monto líquido de sus remuneraciones y atendido que el nuevo sistema previsional establecido en el referido decreto ley, dispuso que las cotizaciones previsionales serían de cargo del dependiente.

De ello se sigue, que tratándose de las remuneraciones establecidas por ley o convenidas con posterioridad al 28 de febrero de 1981, no resulta procedente incrementarlas por cuanto en las mismas se entiende incluido el incremento o factor previsional en análisis, toda vez que ya era conocido el nuevo régimen previsional que las afectaba.

Las afirmaciones anteriores se encuentran en armonía con lo resuelto por este Servicio en dictamen N° 5585/193, de 21.07.87, el cual estableció, en su parte pertinente, que "es jurídicamente improcedente pagar el incremento del artículo 2° del D.L. 3.501, de 1980, respecto de las remuneraciones pactadas a partir del 1° de marzo de 1981".

El aludido pronunciamiento jurídico se basó, para arribar a la conclusión antes transcrita, en la reiterada Jurisprudencia de la Superintendencia de Seguridad Social, contenida, entre otros, en el dictamen N° 2536, de 30.04.87, el cual señaló que "... las remuneraciones afectas al incremento son aquellas vigentes al 28 de febrero de 1981, presumiéndose incluido en aquellas pactadas a contar del 1° de marzo del mismo año ...".

Agrega dicha organismo Previsional en el pronunciamiento jurídico antes citado que "en cuanto a las remuneraciones pactadas con posterioridad a esa fecha, debe entenderse que incluyen el incremento, toda vez que ya era conocido que la totalidad de las imposiciones serían de cargo del trabajador. Aún más, una vez determinado el nuevo monto de las remuneraciones incrementadas, las partes estaban facultadas para pactar, individual o colectivamente, nuevos niveles de remuneraciones que comprendan los incrementos dispuesto por el artículo 2° del decreto ley, en conformidad a lo dispuesto por el artículo 6° del D.S. N° 40, de 23 de marzo de 1981, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría de Previsión Social".

De consiguiente, si aplicamos lo expuesto precedentemente a la especie, posible es afirmar que no procede descontar el incremento o factor previsional a las remuneraciones de carácter legal o convencional establecidas a partir del 01.03.81, y que han de servir de base para el cálculo de la indemnización legal por años de servicio.

En consecuencia sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia invocada y consideraciones expuestas, cumpro con informar que para los efectos de descontar el incremento o factor previsional de las remuneraciones que han de servir de base para el cálculo de la indemnización legal por años de servicio de los trabajadores con contrato vigente al 01.03.81, deben considerarse única y exclusivamente las remuneraciones que fueron incrementadas en virtud del D.L. 3.501 de 1980, excluyéndose, por tanto, aquellas convenidas u otorgadas por ley a partir de dicha fecha.

Ordinario N° 3751/0280, de 06.09.2000:

"Para los efectos de determinar la base de cálculo de la indemnización por años de servicios pactada en el contrato colectivo vigente en Industrias S.A., no resulta jurídicamente procedente descontar el factor o incremento previsional previsto en el D.L. N° 3501, de 1980, cualquiera que sea la causal de terminación de los contratos que haga procedente su pago y la fecha de contratación de los respectivos trabajadores".

Ordinario N° 0812/0033, de 06.03.2001:

"El incremento o factor previsional establecido en el Decreto Ley N° 3.501, de 1980, solo debe deducirse para calcular la indemnización por años de servicios legal prevista en el inciso 2° del artículo 163 del Código del Trabajo y la indemnización sustitutiva del aviso previo consignada en el inciso 4° del artículo 162 del mismo cuerpo legal, respecto de los trabajadores que teniendo contrato vigente al 1° de diciembre de 1990, hubieren sido contratados con anterioridad al 1° de marzo de 1981".

Ordinario N° 2298/0054, de 17.06.2003:

"Para determinar la indemnización por años de servicio convencional, vale decir, aquella pactada en un contrato individual o en un instrumento colectivo, no procede descontar el factor o incremento previsional establecido por el Decreto Ley N° 3.500, de 1980, cualquiera sea la causal de terminación que haga procedente su pago y la fecha de contratación de los respectivos trabajadores, la cual debe calcularse conforme a las normas convenidas por las partes contratantes."

Ordinario N° 2523/0140, de 13.05.1999:

"Para determinar la indemnización por años de servicio convencional, vale decir, aquella pactada en un contrato individual de trabajo o en un instrumento colectivo, no procede descontar el factor o incremento previsional establecido por el Decreto Ley N° 3.501, de 1980, cualquiera sea la causal de terminación que haga procedente su pago y la fecha de contratación de los respectivos trabajadores, la cual debe calcularse conforme a las normas convenidas por las partes contratantes".

Ordinario N° 234/012, de 13.01.1994:

"El incremento o factor previsional establecido por el decreto ley N° 3.501 de 1980, sólo debe deducirse para los efectos de calcular la indemnización por años de servicio legal prevista en la ley N° 19.010 y la indemnización substitutiva del aviso previo consignada en el inciso 4° del artículo 4° o en el inciso 2° del artículo 5° de dicha ley, según corresponda, respecto de los trabajadores que teniendo contrato vigente al 1° de diciembre de 1990, hubieren sido contratados con anterioridad al 1° de marzo de 1981, por lo que no procede efectuar dicho descuento respecto de las indemnizaciones de origen convencional".

Ordinario N° 1126/0102, de 22.03.2000:

"En lo que dice relación con el factor o incremento previsional contemplado en el Decreto Ley N° 3501, de 1980, la reiterada jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en el dictamen N°s. 2523/0140, de 13 de mayo de 1999, ha señalado que para determinar la indemnización por años de servicio convencional, vale decir, aquella pactada en un contrato individual de trabajo o en un instrumento colectivo, no procede descontar el factor o incremento previsional establecido por el Decreto Ley N° 3.501, de 1980, cualquiera sea la causal de terminación que haga procedente su pago y la fecha de contratación de los respectivos trabajadores, debiendo calcularse el mencionado beneficio conforme a las normas convenidas por las partes contratantes".

✓ INDEMNIZACIONES CONVENCIONALES POR AÑOS DE SERVICIOS

✓ INDEMNIZACIÓN CONVENCIONAL DEL ARTÍCULO 163 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

De acuerdo al artículo 163 del Código del Trabajo, cuando el contrato de trabajo ha estado vigente un año o más y el empleador le pone término invocando una de las causales del artículo 161, este debe al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso segundo del mencionado artículo 163.

El monto de esta indemnización será el que las partes acuerden, con una sola limitación cual es que no puede ser inferior a las normas legales vigentes a la fecha de la desvinculación.

Al momento de establecer la procedencia de acuerdos que digan relación con el pago de indemnizaciones de tipo convencional por años de servicios, es importante destacar lo dispuesto en el artículo 176 del Código del Trabajo que señala:

Artículo 176: La indemnización que deba pagarse en conformidad al artículo 163, será incompatible con toda otra indemnización que, por concepto de término del contrato o de los años de servicio pudiere corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador total o parcialmente en la parte que es de cargo de este último, con excepción de las establecidas en los artículos 164 y siguientes.

En caso de incompatibilidad, deberá pagarse al trabajador la indemnización por la que opte.

Como se puede apreciar, la norma citada establece la incompatibilidad de la indemnización del artículo 163 del Código del Trabajo, con cualquier otra que deba pagarse por años de servicio o término de contrato y que sea de cargo del empleador.

Esta incompatibilidad puede ser total o parcial, dependiendo de cuando sea lo que financie el empleador, así lo ha entendido la Dirección del Trabajo.

Cuando estamos en presencia de término de la relación laboral por casuales de término de contrato distintas a las del artículo 161 del Código del Trabajo, y por lo tanto el trabajador no tenga derecho a la indemnización por años de servicios y la substitutiva del aviso previo, el trabajador tiene el derecho de reclamar ante el tribunal competente que

la casual es injusta improcedente o arbitraria, conforme lo establece el artículo 168 del mencionado Código, y en la empresa exista un pacto de indemnización en los términos establecidos en el artículo 163 inciso primero, el trabajador no puede requerir el pago de ambas indemnizaciones, es decir que de acuerdo a lo establecido en el artículo 176 el trabajador deberá optar por alguna de las 2 indemnizaciones, ya sea la indemnización legal o la convencional, toda vez que ellas son incompatibles.

La Dirección del Trabajo que respecto de la norma que nos ocupa ha señalado:

Ordinario N° 5461/0256, de 21.09.1992.

"La indemnización por años de servicio contemplada en el Fondo de Indemnización por Años de Servicio de Editorial Lord Cochrane S.A. es incompatible con aquella establecida en el artículo 5° de la Ley 19.010, solamente en la parte que la primera haya sido financiada por dicha empresa".

Cuando estamos en presencia de término de la relación laboral por casuales de termino de contrato distintas a las del artículo 161 del Código del Trabajo, y por lo tanto el trabajador no tenga derecho a la indemnización legal por años de servicios y la sustitutiva del aviso previo, el trabajador tiene el derecho de reclamar ante el tribunal competente que la casual es injusta improcedente o arbitraria, conforme lo establece el artículo 168 del mencionado Código, y en la empresa exista un pacto de indemnización en los términos establecidos en el artículo 163 inciso primero, el trabajador no puede requerir el pago de ambas indemnizaciones, es decir que de acuerdo a lo establecido en el artículo 176 el trabajador deberá optar por alguna de las 2 indemnizaciones, ya sea la indemnización legal o la convencional, toda vez que ellas son incompatibles.

Sobre el particular se puede citar la siguiente jurisprudencia judicial.

Corte Suprema, Rol N° 8526/2009, de 13.01.2010:

Décimo: Que, por lo razonado, resulta forzoso concluir que, aún cuando en la demanda de autos el actor reclamó el pago de las aludidas indemnizaciones, al otorgarlas todas, los sentenciadores incurrieron en la falsa aplicación del artículo 176 del Código del Trabajo, desde que los resarcimientos concedidos como consecuencia de la terminación injustificada del contrato de trabajo son incompatibles con otros, como en el caso lo es la compensación de los meses de remuneración restantes.

Corte Suprema, Rol N° 4971-2002, de 12.08.2003:

"Segundo: Que habiéndose concluido que, en la especie, es procedente o la indemnización por años de servicios legal o la contractual acordada por las partes y siendo esta última de monto superior a aquella, procede condenar a la demandada al pago de la indemnización por años de servicios convencional, incrementada en un 50%, de acuerdo a la legislación vigente a la época del despido"

Corte Suprema, Rol N° 4971-2002, de 12.08.2003:

"Octavo: Que, asimismo, cabe argumentar que la circunstancia que el artículo 163 del Código del ramo regule la indemnización por años de servicios en el caso del despido por alguna de las causales contempladas en el artículo 161 del mismo texto legal, no importa que puedan acumularse las indemnizaciones por años de servicios legal y convencional, salvo por supuesto pacto en contrario. En ningún caso es posible no dar aplicación a la clara prescripción del artículo 168 del Código Laboral, que, como se dijo, ordena pagar una u otra y sobre ambas, a continuación, establece el recargo respectivo de acuerdo a las reglas allí contenidas.

Noveno: Que, por otra parte, el artículo 176 del Código del Trabajo establece una regla de incompatibilidad, pero no es la aplicable en la materia, ya que allí se regula la posibilidad que el empleador deba concurrir además al pago de alguna otra indemnización por término de contrato o de los años de servicio que pudiere corresponder al trabajador cualquiera sea su origen.

Décimo: Que, en tales condiciones, es dable asentar que, en la sentencia atacada, al establecer el pago de la indemnización por años de servicios legal y convencional en favor de uno de los actores, al mismo tiempo se han infringido los artículos 163 y 168 del Código del Trabajo, por falta de aplicación desde el punto de vista analizado en este fallo, yerro que alcanza lo resolutivo de la decisión, por cuanto condujo a condenar a la demandada a un pago doble, de manera que se impone su invalidación, acogiendo el recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandado. "

Corte Suprema, Rol N° 896, de 15.09.1993:

"La indemnización establecida entre la empresa y sus trabajadores en un fondo convencional de indemnización por años de servicio, para ser pagada en casos de término de los servicios de un trabajador, y a cuya formación concurren los dichos empleador y trabajadores por iguales partes, no es incompatible con la indemnización legal pagada al dependiente que ha sido despedido injustificadamente, en la parte en que el referido fondo de indemnización por años de servicio, y siendo este co-administrado por representantes de la empresa y sus trabajadores, es aceptable la demanda que contra la empresa se dirige para el pago de la indemnización allí regulada"

Corte Suprema, Rol N° 13755, de 24.01.1991:

"La indemnización que debe pagar una Corporación Mutua a uno de sus socios activos que, por cualquier motivo deje de prestar servicios en la empresa, cuyos trabajadores tienen tal calidad, es compatible con las indemnizaciones que por término del contrato de trabajo, en virtud de desahucio dado por el empleador, le corresponda pagar a este, sin que obste a ello que la empresa, de acuerdo con lo pactado en contrato colectivo, contribuya económicamente al cumplimiento de los fines de la corporación, aportando, mensualmente, una suma de dinero equivalente a un determinado porcentaje de la totalidad de los sueldos de los socios activos.

La incompatibilidad que establece la ley entre las indemnizaciones por terminación de contrato de trabajo y toda otra que, por esa misma razón, pudiera corresponder al trabajador, cualquiera sea su origen, y a cuyo pago concurra el empleador, total o parcialmente, no es aplicable tratándose de aquella contemplada en el Reglamento de Beneficios de una mutualidad, pues esta última no se origina en el contrato de trabajo sino que en la calidad de socio activo de la referida corporación.

Constituye una contradicción inexplicable e inaceptable que se invoque la incompatibilidad de indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo, para denegar un beneficio que, de acuerdo con la reglamentación de la propia demandada, exige, precisamente, como uno de sus requisitos para su otorgamiento, dejar de prestar servicios a la empresa por cualquier motivo".

Corte Apelaciones Concepción, Rol N° 162-1990, de 21.12.1990:

"La indemnización convencional, que debe pagarse si su monto es superior al de la legal es incompatible con esta última.

Los contratantes deben adecuar los pactos que celebren a las disposiciones de orden público, pues, en caso de contravención, aquellos serán nulos por ilicitud del objeto.

El derecho de opción que la ley confiere al trabajador en caso de incompatibilidad de indemnizaciones no se aplica, tratándose de las indemnizaciones convencional y legal, sino que respecto de otras que pudieren corresponderle por concepto de término del contrato de trabajo o años de servicio, a cuyo pago concurra el empleador, total o parcialmente, como, por ejemplo, aquellas que emanaren de contratos colectivos o fondos de indemnización por años de servicio u otras, de naturaleza también convencional, que se establecieren en contratos individuales o colectivos.

Es irrelevante que el actor haya pedido en su demanda que se condene al pago de las indemnizaciones convencional y legal, sumando ambas, pues el juez, que debería aplicar una disposición de orden público, contenida en el artículo 159, ya mencionado, puede circunscribir su pronunciamiento sólo a las prestaciones que establece la ley, en forma imperativa y obligatoria, y, en consecuencia, declarar que debe pagarse únicamente la indemnización convencional, si su monto es superior al mínimo fijado en la misma ley”.

2. ANTICIPOS DE INDEMNIZACIÓN POR AÑOS DE SERVICIO

✓ IMPROCEDENCIA DE OTORGAMIENTO DE ANTICIPOS DE INDEMNIZACIÓN LEGAL POR AÑOS DE SERVICIO

Al momento de revisar este tema, debemos tener presente el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales establecido en el artículo 5 del Código del Trabajo, que establece que los derechos laborales son irrenunciables mientras esté vigente la relación laboral, es por ello que la Dirección del Trabajo mediante Ordinario N° 1277/017 de 17.03.2006, señala que el pacto en un contrato individual o colectivo de trabajo, que diga relación con el anticipo de indemnización por años de servicio por las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y el desahucio, implican una infracción a los artículos 5 y 163 del Código del Trabajo, que pueden ser sancionadas por los la entidad fiscalizadora de acuerdo a las facultades legales que se le han concedido.

Las multas a que se expone el empleador que acuerda con sus trabajadores el otorgamiento de estos anticipos de indemnización son las de carácter y su monto se determinara de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 506 del Código del Trabajo, lo que implica la aplicación de una multa que está en rangos según el número de trabajadores que tenga la empresa, siendo estos tramos de multas los siguientes:

NUMERO TRABAJADORES EMPRESA	UNIDADES TRIBUTARIAS MENSUALES
De 1 a 9	1 a 5 UTM
De 10 a 49	1 a 10 U.T.M.
De 50 a 199	2 a 40 U.T.M.
De 200 y mas	3 a 60 U.T.M.

En el caso de las empresas que han pactado el otorgamiento de anticipos de indemnización, aun cuando se trasgreda las normas legales, no pierden el dinero anticipado, toda vez que aun cuando las partes no lo hayan establecido expresamente las normas sobre compensación contenidas en los artículos 1655 y siguientes del Código Civil, estas igual le resultarían aplicables, es por ello que la Dirección del Trabajo ha señalado en Ordinario N° 5346/0282, de 01.09.1997, que al momento de pagar la indemnización por años de servicio al término de la relación laboral a los trabajadores que han recibido o percibido anticipos de indemnización, el empleador debe primero calcular el monto total que debería pagar por concepto de indemnización legal de años de servicios y a dicho monto restar la cantidad que haya pagado al trabajador por anticipos de la indemnización, estos últimos reajustados, en conformidad al artículo 63 mismo Código.

La empresa en caso de reclamación de parte del trabajador, siempre debe contar con la documentación de respaldo que permita acreditar fehacientemente la existencia de acuerdos en cuanto al otorgamiento de los anticipos y que fueron efectivamente percibidos por el trabajador.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 6641, de 18.12.2015:

Como es dable apreciar, la doctrina de este Servicio en materia de anticipos de indemnizaciones por término de contrato, ha sido coherente y precisa en términos de señalar que a partir del 1° de enero de 1990, las partes de la relación laboral se encuentran impedidas de convenir anticipos de indemnización legal por años de servicio, esto es, la que corresponda pagar por aplicación de las causales previstas actualmente en los incisos 1° y 2° del artículo 161 del Código del Trabajo- necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio respectivamente- más no así, si se trata de otras causales distintas a éstas, tales como mutuo acuerdo, caso fortuito o fuerza mayor, renuncia voluntaria, etc.,

En consecuencia, en virtud de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas cúmpleme informar a Ud. lo siguiente:

1.- A partir del 1° de diciembre de 1990, fecha de entrada en vigencia de la ley 19.010, no resulta jurídicamente viable convenir anticipos de indemnización por años de servicio cuando el término del contrato se produce por aplicación de las causales previstas en los incisos 1° y 2° del artículo 161 del Código del Trabajo, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio escrito del empleador, respectivamente.

2.- Por el contrario, resulta procedente convenir anticipos de indemnización por años de servicio en los términos que libremente fijen las partes en cuanto a su monto y oportunidad de pago, por causales distintas a aquellas, tales como mutuo acuerdo, renuncia voluntaria, caso fortuito, etc.

Ordinario N° 1277/017, de 17.03.2006:

Del análisis conjunto de los preceptos legales transcritos se infiere que la procedencia de la indemnización por años de servicio prevista en el artículo 163 del Código del Trabajo se encuentra supeditada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que el contrato de trabajo hubiere estado vigente, a lo menos, durante un año, y

b) Que el empleador hubiere puesto término al contrato invocando la causal prevista en el inciso 1° del artículo 161 del señalado cuerpo legal, esto es, necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, o en la consignada en el inciso 2° de dicho precepto, vale decir, desahucio, en el caso de que se trate de trabajadores que tengan poder para representar al empleador en la forma que en dicha norma se indica, o que desempeñen cargos o empleos de la exclusiva confianza de aquel.

De las mismas normas transcritas anteriormente es posible inferir, a la vez, que la oportunidad que el legislador ha fijado para los efectos del pago del beneficio que nos ocupa, en caso de configurarse los requisitos que hacen factible su procedencia, es al fin de la relación laboral.

En otros términos, ese es el momento en que, cumplidos los requisitos a que se ha hecho mención anteriormente, nace para el trabajador el derecho a percibir el beneficio en comento y, a su vez, la obligación del empleador de proceder a su pago.

Ahora bien, teniendo en consideración, por una parte, lo señalado en el párrafo que antecede en cuanto a la oportunidad del pago, y, por otra, que no existe actualmente norma legal alguna que contemple la posibilidad de anticipar el pago de la indemnización por años de servicio por las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y desahucio, posible resulta sostener, por consiguiente, que cualquier pacto al respecto implicaría una trasgresión al artículo 163 del Código del Trabajo, transcrito y comentado precedentemente.

Asimismo, un acuerdo en tal sentido, también importaría una infracción al inciso 2° del artículo 5° del mismo cuerpo legal indicado, que establece que " los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo", toda vez que el dependiente en tal caso estaría

renunciando a la oportunidad de pago prevista por el legislador, siendo ambas infracciones susceptibles de ser sancionadas por nuestro Servicio, de acuerdo a las facultades que le son propias.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, doctrina enunciada y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. que el pacto en un contrato individual o colectivo de trabajo, relativo a anticipo de indemnización por años de servicio por las causales de necesidades de la empresa, establecimiento o servicio y el desahucio, implican una trasgresión al artículo 163 del Código del Trabajo y 5º inciso 2º, del mismo cuerpo legal, susceptibles de ser sancionadas por la Dirección del Trabajo, de acuerdo a las facultades que le son propias.

Ordinario N° 5346/0282, de 01.09.1997:

"De esta suerte, no cabe sino concluir que para los efectos de pagar la indemnización por años de servicio al término de la relación laboral de los dependientes por los cuales se consulta, que han percibido anticipos de dicho beneficio, el empleador deberá calcular, en primer lugar, el monto total que debería pagar al dependiente por tal concepto, por todos los años de prestación de servicios y, enseguida, restar a este monto la cantidad que haya pagado al trabajador por anticipos de la indemnización, estos últimos reajustados, en conformidad a lo prevenido en los incisos 1º y 2º del artículo 63 del Código del Trabajo".

Respecto de este punto nos resulta útil citar la siguiente jurisprudencia judicial:

Corte Suprema, Rol N° 1.759-2011, de 29.12.2011:

Quinto: Que, en primer lugar, útil resulta transcribir la norma contenida en el artículo 63 del Código del Trabajo, que prescribe, en lo atinente: "Las sumas que los empleadores adeudaren a los trabajadores por concepto de remuneraciones, indemnizaciones o cualquier otro, devengadas con motivo de la prestación de servicios, se pagarán reajustadas... Idéntico reajuste experimentarán los anticipos, abonos o pagos parciales que hubiera hecho el empleador..."

Sexto: Que esta Corte ha sostenido con anterioridad que la indemnización por años de servicios constituye, durante la vigencia de la vinculación entre empleador y trabajador, una mera expectativa y que surge como derecho una vez concluida la relación y sólo en el evento que la terminación sea declarada injustificada, indebida o improcedente por un Tribunal de la República, cuya intervención haya sido requerida ante el desacuerdo de las partes respecto a la justificación o injustificación del despido.

Séptimo: Que, conforme a lo anotado, se contempla la posibilidad del pago de anticipos que, por cualquier motivo, el empleador hubiere efectuado con ocasión de la prestación de servicios, avances entre los cuales puede encontrarse la indemnización por años de servicios, los que para su validez, necesariamente deben ajustarse a la normativa legal vigente, en tanto tales pactos no estén prohibidos y en la medida que no vulneren derechos irrenunciables del trabajador, límite contemplado en el inciso segundo del artículo 5º del Código del Trabajo.

Undécimo: Que de lo razonado precedentemente, preciso es concluir -como lo hicieron los jueces del fondo- que, no podía reconocérsele validez a los anticipos convenidos por las partes los años 1989 y 1995, por vulnerar derechos irrenunciables del trabajador, en la medida que éstos, en su carácter de anticipos de indemnización por años de servicios, se pactaron por un número inferior de días al exigido por el legislador. Por otra parte, considerando que las sumas de dinero fueron recibidas por el actor, era necesario, como también lo reconoció la sentencia impugnada, otorgarles el carácter de abonos, pues en caso contrario, importaría un enriquecimiento sin causa en favor del dependiente, quien, al momento de su percepción, no cuestionó la validez o ineficacia de esos avances, incorporándolos a su patrimonio.

✓ ANTICIPOS DE INDEMNIZACIÓN POR CAUSALES DISTINTAS A LAS DEL ARTÍCULO 161 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Como ya hemos visto resulta jurídicamente improcedente que las partes de la relación laboral, ya sea en forma individual o colectiva acuerden anticipos de indemnización legal por años de servicios, es decir que tengan como fundamento la aplicación de las causales de término de la relación laboral contempladas en el artículo 161 del Código del Trabajo. Sin embargo, la jurisprudencia emanada de la Dirección del Trabajo ha establecido que no se aplica esta prohibición de otorgamiento de anticipos de indemnización cuando se haya pactado ya sea en forma individual o colectiva indemnizaciones por causales distintas a las del artículo 161 del ya mencionado Código.

La Dirección del Trabajo al respecto ha señalado entre otros en ordinarios N°s. 3701/109, de 23.05.1991, 3878/158, de 16.07.1992, 5520/173, de 13.08.1991, 4062/0206, de 03.07.1995, Ordinario N° 154/005, de 10.01.1994, que resulta procedente convenir anticipos de indemnización por años de servicio en la forma que las partes convengan libremente sin sujetarse a límite alguno, por causales distintas del desahucio y de las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, como podría ser indemnizaciones ante casuales tales como el mutuo acuerdo de las partes, el caso fortuito o fuerza mayor, la renuncia voluntaria del trabajador, el fallecimiento del trabajador u otras.

En los mismos pronunciamientos agrega la Dirección del Trabajo que si acordada indemnizaciones por término de relación laboral por casuales distintas a las del artículo 161 del Código del Trabajo, y el empleador a otorgado anticipos de estas indemnizaciones, en el evento que el término de la relación laboral no se produzca por las casuales acordadas sino que el empleador invocara alguna de las causales previstas en el artículo 161, esto es, fundado en necesidades de la empresa o en desahucio, según corresponda, estaría obligado a pagar las indemnizaciones previstas en el artículo 163, esto es la indemnización por años de servicios, independientemente de la circunstancia de haber anticipado la indemnización por causales distintas de aquellas.

La Dirección del Trabajo, ha establecido respecto de la posibilidad de compensar las cantidades percibidas por concepto de anticipo de indemnización con las que corresponda recibir con motivo de la terminación del contrato, que resultaría jurídicamente procedente, toda vez que la compensación de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 1655 y siguientes del Código Civil, opera cuando dos personas son deudoras una de otra, lo que precisamente ocurriría en la situación que planteamos. Toda vez que si se ha pactado el pago de una indemnización por causales distintas de las del desahucio o necesidades de la empresa, preciso es convenir que dicha indemnización sería un beneficio sujeto a una condición suspensiva, esto es, a la eventualidad que la terminación del contrato se produzca por las casuales convenidas, de manera que si la relación laboral termina por las estipuladas en el artículo 161 del Código del Trabajo, no se cumpliría la condición prevista por las partes y, en tal caso, el trabajador sería deudor del empleador respecto a las cantidades percibidas por concepto de anticipo del beneficio en estudio y a su vez el empleador sería deudor de una suma determinada en el evento de invocar como causal de término de contrato el desahucio o las necesidades de la empresa.

Al ser recíprocamente deudores empleador y trabajador resulta procedente que opere la figura jurídica de la compensación extinguiendo total o parcialmente las deudas existentes entre ambas partes, derivadas de la indemnización por años de servicio, tanto convencional como legal.

Si en una empresa se desea generar pactar el pago de indemnizaciones por causales distintas a las establecidas en el artículo 161 del Código del trabajo, esto por casuales de término tales como el mutuo acuerdo entre las partes, la renuncia voluntaria, la muerte del trabajador, u otras, de debiese pactar por escrito estas indemnizaciones y los requisitos para su procedencia, lo mismo si sobre dichas indemnizaciones se otorgara algún anticipo, estableciéndose claramente en los documentos que se suscriban que en caso de término de la relación laboral por alguna causal del artículo 161 del Código del Trabajo se aplicaran las normas sobre compensaciones establecidas en el Código Civil.

Cuando el empleador otorga anticipos de indemnización, al momento de practicar la liquidación final de estas indemnizaciones y descontar el monto anticipado se encuentra habilitado para hacer el descuento respectivo de las sumas anticipadas con los reajustes respectivos, conforme lo establece el artículo 63 del Código del Trabajo.

Respecto de este punto la Dirección del Trabajo ha señalado:

Ordinario N° 4062/0206, de 03.07.1995:

"A partir del 1° de diciembre de 1990, fecha de entrada en vigencia de la ley 19.010, sólo procede convenir anticipos de indemnización por años de servicio por causales distintas a la de desahucio y de las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio".

Ordinario N° 154/005, de 10.01.1994:

"Resulta procedente convenir anticipos de indemnización por años de servicio en la forma que las partes convengan libremente sin sujetarse a límite alguno, por causas distintas del desahucio y de las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio.

Asimismo, resulta jurídicamente procedente compensar las cantidades percibidas por concepto de anticipo de indemnización por causales distintas del desahucio o necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, con las que corresponda recibir al término de la relación laboral por alguna de estas últimas causales".

Ordinario N° 1674/095, de 14.04.1998:

"Para los efectos de realizar la liquidación final de la indemnización por años de servicio cuando han existido anticipos por causas distintas a las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio o el desahucio, el empleador deberá calcular, en primer lugar, el monto total que debería pagar al dependiente por tal concepto, por todos los años de prestación de servicios y, enseguida, restar a este monto la cantidad que haya pagado al trabajador por anticipos de la indemnización convencional, estos últimos reajustados, en conformidad a lo prevenido en los incisos 1° y 2° del artículo 63 del Código del Trabajo".

Ordinario N° 3997/0290, de 25.08.1998:

"Para los efectos de realizar la liquidación final de la indemnización por años de servicio de los trabajadores de Cía, cuando la relación laboral termina por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo y han existido anticipos de dicho beneficio, el empleador deberá calcular, en primer lugar, el monto total que debería pagar al dependiente por tal concepto, por todos los años de prestación de servicios y, enseguida, restar a este monto la cantidad que haya pagado al trabajador por anticipos de la indemnización convencional, estos últimos reajustados, en conformidad a lo prevenido en los incisos 1° y 2° del artículo 63 del Código del Trabajo".