

Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS.

TITULO: “LA SEMANA CORRIDA Y LOS TRABAJADORES PORTUARIOS”

PROFESOR: SR. CAMILO MORI.

ALUMNA: EVELYN CORONADO LAGOS.

ÍNDICE

	<i>Página</i>
<i>Introducción</i>	<i>1</i>
<i>Capítulo I : Antecedentes</i>	<i>4</i>
1. <i>Definición</i>	<i>4</i>
2. <i>naturaleza jurídica</i>	<i>4</i>
3. <i>origen histórico de la ley</i>	<i>4</i>
4. <i>Evolución de la ley</i>	<i>5</i>
5. <i>situación previa a la ley</i>	<i>9</i>
6. <i>Modificación introducida al artículo 45 del Código del Trabajo</i>	<i>10</i>
<i>Capítulo II : Dictámenes e la Dirección del Trabajo.</i>	<i>16</i>
1. <i>Dictamen Ord. N° 3152/063</i>	<i>17</i>
2. <i>Dictamen Ord. N° 3262/066</i>	<i>22</i>
3. <i>Dictamen Ord. N° 3953/077</i>	<i>26</i>
4. <i>Dictamen Ord. N° 0110/001</i>	<i>30</i>
5. <i>Dictamen Ord. N° 0129/002</i>	<i>34</i>
<i>Capítulo III : Determinación y cálculo de la semana corrida.</i>	<i>36</i>
• <i>Procedimiento para determinar la semana corrida</i>	<i>37</i>
• <i>Factores a considerar</i>	<i>39</i>
<i>Capítulo IV : Casos puntuales de trabajadores.</i>	<i>41</i>
1. <i>Trabajadores del sector Retail</i>	<i>41</i>
2. <i>Trabajadores Portuarios</i>	<i>41</i>
3. <i>Ejecutivos</i>	<i>42</i>
<i>Conclusión</i>	<i>43</i>

Introducción.-

El 21 de julio de 2008, es publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.281, que trata dos materias. Por una parte, y sobre la cual se centró prácticamente toda la discusión parlamentaria, es la decisión del legislador de que ningún trabajador podrá percibir como sueldo base mensual un monto inferior al ingreso mínimo -equiparación del sueldo base al ingreso mínimo-; por otra parte, la ley modifica el artículo 45 del Código del Trabajo, que dice relación con el beneficio de la semana corrida extendiendo dicho beneficio a un mayor número de trabajadores.

La primera materia que trata la ley, se pone en el tapete al analizar la conformación de la remuneración de un número importante de trabajadores. Este análisis pone en evidencia que existen contratos de trabajo que estipulan un sueldo base ínfimo, de 2.000 pesos al mes en algunos casos, completando el ingreso mínimo legal de cada trabajador a través de los porcentajes de productividad que varían mes a mes según el desempeño de cada trabajador.

Se señala que la redacción de los artículos 41 y 42 del Código del Trabajo, relacionado con el artículo 44 del mismo cuerpo legal, ha dado lugar a una mala práctica interpretativa. El primero, define remuneración, el segundo contempla algunos de los componentes que constituyen la remuneración, señalando componentes variables como la comisión; y el artículo 44, señala que la remuneración no puede ser inferior al ingreso mínimo legal. La redacción de estos artículos, según la comisión investigadora, ha dado lugar a interpretaciones de la norma poco felices llegando a estimarse que toda la remuneración del trabajador puede ser variable con tal que no sea inferior al ingreso mínimo legal.

En la historia del establecimiento de la ley 20.281, se plantea este problema señalando que “ésta práctica genera graves consecuencias patrimoniales a los trabajadores y a la vez no permite contar con un concepto legal que sea reflejo del verdadero sentido y alcance que tiene la fijación de una remuneración mínima o salario mínimo legal”. (1)

Así, el Ministerio del Trabajo y Previsión Social propone delimitar y diferenciar el concepto de remuneración, distinguiendo los componentes fijos de los variables.

(1) www.bcn.cl biblioteca congreso nacional, mensaje, historia de la ley 20.281, 21 de julio de 2008.

Señala que los componentes fijos son aquellos que compensan el tiempo que el trabajador se pone a disposición del empleador para los servicios pactados y los componentes variables son aquellos que dicen relación inequívoca con la productividad del trabajador. La propuesta entonces apunta a que el sueldo base (estipendio fijo en dinero o especies), no sea inferior al Ingreso Mínimo Mensual fijado por la ley, sin perjuicio que existan elementos variables en el resto de la remuneración.

Es en el segundo trámite constitucional, en el Senado, cuando entra a discusión el tema de la semana corrida, en esta etapa se introduce la indicación para legislar sobre la materia.

Al respecto, el segundo informe de la comisión del trabajo del Senado, da cuenta que concurrieron a la discusión del proyecto de ley, en calidad de invitados, diversas entidades, tales como los representantes de la Confederación de Trabajadores del Comercio y Servicios, acompañados de un grupo de dirigentes, como también representantes de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile. Los que acompañaron documentos con sus respectivas exposiciones.

Es el Secretario General de la Confederación de Trabajadores del Comercio y Servicios quien se refiere a la situación de los trabajadores comisionistas, señalando que “éstos trabajadores reciben bajos sueldos mensuales, especialmente en el área de los retails, a quienes la modificación que el presente proyecto de ley establece en materia de sueldo base no soluciona la carencia del descanso remunerado, dispuesto en el artículo 45 del Código del Trabajo, que ha sido una de las reivindicaciones más importantes que han sostenido a lo largo del tiempo.

Hizo hincapié, en este sentido, en que el citado artículo sólo otorga derecho a remuneración en dinero por los días domingo y festivos a los trabajadores remunerados exclusivamente por día, dejando de lado la realidad de los que reciben sueldo mensual o remuneraciones variables. Puso de manifiesto, por otra parte, que en muchos casos los empleadores descuentan lo que han incrementado por concepto de sueldo base por medio de la disminución de las comisiones que obtienen los trabajadores, lo que contradice el espíritu de la norma. Por lo expuesto, se mostró de acuerdo con el ingreso mínimo mensual que el proyecto garantiza, pero siempre que se contemple, además, el descanso remunerado por aquella fracción de los ingresos de los trabajadores que corresponde a comisiones”.(2)

“Enseguida, el asesor jurídico del señor Ministro del Trabajo y Previsión Social expresó que ha sido objeto de discusión judicial, durante largo el tiempo, el hecho de que se pacte un sueldo mensual que es muy pequeño.

(2) www.bcn.cl biblioteca congreso nacional, mensaje, historia de la ley 20.281, Boletín N° 5.433-13, Cuenta en Sesión 27, Legislatura 356, 13 de junio de 2008, p. 45-55.

Al respecto, la jurisprudencia está dividida: una parte señala que si hay un sueldo pactado mensual de, por ejemplo, \$6 mil, no se está en presencia de un trabajador remunerado exclusivamente por día, que es el requisito habilitante para acceder a la remuneración del día de descanso; otra parte declara que ese sueldo tan bajo constituye, en realidad, un fraude a la ley, por lo que debe de todos modos remunerarse el descanso al trabajador.”(3)

Posteriormente se de lugar a la indicación número 3, de Su Excelencia la señora Presidenta de la República, que incorpora, a continuación del número 2) del artículo único, el siguiente, nuevo:

“3) Agrégase en el inciso primero del artículo 45, a continuación del punto aparte (.) que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración: “Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos; pero, en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.””.

En votación la indicación número 3, fue aprobada por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Alvear y señores Allamand, Muñoz Aburto y Pérez Varela.(4)

La ley 20.281, fue aprobada con suma urgencia y por unanimidad del Parlamento; pero fue la segunda materia (semana corrida) la que provocó, luego de su aprobación una serie de polémicas y conflictos entre los distintos sectores del país: Por una parte, los empresarios veían que esta modificación significaría un mayor costo para ellos, por otra, el gobierno era categórico en señalar que no se producirían aumentos en las remuneraciones con la aplicación de esta ley. Los trabajadores en tanto, llamaban a defender lo que ya tenían ganado.

La ley que originalmente era llamada como “Ley de Sueldo Base” se conoció posteriormente como “Ley de Semana Corrida”, dada la polémica antes dicha, lo cual se explica, entre otras cosas, porque con la equiparación de sueldo base al ingreso mínimo mensual, no se aumentaron las remuneraciones como muchos trabajadores esperaban, pero sí con la modificación introducida a la semana corrida.

Antes de la reforma de la Ley 20.281, el beneficio de la semana corrida o “pago del séptimo día”, se otorgaba a aquellos trabajadores remunerados exclusivamente por día. Con la reforma, además de corresponderle a éstos, se extiende el beneficio a todos los trabajadores

(3) www.bcn.cl biblioteca congreso nacional, mensaje, historia de la ley 20.281, Boletín N° 5.433-13, Cuenta en Sesión 27, Legislatura 356, 13 de junio de 2008, p. 45-55.

(4) www.bcn.cl biblioteca congreso nacional, mensaje, historia de la ley 20.281, Boletín N° 5.433-13, Cuenta en Sesión 27, Legislatura 356, 13 de junio de 2008, p. 53.

remunerados por un sueldo base y por remuneraciones variables, es decir, a todos los que tengan un sistema de remuneración mixta.

En las páginas que siguen solo se analizará el beneficio de la semana corrida; su origen, evolución, aplicación y consecuencias.

Capítulo I. Antecedentes.

1.- Definición:

La semana corrida consiste en un derecho que tiene un dependiente para recibir el pago de su remuneración en dinero por los días domingo y festivos de una semana, siendo que en esos días no trabajó.

En la legislación chilena la semana corrida se encuentra en el artículo 45 del Código del trabajo: “El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá **derecho a la remuneración en dinero por los días domingos y festivos (...)**”.

Los Dictámenes de la Dirección del Trabajo, números 8.695/445 de 16.12.1986; 2.372/11 de 12.04.1995; 1983/82 de 28.03.1996; 339/27 de 30.01.2002 y 3.262/066 de 05.08.2008, entre otros, señalan que el beneficio de semana corrida establecido en el artículo 45 del Código del Trabajo, corresponde al “**derecho de pago de los días de descanso de que gozan los trabajadores cuyo sistema remuneracional les impide devengar remuneración por tales días**”.

2.- Naturaleza jurídica:

El pago del séptimo día se encuentra recogido en el artículo 45 del Código del Trabajo, se encuentra en el capítulo V “De las remuneraciones” del Título I del Libro I.

Se trata de un beneficio remuneratorio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41 del Código del Trabajo; de origen legal y se ha establecido como un derecho especial de carácter irrenunciable, mientras se encuentre vigente la relación laboral, de acuerdo a lo que dispone el inciso 2º del artículo 5º del Código del Trabajo.

3.- Origen histórico de la Ley:

Debemos remitirnos a 1914, año en que en Chile el día domingo fue declarado festivo, por tanto, era día de descanso obligado. (En las leyes indianas existían antecedentes de descanso dominical otorgado por motivos religiosos).

El problema se suscita con aquellos trabajadores que eran remunerados exclusivamente por día ya que éstos trabajadores solo ganaban remuneración por aquellos días en que prestaban sus servicios, sea por el valor del día o por la producción que generaban en ellos, así siendo el domingo festivo y teniendo descanso obligatorio para esa jornada, les resultaba imposible (en términos jurídicos) generar ganancia en esos días.

Años después, el 31 de julio de 1948 se dicta la Ley 8.961, que otorga el beneficio denominado semana corrida. Esta ley obligaba a los patrones al pago de los días domingos y festivos, tanto para los trabajadores con salario base, como para aquellos remunerados a trato, siempre y cuando dichos dependientes hubieren cumplido la jornada diaria completa de todos los días trabajados por la empresa o sección correspondiente en la semana respectiva, permitiéndose solo las inasistencias debidas a accidentes del trabajo.

El beneficio fue establecido, por una parte, con el objeto de favorecer a todos aquellos trabajadores cuyo sistema remuneracional les impedía devengar remuneración alguna por los días domingos y festivos, tales como los remunerados por unidad de pieza, medida u obra o exclusivamente en base a la producción que realicen. (5)

La historia del establecimiento de la disposición legal, que sirve para entender los fundamentos de la misma, se encuentra contenida, en parte, en la sesión ordinaria de la Cámara de Diputados N° 5, del año 1946, en el mensaje del anteproyecto de la ley, en el cual se expresa: *“Constituye una sentida aspiración de las clases trabajadoras del país el obtener que les sean cancelados los días domingo y feriados de la semana en la misma condición que si hubieren sido trabajados, pues en esta forma se subsanan los inconvenientes y sacrificios de diverso orden que les origina el hecho de no recibir remuneración en dichos días”*(6)

4.- Evolución de la Ley:

4.1.- Ley N° 8.961

La Ley N° 8.961, publicada el 31 de julio de 1948, fue la que reconoció el derecho al descanso pagado, la creadora del beneficio de la semana corrida. *“Se intercaló en el Código del Trabajo de 1931 como artículo 323, a continuación del que consagraba el descanso dominical y en los días de feriado legal”*(7)

(5)www.tiechile.cl “Origen histórico” (Intercambio Transnacional de Información, Transnational Information Exchange)

(6)<http://www.boletindeltrabajo.cl/OpenNews/asp/pagDefault.asp?argInstanciaId=1&argNoticiaId=210>

(7) Thayer, William y Novoa, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo, Chile, Ed. Jurídica, 2008,p.175.

Durante su tramitación parlamentaria quedó en claro que un objetivo perseguido por el legislador fue establecer un beneficio importante que compensara la falta de ingresos del trabajador retribuido por día, que por ejercer su derecho al descanso, no percibe pago alguno del empleador, esto es, el pago del día de descanso como si hubiera trabajado. Se establecieron, además, determinados requisitos que hacían procedente su pago, fundamentalmente orientados a incentivar la asistencia del trabajador a su empleo y al cumplimiento de la jornada diaria. En la sesión ordinaria del Senado N° 4, de 1948, se señaló: En realidad este proyecto tiene por objeto, “regularizar algo que ya está implantado en muchas industrias del país. Actualmente son innumerables las grandes empresas que tienen establecido el sistema de la semana corrida (...) En definitiva, no será oneroso para ellas, porque ésta es una ley compensativa, que significará una mayor producción, pues aquí se trata de estimular al obrero que trabajó, y en este sentido viene redactado el proyecto por la comisión informante”.(8)

De esta forma, el beneficio en estudio fue establecido en función de todos aquellos trabajadores cuyo sistema remuneracional les impedía devengar remuneración alguna por los días domingos y festivos, tales como los remunerados por fracción de tiempo inferior a un mes, a trato o por unidad de pieza, medida u obra.

De igual forma buscaba incentivar la concurrencia regular del trabajador a sus labores, de modo que si registraba inasistencias aunque fuera una, perdía el derecho al beneficio, intentándose evitar de esta forma el ausentismo laboral que perjudicaba a la empresa y también al propio trabajador.

Esta ley contemplaba como requisitos copulativos para su aplicación los siguientes:

- a) Haber cumplido la jornada diaria completa de todos los días trabajados por la empresa o sección correspondiente en la respectiva semana; y
- b) No registrar atrasos que excedan en total más de dos horas en una misma semana, ni más de cuatro en el mes calendario. (9)

(8) <http://www.boletindeltrabajo.cl/OpenNews/asp/pagDefault.asp?argInstanciaId=1&argNoticiaId=210>

(9) Dictamen ordinario N° 4859, de 20.07.98

4.2.- Ley N° 19.250

La Ley N° 19.250 de 1993, incorporó una interesante modificación a la Ley anterior. La norma original (N° 8.961), establecía una obligación básica para que un trabajador pudiera acceder al beneficio, esto es, asistir todos los días a su jornada laboral, quien así no lo hiciera, no tenía derecho a cobrar este beneficio.

Esta Ley eliminó, como condición esencial para obtener el pago de la semana corrida, el cumplimiento de todos los días trabajados.

Al eliminar este requisito alteró la base de cálculo del beneficio. Así, el nuevo “castigo” generado se estableció en el menor monto a percibir en caso de ausencias injustificadas del trabajador.

Eliminó también la exigencia de no registrar atrasos que excedan de dos horas a la semana o de cuatro horas en el mes calendarios, para tener el beneficio de la semana corrida.(10)

Se determina que por el hecho de que un trabajador se encuentre remunerado exclusivamente por día, tendrá derecho a la remuneración por los días domingos y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago.

De este modo se elimina la diferencia entre aquellos trabajadores remunerados en forma fija y los remunerados en forma variable. Mientras la Ley 19.250 estuvo en vigencia, el beneficio de la semana corrida sólo correspondía a los trabajadores cuya remuneración era devengada por día.

En términos simples, luego de la modificación introducida por la Ley 19.250, el escenario fue el siguiente:

- Los trabajadores que asistían a su jornada laboral semanal completa, percibirían semana corrida por el promedio del total de la producción (trato, tarifa, comisión, etc) que generaran por cada día trabajado.
- Los trabajadores que faltaban a uno o más días de trabajo, contando con una justificación legal para ello (permiso del empleador, permiso legal, vacaciones, licencia médica, etc.) percibirían semana corrida por el promedio del total de la producción (trato, tarifa, comisión, etc.) que generaran por cada día trabajado.

(10) Humeres Noguera, Héctor. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chile Ed. Jurídica, 2000, p.121.

- Los trabajadores que faltaban a uno o más días de trabajo, sin contar con una justificación legal para ello, percibirían semana corrida por el promedio del total de la producción (trato, tarifa, comisión, etc.) que generaran por cada día trabajado, pero calculado sobre el total de los días en que estaban obligados a prestar servicios.

4.3.- *Ley N° 20.281*

La Ley N° 20.281, fue publicada el 21 de julio de 2008. Esta ley modifica el Código del Trabajo en materia de salarios base, e implicó el reemplazo de la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo, la modificación del artículo 44 del cuerpo legal citado, un nuevo párrafo al inciso primero del artículo 45 del Código y el artículo transitorio, que otorga 6 meses a los empleadores a contar de la fecha de publicación de la ley para que realicen los ajustes que consideren necesarios para dar total cumplimiento a la ley. El plazo de 6 meses venció el 20 de enero de 2009, por lo tanto a contar del 21 de enero de 2009 la ley está vigente en su totalidad.

Así, la Ley contempla dos materias en su artículo único. La primera, dice relación con la equiparación del sueldo base con el ingreso mínimo mensual; la segunda, modifica el derecho a la semana corrida establecido en el artículo 45 del Código del Trabajo, ampliando el beneficio a un número importante de trabajadores: a aquellos con remuneración mensual y además a aquellos con remuneraciones variables que se devenguen en forma diaria.

Mientras la discusión de la ley se centró en el tema de la equiparación del sueldo base al ingreso mínimo mensual dando lugar a un amplio debate, parecía accesorio el derecho a la semana corrida. Es a partir del segundo trámite constitucional en el Congreso cuando entra a discusión. Discusión entre comillas pues el artículo introducido por la indicación N° 3 fue aprobado por unanimidad de los asistentes a la Comisión de Trabajo, sin formularse reparos.⁽¹¹⁾

Sin embargo, la modificación introducida al beneficio de la semana corrida fue lo que generó un sin número de reacciones en diversos grupos de la sociedad chilena, pasándose a denominar “Ley de Semana Corrida”.

Para un mejor entendimiento de la norma, es necesario revisar la situación previa a la dictación de la ley.

(11) Biblioteca del Congreso Nacional”Historia de la Ley, compilación de textos oficiales Ley 20.281”Comisión de Trabajo, Cámara de Diputados, Sesión 138, Legislatura 255, Boletín N° 5433-13-1.

5.- Situación previa a la Ley N° 20.281:

Debemos señalar que el escenario que encontramos antes de la dictación de la Ley, es el de un “mercado” de trabajo que se reordenó de manera abrupta durante los años de dictadura militar y de administración civil del régimen neoliberal, que trajo como práctica frecuente remunerar a los trabajadores privilegiando lo variable (bonos) por sobre lo fijo (renta base) (12)

Esta situación generó graves abusos, existiendo sectores donde se les pagaba a los trabajadores un sueldo base de 1.000 o 2.000 pesos mensuales. De esta manera se pagaba un sueldo base muy bajo y el resto, para enterar el ingreso mínimo, se hacía sobre la base de comisiones (variables abultadas).

Este simbólico monto de sueldo base tenía al menos dos repercusiones:

1. Determinaba la base de cálculo sobre la que se determinaba el valor de las horas extraordinarias trabajadas. Esta situación fue corregida por la ley 19.988 que determinó que la base de cálculo de la jornada extraordinaria trabajada no podía en ningún caso ser inferior al ingreso mínimo legal.(13)

2. Privaba a estos trabajadores del pago de semana corrida, ello porque el entonces artículo 44 del Código del Trabajo (hoy 45) señalaba en su encabezado que *“los trabajadores remunerados **exclusivamente por día** tendrían derecho al pago de la semana corrida (...)”* Así, bastaba con incluir un mínimo sueldo base mensual para eludir el pago de este beneficio. Esta “práctica” no era un hecho aislado, sino que era bastante generalizada sobre todo en el sector del comercio.

En el establecimiento de la Ley N° 20.281, se observa que este problema fue formulado a la Comisión del Trabajo por el Secretario General de la Consfecove (Confederación de Trabajadores del Comercio y Servicios), Leandro Cortez, quien planteó la propuesta de ampliar el beneficio de la semana corrida señalando que la equiparación del sueldo base al ingreso mínimo mensual, no bastaba para resolver el problema concreto que afectaba a los trabajadores remunerados con sueldos estructurados a partir de comisiones.

(12) www.tiechile.cl “Origen histórico” (Intercambio Transnacional de Información, Transnational Information Exchange)

(13) <http://www.diariooficial.cl/actualidad/20ulle/19988.html>

Leandro Cortez, señala: “Dichos sueldos mensuales no persiguen otra cosa que permitir a los empleadores aducir que los trabajadores comisionistas que los perciben son trabajadores remunerados con un estipendio fijo mensual, lo que los excluiría del beneficio contemplado en el artículo 45 del Código del Trabajo –semana corrida-. Así, a cambio de pagar un sueldo mensual insignificante, se ahorra el empleador el pago del beneficio denominado “semana corrida” que debería representar aproximadamente un 16,66% de los ingresos variables del trabajador comisionista, por lo que el establecimiento de un sueldo que sea a lo menos equivalente al ingreso mínimo, no soluciona el problema, por cuanto lo único que hace es consolidar el abuso, en la medida que ahora, con mejores argumentos, se continuará no pagando el beneficio del descanso del séptimo día a los vendedores. El sueldo que se establece no importará, por cierto, mejoría en las remuneraciones, por cuanto se faculta a las empresas para redefinir los porcentajes de comisiones, de manera tal que reduciéndolos quedan las remuneraciones totales en el mismo nivel anterior” (14)

Teniendo en cuenta que anteriormente el beneficio de la semana corrida estaba establecido solo a favor de los trabajadores que eran remunerados por día, o sea, por una remuneración que se devengaba ‘día a día’; se cometía el abuso por parte del empleador, tal como dijo el señor Cortez, de remunerar a los trabajadores con la siguiente fórmula: un sueldo base irrisorio mas un porcentaje de comisiones y de ésta forma, se elude la carga de pagar semana corrida. En este mismo sentido señala la doctrina: “No faltaron tal vez, algunos empleadores que fijaron en sus contratos un sueldo base pequeñito (2%, 5% o 10% de un ingreso mínimo), para que el trabajador respectivo perdiera el derecho a la semana corrida” (15)

6.- Modificación introducida al artículo 45 del Código del Trabajo:

Artículo 45, inciso primero: El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingos y festivos, la que equivaldrá al promedio devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana.

(14) Biblioteca del Congreso Nacional “Historia de la Ley, compilación de textos oficiales Ley 20.281” Comisión de Trabajo, Cámara de Diputados.

(15) Thayer, William y Novoa, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo, Chile, Ed. Jurídica, 2008, p.178.

‘Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero, en este caso, el promedio se calculará sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones’ (16)

Con la modificación, se consideran como beneficiarios del pago del séptimo día a quienes son remunerados con una remuneración compuesta de sueldo mensual y remuneración variable, tales como comisiones, tratos u otras; estableciendo respecto de estos trabajadores, que la base de cálculo del beneficio, será la parte variable de sus remuneraciones. Antes de la modificación los beneficiarios con el derecho de la semana corrida eran sólo los trabajadores remunerados exclusivamente por día. Ahora se aumenta significativamente a los posibles beneficiarios, toda vez que se incluye en éstos a quienes reciben una remuneración mixta y por ese solo hecho.

Se precisa que en este caso el cálculo de los respectivos días de descanso deberá efectuarse considerando exclusivamente el promedio de lo percibido por concepto de remuneraciones variables en el correspondiente período de pago.

Los beneficiarios, entonces, del pago del séptimo día son:

- a) Trabajador remunerado exclusivamente por día. Ya sean trabajadores remunerados con sueldo diario, como los que perciben remuneraciones variables diarias.
- b) Trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables.
- c) Siempre que estos trabajadores cumplan una jornada semanal de cinco o seis días.

Esto significa que efectivamente se amplía bastante el número de beneficiarios del derecho en comento ya que la mayoría de los trabajadores del país son remunerados de esta forma. A modo de ejemplo, les corresponde el derecho al pago del séptimo día a los trabajadores de casas comerciales y grandes tiendas (que generalmente son remunerados por día), los trabajadores de la construcción con tratos, trabajadores del transporte y en general, a cualquier trabajador que sea remunerado en alguna parte de su estructura remuneracional, con ingresos variables.

(16) –En ‘negro’- Indicación N° 3 que señala: Agréguese, en el inciso primero del artículo 45, a continuación del punto aparte, que pasa a ser punto seguido, la siguiente oración(...)

Cabe hacer presente que el concepto actual de semana corrida, al igual que su antecesora (ley 19.250), no establece como condición para que se haga efectivo el pago del séptimo día, el cumplimiento por parte del trabajador de la jornada diaria completa de todos los días que le corresponda laborar de acuerdo a lo pactado.

6.1.- Vigencia de la Ley N° 20.281:

La ley comenzó a aplicarse en forma gradual, de acuerdo con lo señalado en el artículo transitorio.

Artículo transitorio.- *“Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren pactado sueldos base inferiores a un ingreso mínimo mensual en los contratos de trabajo, sean estos individuales o producto de negociaciones colectivas, deberán, dentro de seis meses desde la entrada en vigencia de la presente ley, ajustar la diferencia entre el sueldo base convenido y el ingreso mínimo con cargo a los emolumentos variables, lo que deberá reflejarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.*

Este ajuste no podrá significar una disminución de las remuneraciones. Para estos efectos, se entenderá que hay una disminución de la remuneración cuando, una vez efectuado el ajuste, el trabajador percibiere una menor remuneración que la que habría percibido en las mismas condiciones, antes del ajuste.”

Distinguimos:

- Trabajadores que ya laboraban en la empresa al momento de la publicación de la ley:

Se otorgó al empleador un plazo máximo, de seis meses contado desde el 21 de julio de 2008 (fecha de publicación de la ley), para “ajustar” el sueldo base del trabajador, y así adecuar la estructura remuneracional de la empresa respecto a estos trabajadores. Ahora, la Dirección del Trabajo ha dicho que si el empleador efectúa el referido ajuste en materia de sueldo base antes del plazo de seis meses, deberá en la misma fecha comenzar a pagar el beneficio de la semana corrida. (17)

- Trabajadores contratados a partir del 21 de julio de 2008: Estos trabajadores tuvieron el derecho de exigir el pago del beneficio de la semana corrida desde la vigencia de sus respectivos contratos, es decir, desde la fecha de publicación de la ley.

(17) Dictamen Ord. N° 3.152/063 de 25.07.2008.

“Si bien, el texto expreso se refiere sólo a la obligación de ajuste del sueldo base al ingreso mínimo mensual, la obligación también se entiende aplicable a la semana corrida, ya que dicha remuneración también forma parte de la estructura remuneracional que el legislador quiso adecuar.”(18)

El plazo de seis meses concluyó el 21 de enero de 2009, por tanto el derecho ya es exigible por todos los beneficiarios al mismo.

Respecto a este “ajuste” en los contratos de los trabajadores, el profesor William Thayer, señala que “la norma transitoria que fija un plazo de seis meses para ajustar los contratos a las nuevas exigencias, sólo podrá aplicarse desahuciando o finiquitando los contratos de plazo indefinido o no renovando los de plazo fijo que venzan dentro de ese plazo. Pero no se puede expropiar sin acuerdo de las partes o por el procedimiento constitucional, un derecho adquirido y vigente por un plazo que exceda a los seis meses, que señala el artículo transitorio de la Ley N° 20.281.” (19)

6.2.- Requisitos para determinar la procedencia del beneficio de la semana corrida:

Está claro que los beneficiarios de derecho son aquellos trabajadores remunerados exclusivamente por día y aquellos remunerados por sueldo mensual y remuneraciones variables.

- El requisito común de estos trabajadores es que tenga una jornada semanal de 5 o 6 días, y
- Que la remuneración fija o variable se devengue día a día o bien, que el trabajador sea remunerado por un sueldo fijo y por remuneraciones variables.

Es irrelevante para determinar si procede o no este beneficio, el hecho que la remuneración se liquide y pague en forma mensual, ya que eso sólo dice relación con la periodicidad en que se efectúa el pago.

1.- Tener un jornada de 5 o 6 días a la semana: Este requisito lo ha señalado la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, en reiteradas oportunidades. A modo de ejemplo, el Dictamen Ord. N° 1.036/50 de 08.02.96, o el Ord. N° 1715/65 de 18.03.96, establecen que los trabajadores remunerados exclusivamente por día o

(18) (Planet Sepúlveda, Lucía. “Semana Corrida” Ed. Punto Lex, 2009, p. 36)

(19) Thayer, William y Novoa, Patricio. Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Jurídica, 2008, p.178.

sobre la base de tratos o incentivos diarios o comisión u otro estipendio que se devengue en forma diaria, contratados para prestar servicios en una jornada ordinaria de trabajo distribuida en menos de cinco días a la semana, no tienen derecho a percibir el pago del séptimo día.

2.- Que la remuneración se devengue día a día o, que el trabajador sea remunerado por un sueldo fijo y por remuneraciones variables:

a) Trabajadores que generan remuneración día a día: La Ley N° 19.250, de 1993, ya contemplaba el beneficio de la semana corrida para aquellos trabajadores remunerados exclusivamente por día. Al ser remunerados sólo por los días en que efectivamente prestan sus servicios, les era imposible percibir ingresos por los días domingo y festivos de la semana. Se contempla a:

- Los remunerados con sueldo diario

- Los remunerados con ingresos variables que se devenguen en forma diaria.

b) Trabajadores remunerados por sueldo mensual y remuneraciones variables: En lo que tenemos que enfocarnos es en el concepto de “remuneración variable”. La Dirección del Trabajo ha señalado que debe entenderse por remuneración variable a todo estipendio que, de acuerdo al contrato de trabajo y respondiendo al concepto de remuneración, implique la posibilidad de que el resultado mensual total sea desigual de un mes a otro. La disposición contenida en el inciso segundo del artículo 71 del Código del Trabajo, se refiere a ella en términos similares.(20)

Así, lo que caracteriza a una remuneración variable es que su pago queda subordinado al acaecimiento de determinados supuestos, que pueden ocurrir o no, o cuya magnitud es imprevisible, lo que en definitiva implica que el monto mensual total no sea constante entre un mes y otro. Por tanto, debe tratarse de un estipendio con carácter de remuneración y que implique, la posibilidad de que el resultado mensual total sea distinto de un mes a otro. El artículo 45 del Código del Trabajo, establece una enunciación meramente ejemplar con la expresión “tales como comisiones o tratos”, existiendo muchas otras remuneraciones que por su naturaleza tienen el efecto de modificar de un mes a otro el monto de la remuneración que debe percibir el trabajador.

(20) Artículo 71 inciso 2° 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”.

6.3.- *Trabajadores exceptuados del beneficio de la semana corrida:*

No son beneficiarios de la semana corrida los trabajadores que no reúnen las características del artículo 45 del Código del Trabajo, esto es:

a) Los trabajadores que son remunerados únicamente con sueldo fijo mensual: Según el dictamen de la Dirección del Trabajo N° 3.953/077, de 16 de septiembre de 2008, no tienen derecho a percibir pago del séptimo día. “(...) sólo los trabajadores afectos a un sistema remuneracional constituido por sueldo mensual no tienen derecho al beneficio de la semana corrida, ello por cuanto conforme a la nueva normativa, aquellos remunerados exclusivamente por día y quienes se encuentren afectos a un sistema remuneracional mixto, esto es, constituido por un sueldo mensual y remuneraciones variables, si tienen derecho al citado beneficio con la única variante entre ellos de la base de cálculo del mismo.” El artículo 45 no los incluye, la razón está dada por que al recibir una remuneración mensual, se entiende que en ella se comprenden tanto el pago de los días trabajados como el pago de los días domingos y festivos.

b) Los trabajadores que tienen una jornada inferior a cinco días semanales: Según varios dictámenes de la Dirección del Trabajo, señalan categóricamente que quedan excluidos del beneficio de la semana corrida. Por ejemplo, el Dictamen N° 339/27 de 30 de enero de 2002, señala: “ En lo que respecta a semana corrida, tendrán derecho a este beneficio aquellos trabajadores que, cumpliendo con los requisitos previstos por el artículo 45 del Código del Trabajo, tengan una jornada parcial distribuida en cinco o seis días a la semana. Por el contrario, no les asistirá tal derecho a quienes tengan distribuida la misma en un número de días inferior a cinco (...)”. En el mismo sentido lo establece el reciente Dictamen N° 3.262/066 de 05.08.2008.

Capítulo II : Dictámenes de la Dirección del Trabajo.

Un cosa es clara, la Ley N° 20.281, en materia de semana corrida, efectivamente significa un incremento del costo de remuneraciones para los empleadores. Esto ha generado una serie de críticas y cuestionamientos sobre el alcance de la norma por parte del sector empresarial. El gobierno, ha tratado de atenuar el efecto de la ley por vía de la dictación de un conjunto de Ordinarios de la Dirección Nacional del Trabajo, pretendiendo establecer premisas interpretativas de las normas sobre semana corrida, extendiendo los términos de la ley, lo cual puede ser absolutamente desconocido por un tribunal a la hora de conocer un pleito, lo que genera sin duda un grado de incerteza importante.

El sector empresarial y la oposición, consideraban que la mejor solución era emitir una ley interpretativa; señalan que “la ley de semana corrida se trata de un error involuntario que se soluciona con una ley interpretativa y no con un dictamen.” (21) Para ellos el pago de semana corrida a que obliga la nueva ley es un “aumento importante de costos -del 10 al 20%- que obligará a disminuir personal”, dicen.

El cuestionamiento del sector empresarial a la interpretación por vía administrativa se debe a que como los dictámenes son instrumentos de naturaleza meramente administrativa, pueden carecer de eficacia en los procesos desarrollados ante los tribunales de justicia.

El presidente de la CUT Arturo Martínez, por su parte, expresó su rechazo a cualquier interpretación de la norma y recaló que la ley es clara, por lo que se debe aplicar. “Aquí hay una norma que se debe respetar y aplicar. La Dirección del Trabajo no puede interpretar a través de dictámenes, porque la ley es clara (22)

Finalmente la “solución” administrativa fue ratificada por el ex Ministro del Trabajo Osvaldo Andrade y contó con el respaldo del Gobierno. El Ministro de Hacienda, Andrés Velasco, señaló que “cualquier ambigüedad en la interpretación puede y debe corregirse por la vía del dictamen respectivo (...) no hay, y nunca fue la intención del Ejecutivo y así lo dejamos en claro distintos ministros, legislar un incremento de salarios para aquellas personas que ganan por sobre el mínimo.” (23)

(21) Declaración de Abogado Álvaro Pizarro en http://www.olach.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=1465&Itemid=87

(22) http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080815/pags/20080815185837.html. Sitio web Diario La Nación. 16.08.2008.

(23) <http://eldetallista.cl/portal/econom> a/sueldo base y semana corrida indicacion de Andrade se lo puede corregir

El gobierno ha terminado por quedarse con el criterio de que "se aplique la ley" y después "ir resolviendo caso a caso" o a través de dictámenes a petición de las partes. En fin, la alternativa por la que se optó fue la que parecía tener menores costos políticos para el gobierno de turno.

El primer dictamen, luego de la publicación de la Ley N° 20.280, aplazó su entrada en vigencia por seis meses; el segundo dictamen eliminó de la base de cálculo todas las remuneraciones que se devenguen en forma colectiva; y finalmente, se decidió no considerar toda la remuneración variable individual para el pago de este beneficio, sino sólo el excedente que resulte después de sumar el salario base al variable. Estos dictámenes han sido bastante cuestionados.

1.- Dictamen Ord. N° 3152/063 de 25 de julio de 2008. (24)

Este primer dictamen fija el sentido y alcance de los artículos 42 a), 44 y 45 del Código del Trabajo, en el texto fijado por la Ley 20.281 y de su artículo transitorio.

Este dictamen aplaza la entrada en vigencia de la ley, extendiéndola a seis meses desde la publicación de la misma.

ORD N° 3152/063 *“Por necesidades del servicio se ha estimado necesario fijar el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en el artículo único y transitorio de la ley N° 20.281. El artículo único de la ley precitada, en su número 1), modifica la letra a) del artículo 42 del Código del Trabajo:*

"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 el artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier

(24)<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95802.html>

*medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectuare descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. (...)”*A su vez, los incisos primero y tercero del artículo 44 del Código del Trabajo, en su nuevo texto fijado por el artículo único, N° 2 de la ley 20.281 establece:

"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."

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

"Del análisis conjunto de los preceptos legales citados se infiere, en primer término, que el legislador ha establecido un nuevo concepto de sueldo, asimilándolo al sueldo base, precisando que tal estipendio es de carácter obligatorio y no podrá ser inferior al valor fijado para un ingreso mínimo mensual, cuando se ha convenido la jornada ordinaria máxima legal prevista en el inciso 1° del artículo 22 del Código del Trabajo, vale decir, 45 horas semanales.(...)"

"Para una mayor comprensión de la nueva normativa, se ha estimado necesario efectuar las siguientes precisiones:

1.1 Nuevo concepto de sueldo:

Constituye un piso remuneracional para el trabajador por el cumplimiento de una jornada ordinaria de trabajo, sea ésta la máxima legal o una inferior, estipendio éste que, como ya se ha expresado, no puede ser inferior al monto de un ingreso mínimo mensual o a la proporción de éste, tratándose de jornadas parciales de trabajo.(...)"

Según lo manifestado por el Ejecutivo, "los elementos de la prestación de servicios, desde la perspectiva de las remuneraciones son dos: el cumplimiento de la jornada y la productividad del trabajador", agregando que "el sueldo o estipendio fijo que percibe el trabajador, corresponde al tiempo de prestación de sus servicios en la empresa es decir, a la remuneración que tiene como correspondencia la prestación de los servicios en una jornada ordinaria pactada, dejando a otros elementos la compensación por la productividad del trabajador, dicho preliminarmente, si el sobresueldo es la compensación por una mayor jornada que la ordinaria -jornada extraordinaria-, forzoso es concluir que el sueldo es la contraprestación de los servicios prestados dentro de la jornada ordinaria de trabajo. Expresado de otra forma, enfatiza el Ejecutivo, el sobresueldo hace sentido a la jornada extraordinaria, tanto como el sueldo hace sentido a la jornada ordinaria."

Se expresa que el cambio legal propuesto apunta a determinar que el sueldo base que percibe el trabajador por sus servicios no puede ser inferior al mínimo legal, "sin perjuicio de que el resto de la remuneración se componga de elementos variables, que, en forma de incentivo recompensen una mayor productividad o mayores ventas o bien, un mejor aporte del trabajador al crecimiento de las utilidades de la empresa".

Una remuneración puede ser calificada como 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.(...)*

2.- INCIDENCIA DE LA NUEVA NORMATIVA SOBRE SUELDO BASE EN EL ACTUAL SISTEMA REMUNERACIONAL DE LOS TRABAJADORES(AS)

Para los señalados efectos, se hace necesario efectuar las siguientes distinciones:

2.1 Situación de los trabajadores (as) que a la entrada en vigencia de la ley N° 20.281, estén afectos exclusivamente a un sistema remuneracional de carácter fijo conformado por un sueldo base de monto inferior al ingreso mínimo mensual, más otros estipendios del mismo carácter.

Los trabajadores que se encuentran en tal situación, tendrán derecho a percibir un sueldo base no inferior al valor del ingreso mínimo mensual, el cual, como ya se dijera podrá ser enterado considerando todos los estipendios que reúnan las condiciones que permitan calificarlos como tal.

De este modo, y a vía ejemplar, un trabajador que está afecto a un sueldo equivalente a \$ 100.000 y que además percibe mensualmente un bono fijo nocturno de \$ 30.000 y otro de \$ 29.000 por puntualidad, con los cuales se completa el monto de \$ 159.000, equivalente al valor del ingreso mínimo mensual, actualmente vigente, no tiene derecho a exigir que el sueldo pactado, ascendente a \$100.000, se incremente en \$ 59.000, toda vez, que como ya se expresara, con los bonos fijos que percibe mensualmente se entera el valor de dicho ingreso mínimo.

2.2. Situación de los trabajadores (as) que a la entrada en vigencia de la ley N° 20.281 estén afectos a un sistema remuneracional exclusivamente variable o tengan pactado un sueldo o sueldo base inferior al Ingreso Mínimo Legal, más estipendios variables.

El sueldo base fijado por el nuevo artículo 42 a) del Código del Trabajo, tiene carácter obligatorio, de suerte tal, que cualquiera que sea el sistema remuneracional a que esté afecto el trabajador, éste tendrá necesariamente que contemplar un sueldo base no inferior a un ingreso mínimo mensual.

Precisado lo anterior, cabe señalar que el artículo transitorio de la ley N° 20.281, establece:

"Los empleadores que a la fecha de entrada en vigencia de esta ley hubieren pactado sueldos base inferiores a un ingreso mínimo mensual en los contratos de trabajo, sean éstos individuales o producto de negociaciones colectivas, deberán, dentro de seis meses desde la entrada en vigencia de la presente ley, ajustar la diferencia entre el sueldo base convenido y el ingreso mínimo con cargo a los emolumentos variables, lo que deberá reflejarse en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

Este ajuste no podrá significar una disminución de las remuneraciones. Para estos efectos, se entenderá que hay una disminución de la remuneración cuando, una vez efectuado el ajuste, el trabajador percibiere una menor remuneración que la que habría percibido en las mismas condiciones, antes del ajuste".(...)

La Dirección opina que esta disposición resulta también aplicable respecto de aquellos que a esa fecha hubieren convenido remuneraciones exclusivamente variables.

3.- MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 45, INCISO 1° DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

El Artículo único N° 3 de la ley N° 20.281, modifica el inciso 1° del artículo 45 del Código del Trabajo, en los términos siguientes:

"El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero, en este caso, el promedio se calculará solo en relación a la parte variable de sus remuneraciones."

Así, los trabajadores remunerados exclusivamente por día, tienen derecho a percibir por los días domingo y festivos o por los días de descanso compensatorio, según corresponda, una remuneración equivalente al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago. El legislador, a través de la modificación introducida por la ley N° 20.281, ha ampliado el ámbito de aplicación de esta norma, haciéndola extensiva a trabajadores afectos a un sistema remuneracional mixto integrado por sueldo mensual y remuneraciones variables, precisando que en este caso el cálculo de los respectivos días de descanso deberá efectuarse considerando exclusivamente el promedio de lo percibido por concepto de remuneraciones variables en el correspondiente período de pago.”

4.- INCIDENCIA DE LA NUEVA NORMATIVA SOBRE SEMANA CORRIDA EN EL ACTUAL SISTEMA REMUNERACIONAL DE LOS TRABAJADORES (AS)

Para los efectos señalados, se hace necesario distinguir las siguientes situaciones:

4.1 Situación de los trabajadores (as) que a la entrada en vigencia de la ley N° 20.281, estén afectos a un sistema remuneracional mixto

Respecto de la nueva normativa sobre semana corrida, rige en plenitud lo dispuesto en el artículo transitorio, el cual otorga a los empleadores un plazo de seis meses a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley, para efectuar el ajuste de remuneraciones a que dicha norma se refiere.

“Ahora bien, si consideramos que dicha estructura remuneracional puede estar integrada tanto por componentes fijos como variables, resulta indudable que la modificación de los primeros incide sobre los segundos, emolumentos estos últimos sobre cuya base deberá efectuarse el cálculo de la semana corrida.

En efecto, si se tiene presente la finalidad perseguida por el legislador al establecer el plazo que nos ocupa, cual es, permitir una adecuación gradual de la estructura remuneracional de los dependientes a la nueva normativa, aparece claro que dicho plazo debe regir también respecto del beneficio de semana corrida, el cual, también constituye una remuneración que conforma dicha estructura.”

“En lo referido a la semana corrida, el plazo de seis meses antes mencionado sólo rige para los efectos de determinar la fecha en que ha de comenzar a pagarse dicho estipendio a aquellos dependientes que perciben una remuneración mixta y que por efecto de la modificación introducida accedieron a tal beneficio, pero no para efectuar ningún ajuste unilateral del monto de las remuneraciones variables - base de cálculo de la semana corrida-

que afecte el pago de este beneficio, salvo el ajuste ya explicado, relacionado con la equiparación del sueldo base al ingreso mínimo, cuando ello sea procedente, y sólo en el sentido indicado.

4.2 Situación de los trabajadores (as) que a la entrada en vigencia de la ley N°20.281, estén afectos a un sistema exclusivamente variable

Por último, es preciso señalar, que en el caso de trabajadores remunerados exclusivamente en forma variable, y que de conformidad a lo dispuesto, tanto por el antiguo como por el nuevo inciso primero del artículo 45, del Código del Trabajo, estaban y están afectos al pago de la semana corrida, dicho pago debe continuar realizándose en la misma forma en que se venía haciendo”.

2.- Dictamen Ord. N° 3262/066 de 05 de agosto de 2008. (25)

Este dictamen tiene por objeto determinar los estipendios que deben conformar la base de cálculo del beneficio de la semana corrida regulado en el artículo 45 del Código del Trabajo. Señala que para tales efectos deberán considerarse los estipendios fijos o variables que reúnan los requisitos analizados en el cuerpo del mismo. Hace alusión al espíritu de la ley, señalando que la normativa no pretendió en caso alguno, modificar o aumentar la base de cálculo de la semana corrida.

Establece requisitos copulativos para considerar que un estipendio tiene la calidad para ingresar a la base de cálculo de la semana corrida.

Exige que revista el carácter de remuneración; que ésta se devengue diariamente; y que se trate de una remuneración principal y ordinaria.

Además excluye de la base de cálculo del beneficio, todas las remuneraciones determinadas mensualmente sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de los trabajadores. (gran favor para los empresarios)

ORD N° 3262/066 *“Por necesidades del Servicio se ha estimado necesario precisar los estipendios que deben conformar la base de cálculo del beneficio de semana corrida, tras la modificación introducida al artículo 45 del Código del Trabajo, por la ley N° 20.281. Sobre el particular, cabe informar a Ud. lo siguiente:*

El texto actual del citado artículo 45, es el siguiente:

"El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o trato, pero, en este caso, el promedio se calculará solo en relación a la parte variable de sus remuneraciones."

"No se considerarán para los efectos indicados en el inciso anterior las remuneraciones que tengan carácter accesorio o extraordinario, tales como gratificaciones, aguinaldos, bonificaciones u otras."

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

"Lo dispuesto en los incisos precedentes se aplicará, en cuanto corresponda, a los días de descanso que tienen los trabajadores exceptuados del descanso a que se refiere el artículo 35".

El legislador entonces amplía el beneficio de semana corrida, considerando ahora a trabajadores afectos a un sistema remuneracional mixto integrado por sueldo mensual y remuneraciones variables, precisando que en este caso el cálculo de los respectivos días de descanso deberá efectuarse considerando únicamente el promedio de lo percibido por concepto de remuneraciones variables en el correspondiente período de pago.

Por otra parte, cabe señalar que si no se hubiera modificado el artículo 45, en los términos ya señalados, los trabajadores que tenían derecho a semana corrida, habrían perdido dicho beneficio, por cuanto, en el nuevo sueldo base mensual consagrado por la ley, se entendería comprendido el pago de los días domingo y festivos o los días de descanso compensatorios, según correspondiera, desapareciendo prácticamente con ello la institución de la semana corrida.

Lo anterior permite sostener, que la modificación, si bien extiende el beneficio en análisis a los trabajadores con remuneración mixta, no pretendió en caso alguno, modificar o aumentar la base de cálculo de la semana corrida.

Precisado lo anterior, cabe señalar que de acuerdo al artículo 45, el primer requisito que debe reunir un estipendio para integrar dicha base de cálculo, es que el mismo revista el carácter de remuneración. Al respecto, es necesario tener presente que el artículo 41 del Código del Trabajo, preceptúa:

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

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

De la disposición fluye que, no revisten el carácter de remuneración, aquellas contraprestaciones a que se refiere el inciso segundo de dicha norma, esto es, las que a continuación se indican:

- a) Asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación,*
- b) Las prestaciones familiares otorgadas por ley,*
- c) Los viáticos,*
- d) La indemnización legal por años de servicio y aquellas que proceda pagar al término de la relación laboral, y*
- e) En general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo.*

Acorde a lo expresado, preciso es convenir que para determinar la base de cálculo de la semana corrida sólo procede considerar aquellos emolumentos que pueden ser calificados como remuneración en los términos del inciso 1º del artículo 41, debiendo excluirse todos aquellos que de acuerdo al inciso 2º del mismo precepto no revisten tal carácter.

Ahora bien, para precisar qué remuneraciones deben integrar la base de cálculo del beneficio, se hace necesario efectuar la siguiente distinción:

1.- Remuneraciones de carácter fijo:

Se considera remuneración fija tanto aquella cuyo monto se encuentra preestablecido en el contrato de trabajo, como aquella en que éste puede ser determinado de acuerdo a las bases numéricas consignadas en el mismo instrumento.

Ahora bien, conforme a lo prescrito por el citado artículo 45, una remuneración de tal naturaleza deberá considerarse para determinar la base de cálculo de la semana corrida

cuando reúna los siguientes requisitos:

1-1 Que sea devengada diariamente y

1-2 Que sea principal y ordinaria

1.1 En relación con este requisito, debe entenderse que cumple tal condición aquella que el trabajador incorpora a su patrimonio día a día, en función del trabajo diario, esto es, la remuneración que tiene derecho a percibir por cada día laborado, sin perjuicio de que su pago se realice en forma mensual.

1.2 En lo que respecta a este segundo requisito, pueden ser calificadas como principales u ordinarias aquellas que subsisten por sí mismas, independientemente de otra remuneración.

Acorde a ello, forzoso es convenir que sólo corresponde incluir en la base de cálculo del beneficio de que se trata las remuneraciones fijas que revistan el carácter de principales y ordinarias, no procediendo considerar para tales efectos aquellas que la ley expresamente excluye, esto es, las de carácter accesorio, que son aquellas incapaces de subsistir por sí mismas, que van unidas a la remuneración principal, que dependen de ella y que son anexas o secundarias. Tampoco procede incluir las remuneraciones de carácter extraordinario, definidas por este Servicio como aquellas excepcionales o infrecuentes.

De acuerdo a los señalados requisitos, corresponderá considerar el sueldo base diario en la base de cálculo de la semana corrida, por ser éste un estipendio que se devenga en forma diaria y constituir una remuneración principal, toda vez que subsiste por sí mismo, en forma independiente de toda otra remuneración. En la misma situación se encontraría un bono fijo por turno nocturno, en la medida que el trabajo nocturno se realice en forma permanente, sea porque se labore siempre en dicho horario o bien, a través de turnos nocturnos rotativos preestablecidos.

Por el contrario, no procedería considerar para determinar la aludida base de cálculo, un bono de antigüedad de carácter mensual pactado como un porcentaje del sueldo base, atendido que no cumple ninguno de los requisitos precedentemente analizados. Tampoco procedería considerar para los señalados efectos, los aguinaldos de navidad y fiestas patrias, puesto que dichos emolumentos son excepcionales e infrecuentes.

2.- Remuneraciones Variables .

“Debe entenderse por remuneración variable todo estipendio que, de acuerdo al contrato de trabajo y respondiendo al concepto de remuneración, implique la posibilidad de que el

resultado mensual total sea desigual de un mes a otro.

La doctrina precitada encuentra su fundamento en la disposición contenida en el artículo 71, inciso 2º, del Código del Trabajo.

Ahora bien, las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida, deberán reunir los siguientes requisitos: Que sea devengada diariamente, y que sea principal y ordinaria.

“Lo anteriormente expuesto determina que no deberán considerarse para establecer la base de cálculo del beneficio en comento, aquellas remuneraciones que aun cuando revisten la condición de variables, no se devengan diariamente en los términos antes expresados, como ocurriría, si ésta se determina mensualmente sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de todos los trabajadores, como sucedería por ejemplo, en el caso de una remuneración pactada mensualmente en base a un porcentaje o comisión calculada sobre la totalidad de los ingresos brutos de una empresa o establecimiento de ésta.”

La jurisprudencia administrativa de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s 8695/445, de 16.12.86, 6124/139, de 24.08.90, y 2372/111, de 12.04.95 ha resuelto que no tienen derecho al beneficio de semana corrida, aquellos trabajadores que tienen pactadas comisiones mensuales en base a un porcentaje de la venta neta efectuada por el establecimiento en un determinado mes, las cuales se reparten proporcionalmente entre todos los vendedores.

3.-Situación de los trabajadores que tienen pactada una jornada en menos de cinco días.

" Los trabajadores remunerados exclusivamente por día, contratados para prestar servicios en una jornada ordinaria de trabajo distribuida en menos de cinco días a la semana no tienen derecho a percibir remuneración por los días domingo y festivos en los términos previstos en el artículo 45 del Código del Trabajo"(...)

3.- Dictamen Ord. N° 3953/077 de 16 de septiembre de 2008.(26)

Este dictamen trata sobre la procedencia de la semana corrida y sobre la base de cálculo de la

(26) <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95945.html>

misma, reduciendo el escenario. Señala que sólo debe comprender las remuneraciones de carácter variable para los trabajadores con remuneración mixta. Se dicta en respuesta a la consulta sobre realizada por el señor Juan Araya Jofré, presidente y en representación de la CNDC (Confederación Nacional de Dueños de Camiones), si resulta aplicable a los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana afectos a un sistema remuneracional mixto, integrado por un sueldo mensual y porcentaje o comisión por flete, las nuevas normas sobre semana corrida incorporadas por la Ley N° 20.281.

Este dictamen también señala respecto a la base de cálculo, que no se considera la totalidad de la remuneración variable individual para el pago de este beneficio, sino sólo el excedente que resulte después de sumar el salario base al variable.

Se pronuncia, a su vez, sobre el sentido de los requisitos de procedencia del beneficio: “es posible sostener que la procedencia del derecho en comento ha sido subordinada por el legislador únicamente al sistema remuneracional del dependiente, prescindiendo de toda otra consideración como sería, por ejemplo, la periodicidad con que sean pagadas las remuneraciones.”

ORD.: N° 3953/077 *“Mediante presentación citada en el antecedente 3) esa Confederación solicita un pronunciamiento de esta Dirección tendiente a determinar que a los choferes de transporte de carga terrestre interurbana no les es aplicable el sistema de semana corrida, contemplado en el artículo 45 del Código del Trabajo, ni la modificación introducida por la Ley N°20.281, a dicho respecto.*

Agrega la Confederación recurrente, que el fundamento de la solicitud precedente radica, por una parte, en el principio de especialidad aplicable al artículo 25 bis del referido Código y, por otra, en la necesaria distinción que debe efectuarse entre el período de pago y el tipo de jornada. En el caso del artículo 25 bis la jornada es mensual y no semanal y el número de días a trabajar está determinado por el legislador como un mínimo de 21 días al mes y no a la semana.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El inciso 1° del nuevo artículo 25 bis del Código del Trabajo dispone:

"La jornada ordinaria de trabajo de choferes de vehículos de carga terrestre interurbana, no excederá de ciento ochenta horas mensuales, la que no podrá distribuirse en menos de veintiún días. El tiempo de los descansos a bordo o en tierra y de las esperas a bordo o en el lugar de trabajo que les corresponda no será imputable a la

jornada, y su retribución o compensación se ajustará al acuerdo de las partes. La base de cálculo para el pago de los tiempos de espera, no podrá ser inferior a la proporción respectiva de 1,5 ingresos mínimos mensuales. Con todo, los tiempos de espera no podrán exceder de un límite máximo de ochenta y ocho horas mensuales."

De la norma legal transcrita se tiene, en la parte que para estos efectos interesa, que los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana se encuentran afectos a una jornada ordinaria de trabajo de 180 horas mensuales cuya distribución no puede ser inferior a 21 días al mes.

Por su parte, el actual inciso 1º del artículo 45 del Código del Trabajo, expresa:

"El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente debió laborar en la semana. Igual derecho tendrá el trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos, pero, en este caso, el promedio se calculará solo en relación a la parte variable de sus remuneraciones."

A su vez, el inciso final del mismo artículo, previene:

"Lo dispuesto en los incisos precedentes se aplicará, en cuanto corresponda, a los días de descanso que tienen los trabajadores exceptuados del descanso a que se refiere el artículo 35".

Del análisis armónico de las disposiciones legales transcritas se colige que los trabajadores remunerados exclusivamente por día, tienen derecho a percibir por los días domingo y festivos o por los días de descanso compensatorio, según corresponda, una remuneración equivalente al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago.

El legislador, ha ampliado el ámbito de aplicación de dicha norma, haciéndola extensiva a trabajadores afectos a un sistema remuneracional mixto integrado por sueldo mensual y remuneraciones variables.

Conforme a la nueva normativa, aquellos remunerados exclusivamente por día y quienes se encuentren afectos a un sistema remuneracional mixto, esto es, constituido por un sueldo mensual y remuneraciones variables, tienen derecho al citado beneficio con la única variante entre ellos de la base de cálculo del mismo, así, en el primero la remuneración por los días domingo y festivos o descansos compensatorios equivale al promedio de lo devengado por remuneraciones diarias en el respectivo período de pago, y en el segundo el promedio se calcula sólo respecto de la parte variable de las remuneraciones.

De esta manera , entonces , es posible sostener que la procedencia del derecho en comento ha sido subordinada por el legislador únicamente al sistema remuneracional del dependiente, prescindiendo de toda otra consideración como sería , por ejemplo, la periodicidad con que sean pagadas las remuneraciones.

Por lo tanto, posible resulta afirmar que en el caso de trabajadores remunerados por sueldo base mensual y remuneraciones variables, por cuya situación se consulta, éstos tendrían derecho al pago de la semana corrida, en la medida que su remuneración variable se devengue cada día trabajado. Conclusión que no se vería alterada por el hecho de que se les liquide y pague en forma mensual, ya que ello sólo constituye, la periodicidad con que se efectúa el pago.

Considerando que los trabajadores de que se trata, esto es, choferes de vehículos de carga terrestre interurbana, se encuentran afectos a un sistema remuneracional mixto y, por ende, con derecho al beneficio de la semana corrida, es necesario tener en cuenta lo señalado en el dictamen N°3262/66 de 05.08.08 referente a la base de cálculo del mismo.

Los trabajadores de que se trata tienen un sistema de remuneraciones de carácter mixto, por tanto, el beneficio de la semana corrida debe calcularse sólo respecto de los emolumentos variables.

(...) En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa y consideraciones efectuadas cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

1.- Resulta aplicable a los choferes de vehículos de carga terrestre interurbana afectos a un sistema remuneracional mixto integrado por sueldo mensual y porcentaje o comisión por flete las nuevas normas sobre semana corrida incorporadas al artículo 45 del Código del Trabajo por la ley N°20.281.

2.- La base de cálculo de la semana corrida, en el caso de los trabajadores indicados en el punto 1) precedente, sólo debe comprender las remuneraciones de carácter de variable, esto es, el porcentaje o comisión por flete excluida la compensación por los tiempos de espera.”

4.- Dictamen Ord. N° 0110/001 de 08 de enero de 2009.⁽²⁷⁾

Este dictamen da respuesta a la presentación realizada por el presidente de la CNC (Cámara Nacional de Comercio, Servicios y turismo de Chile), Alberto Finlay. Se refiere a la

posibilidad de realizar un procedimiento de cálculo mensual de la semana corrida, y si dicha operación se efectúa antes o después de los ajustes que establece la Ley N° 20.280. El dictamen señala que “no existe inconveniente para efectuar el cálculo del promedio a que alude el inciso 1° del artículo 45 del Código del Trabajo en forma mensual, en el evento de que éste no pudiere realizarse semanalmente.”

Indica que para los efectos de determinar la base de cálculo del referido beneficio, respecto de trabajadores afectos a un sistema remuneracional mixto conformado por un sueldo base de monto inferior a un ingreso mínimo mensual y remuneraciones variables, deberá considerarse sólo el monto resultante del componente variable, después de efectuar el ajuste a que alude el artículo transitorio de la Ley N° 20.280, “de lo contrario el trabajador se vería doblemente beneficiado”

Esto generó la reacción inmediata del sector de los trabajadores, quienes denunciaban que se pretendía morigerar por vía de jurisprudencia administrativa el efecto establecido por una fuente legal. “Esto, porque el empresario coincidió en el sentido de que la resolución aclara ‘aspectos administrativos’ en materia de aplicación, de hecho se mostraron conformes con el contenido del mismo. Sin embargo la reacción en la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) fue inmediata y a tan solo a minutos de que se publicara el dictamen solicitaron su nulidad.”
(28)

El Secretario General de la Confescove, Leandro Cortez, señaló que “el texto original de la ley no hacía ninguna distinción entre remuneración variable total y remuneración variable excedente. Con este dictamen, la Dirección del Trabajo está co-legislando, que es justamente lo que le criticaban los empresarios. A los trabajadores mas pobres les sacan la plata del bolsillo derecho y se la meten en el izquierdo”⁽²⁹⁾

(27) <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96236.html>

(28) http://diariofinanciero.cl/porta2/content/df/ediciones/20090115/cont_102798.html 15.01.2009. Diario Financiero on-line

(29) http://diaio.elmercurio.com/2009/01/15/economia_y_negocios/economia_y_negocios/noticias/CA89E52-F802-4F42-BCBF-7C086071C8D7.htm?id={CA89E52F-F802-4F42-BCBF-7C086071C8D7} 15.01.09. El Mercurio on-line

El sector empresarial tampoco estaba totalmente conforme con este dictamen, así lo expresaron en un comunicado conjunto la CPC (Confederación de Producción y Comercio) y la Conapyme (Confederación Nacional de Pequeña y Mediana Empresa): “Insistimos en afirmar que los errores en esta ley no se corrigen con los dictámenes emitidos por la Dirección del Trabajo en lo que se refiere a la semana corrida. Estos últimos, si bien precisan sus alcances y mecanismos de cálculo, no solucionan el problema de fondo”. A su vez, señalaron que la “polémica norma perjudicará, además, una sana tendencia que existe en muchos ámbitos que consiste en premiar el desempeño individual y la productividad de los trabajadores, principalmente en las empresas más pequeñas, tan necesarios en tiempos donde la competitividad de Chile se pondrá a prueba. Esta ley no contribuye a profundizar los objetivos del trabajo decente en Chile”

Ord. N° 0110/001:

1.- “Requiere pronunciarse sobre si el cálculo de la semana corrida correspondería hacerlo de manera mensual.

Sobre esta materia cabe consignar lo establecido en el artículo 45 del Código del Trabajo(...)

De las disposición legal citada, se colige que los trabajadores remunerados exclusivamente por día tienen derecho a percibir por los días domingo y festivos o por los días de descanso compensatorio, según el caso, una remuneración equivalente al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago.

Acorde a lo expresado, el procedimiento para determinar el promedio a que alude el precepto, es el siguiente:

- a) Deben sumarse todas las remuneraciones diarias, fijas o variables, según corresponda, devengadas por el trabajador en la respectiva semana y,
- b) El resultado de dicha suma debe dividirse por el número de días que el trabajador legalmente debió laborar en el referido período semanal.

Para determinar el número de días por el cual corresponde dividir el resultado obtenido en virtud de lo señalado en la letra a) precedente, deberá atenderse, no sólo al número de ellos en que se encuentre distribuida la respectiva jornada semanal, sino que, además, a los días que, de acuerdo a dicha distribución, el dependiente haya estado legalmente obligado a prestar servicios.

Ahora bien, no obstante que del tenor literal del inciso 1° del artículo 45 del Código del Trabajo aparece que el promedio a que alude debe determinarse dividiendo los montos que por concepto de remuneraciones fijas o variables de carácter diario que el dependiente devengó en la semana por el número de días que en ella debió legalmente laborar, este Servicio, tanto a través de sus propios procesos de fiscalización, como de la información proporcionada por sus usuarios, ha podido establecer la existencia de diversos tipos y múltiples fórmulas de cálculo y pago de las remuneraciones variables convenidas, que impiden que, en tales casos, el beneficio de semana corrida se calcule conforme al promedio de remuneraciones devengadas semanalmente.

Las circunstancias antes anotadas que, como se señalara, dificultan seriamente realizar un cálculo semanal del promedio aludido, como también, la necesidad de garantizar a todos los trabajadores el pago íntegro y correcto del beneficio que nos ocupa, han llevado a esta Dirección a considerar admisible un parámetro distinto del semanal para los efectos de realizar dicho cálculo.

De esta suerte, en opinión de esta Dirección, no existe inconveniente para efectuar el cálculo del promedio a que alude el inciso 1° del artículo 45 del Código del Trabajo en forma mensual, en el evento de que éste no pudiere realizarse semanalmente por las circunstancias ya anotadas.

En tal caso, el procedimiento de cálculo del promedio en análisis, sería el siguiente:

- a) Deben sumarse todas las remuneraciones variables, de carácter diario devengadas por el trabajador en el mes correspondiente y,
- b) El resultado de dicha suma debe dividirse por el número de días que el trabajador legalmente debió laborar en dicho periodo mensual.(...)

2.- Consulta si "el pago de la semana corrida correspondería calcularlo respecto del variable una vez efectuado el descuento por concepto de igualación del sueldo base en el ingreso mínimo".

Sobre esta materia, se hace necesario precisar si para los efectos de determinar dicha base debe considerarse el monto total de remuneraciones variables devengadas por el trabajador o aquél que resulte una vez practicado el ajuste de remuneraciones a que se refiere el artículo transitorio de la citada ley.

Según lo ha precisado la jurisprudencia administrativa de este Servicio, específicamente, en dictamen N° 3152 /63, de 25.07.08, la disposición legal permite afirmar que el legislador ha establecido un plazo de seis meses contado desde la fecha de entrada en vigencia de la ley, para que los empleadores que a esta última fecha hubieren pactado, ya sea individual o colectivamente, sueldos base de monto inferior a un ingreso mínimo mensual, procedan a ajustar la diferencia existente entre el sueldo convenido y el ingreso mínimo, con cargo a las remuneraciones variables que perciba el trabajador, debiendo proceder a consignar dicho ajuste en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

La misma doctrina precisa que el señalado ajuste no puede significar en caso alguno una disminución de dichas remuneraciones. En el mismo dictamen se señalan las características y condiciones que debe reunir el ajuste en comento, como asimismo, la forma en que éste debe ser efectuado.(...)

Dicho todo lo anterior, cabe abordar derechamente la materia en que incide la interrogante planteada lo cual hace necesario determinar si el referido ajuste tiene incidencia en la base de cálculo del beneficio de semana corrida, estableciendo expresamente si para los efectos de determinar el monto a pagar por concepto de días domingo y festivos o descansos compensatorios, según el caso, debe considerarse todo lo devengado en el respectivo período de pago por concepto de remuneraciones variables, antes de realizar el ajuste del sueldo base con cargo a éstas para garantizar un sueldo base no inferior al ingreso mínimo mensual, o sobre el monto resultante una vez efectuado tal ajuste.

Al respecto, cabe señalar, en primer término, que la circunstancia de que por expreso mandato del legislador el mencionado ajuste deba efectuarse con cargo a las remuneraciones variables, implica que una parte de éstas pasará a integrar el respectivo sueldo base del trabajador, debiendo consignarse el monto correspondiente como "ajuste del sueldo base" en las respectivas liquidaciones de remuneraciones.

Como es dable apreciar, ello importa una alteración de la naturaleza jurídica de aquella parte de las remuneraciones variables que se destina a completar un sueldo base equivalente al ingreso mínimo, la que, por lo tanto, deja de tener tal carácter, pasando a revestir el carácter de sueldo para todos los efectos legales y contractuales.

Conforme a lo expuesto y teniendo presente que tratándose de trabajadores afectos a una remuneración mixta compuesta por estipendios fijos de monto inferior a un ingreso mínimo mensual y variables, o a una exclusivamente variable, el cálculo del beneficio de semana corrida debe hacerse únicamente en base a dichas remuneraciones variables, forzoso es concluir que para tales efectos deberá considerarse el monto que reste de éstas una vez enterado el valor del sueldo base equivalente a un ingreso mínimo mensual.(...)

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

1.- El cálculo del promedio a que alude el inciso 1° del artículo 45 del Código del Trabajo que sirve de base para determinar el beneficio de semana corrida, puede efectuarse en forma mensual, en el evento de que éste no pudiere realizarse semanalmente, debiendo aplicarse en tal caso el procedimiento establecido en el cuerpo del presente informe.

2.- Para los efectos de determinar la base de cálculo del mismo beneficio, respecto de trabajadores afectos a un sistema remuneracional mixto conformado por un sueldo base de monto inferior a un ingreso mínimo mensual y remuneraciones variables, deberá considerarse el monto resultante de estas últimas, después de efectuar el ajuste a que alude el artículo transitorio de la ley N° 20.281.”

5.- Dictamen Ord. N° 0129/002 de 12 de enero de 2009 (30)

Poco antes de cumplirse el plazo de ‘ajuste’ otorgado por la ley, y por tanto faltando muy pocos días de hacerse plenamente vigente el pago de la semana corrida, se emite este dictamen en el que menciona cuales son los estipendios variables a considerar para realizar la base de cálculo.

El dictamen surge de la consulta planteada por la empresa Agroindustrial El Paico Limitada, sobre si se les puede considerar como sueldo el bono de asistencia y el de puntualidad a los trabajadores que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.281 tenían pactado un sueldo o sueldo base inferior al Ingreso Mínimo Legal, más estipendios variables.

El dictamen acota que, para estos efectos, tienen el carácter de variables el resto de bonos que

(30) <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-96239.html>

perciben los dependientes (excluidos el bono de asistencia y el de puntualidad), tales como el de calificación, producción de faenación, producción de trozado de pollos, producción de trozado de pavos, bonos de frío, etc.

Se agrega además que, para los efectos de realizar los ajustes de remuneraciones contemplado en el artículo transitorio de la ley, respecto de los mismos dependientes, la diferencia entre el sueldo base pactado y el valor asignado al ingreso mínimo mensual, se debe efectuar con cargo a las remuneraciones variables que percibe cada uno de ellos.

Ord. N° 0129/002 “Mediante presentación del antecedente se ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección tendiente a determinar la forma en que afecta a las remuneraciones de sus asociados, compuestas por sueldo base y diversas asignaciones variables.

Al respecto, cumpla con informar a Uds. que este Servicio ha fijado el sentido y alcance de los artículos 42 a), 44 y 45 del Código del Trabajo, en el texto fijado por la ley N° 20.281 y del artículo transitorio de dicha ley, a través del Ordinario N° 3152 /063, de 25-07-2008.

Cabe hacer presente que como el sueldo o sueldo base fijado por el nuevo artículo 42 a) del Código del Trabajo, tiene el carácter de obligatorio, éste necesariamente tendrá que contemplar un sueldo base no inferior a un ingreso mínimo mensual, el cual, podrá ser enterado con otros estipendios que reúnan las características de sueldo o a la proporción de éste, en caso de que esté sujeto a la jornada ordinaria máxima legal o a una jornada parcial de trabajo, respectivamente.(...)

En el caso en consulta pueden considerarse como sueldo el bono de asistencia y el de puntualidad, teniendo el carácter de variables el resto de bonos que perciben los trabajadores por los cuales se consulta, tales como el de calificación, producción de faenación, producción de trozado de pollos, producción trozado de pavos y bono de frío.

Por consiguiente, en el caso en consulta para los efectos de realizar el ajuste que esta disposición contempla, resulta posible afirmar que la diferencia entre el sueldo base pactado (al que se debe adicionar los bonos de asistencia y puntualidad), y el valor asignado al ingreso mínimo mensual, se debe efectuar con cargo a las remuneraciones variables que percibe cada dependiente.”

Capítulo III : Determinación y cálculo de la semana corrida

De acuerdo a los dictámenes emitidos por la Dirección del Trabajo sobre la materia, que fueron previamente citados, es necesario señalar cuales son las remuneraciones que se deben considerar para integrar la base de cálculo de la semana corrida:

1.- Remuneraciones de carácter fijo: Se considera remuneración fija tanto aquellas cuyo monto se encuentra preestablecido en el contrato de trabajo, como aquellas que pueden ser determinadas de acuerdo a las bases numéricas consignadas en el mismo. Además el propio artículo 45 del Código del trabajo establece que una remuneración para ser considerada en la base de cálculo de la semana corrida se debe *devengar diariamente y ser principal y ordinaria*.

Una remuneración fija se *devengará diariamente* cuando el trabajador la incorpore a su patrimonio día a día, en función del trabajo diario, esto es, la remuneración que tiene derecho a percibir por cada día laborado, sin perjuicio de que su pago se realice en forma mensual.

Se considerará remuneración *principal y ordinaria* a todas aquellas que subsisten por sí mismas, independientemente de otra remuneración.

Así, no procede considerar para efectos del cálculo aquellas remuneraciones que la ley expresamente excluye, esto es, *las de carácter accesorio*, las que de acuerdo a la jurisprudencia administrativa son aquellas incapaces de subsistir por sí mismas. Tampoco procede incluir las remuneraciones de *carácter extraordinario*, definidas por la doctrina como aquellas excepcionales o infrecuentes.

A modo de ejemplo, corresponderá considerar el sueldo base diario en la base de cálculo, por ser un estipendio que se devenga en forma diaria y porque además constituye una remuneración principal, dado que subsiste por si mismo, independiente de otra remuneración

Lo mismo ocurre con el bono fijo por turno nocturno, siempre y cuando el trabajo nocturno se realice en forma permanente, ya sea porque siempre se labora en dicho horario o bien, a través de turnos nocturnos rotativos preestablecidos. Y por el contrario, no procede considerar para determinar la base de cálculo, un bono de antigüedad de carácter mensual, pactado como un porcentaje del sueldo base, atendido que no cumple ninguno de los requisitos precedentemente analizados, toda vez que no se devenga diariamente y no es un estipendio principal, sino accesorio.

2.- Remuneraciones Variables: La doctrina administrativa y judicial, establece que debe entenderse por remuneración variable todo estipendio que, de acuerdo al contrato de trabajo y respondiendo al concepto de remuneración, implique la posibilidad de que el resultado mensual total sea desigual de un mes a otro.

El fundamento está contenido en el inciso 2º del artículo 71 del Código del Trabajo, que establece: “*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*”.

Los ejemplos propuestos por el legislador permiten sostener que lo que caracteriza a una remuneración variable es que su pago queda subordinado al acaecimiento de determinados supuestos, que pueden ocurrir o no, o cuya magnitud es imprevisible, lo que en definitiva implica que el monto mensual total no sea constante entre un mes y otro.

Ahora bien, al igual que la remuneración fija, las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo, deberán reunir los siguientes requisitos: Que sea devengada diariamente y que sea principal y ordinaria.

Esto ha llevado a excluir de la base de cálculo a aquellas remuneraciones que aún teniendo la condición de variables, no se devengan diariamente como ocurre si ella se determina mensualmente, sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de todos los trabajadores, como sucede por ejemplo en caso de una remuneración pactada mensualmente en base a un porcentaje o comisión calculada sobre la totalidad de los ingresos brutos de una empresa o establecimiento de ella. (31)

*** Procedimiento para determinar la semana corrida.**

El procedimiento es el siguiente:

- a) Deben sumarse todas las remuneraciones diarias devengadas por el trabajador en la respectiva semana, y
- b) El resultado de esa suma debe dividirse por el número de días que el trabajador legalmente debió laborar en el referido período semanal.

(31) Dictamen Ord. N° 8695/445 de 16.12.86; N° 6124/139 de 24.08.90 y N° 2372/111 de 12.04.95.

Para determinar el número de días por el cual se dividirá el resultado obtenido en la letra a), deberá atenderse al número de días en que está dividida la jornada semanal y además a los días que de acuerdo a dicha distribución, el dependiente se encuentre legalmente obligado a prestar sus servicios. Por tanto, si durante el respectivo período semanal el dependiente no se encuentra obligado a prestar servicios en uno o mas días, por haber concurrido una causal legal que lo exima de cumplir con dicha obligación, no corresponde considerar tales días para efectos de realizar la división antes señalada.

Ahora debemos distinguir entre trabajadores remunerados diariamente y trabajadores con remuneración mixta.

1.- Trabajadores con remuneración devengada diariamente: Para efectos del pago del séptimo día, el empleador debe determinar el promedio de lo devengado por el trabajador en la respectiva semana, dividiendo la suma total de las remuneraciones diarias devengadas por el número de días en que legalmente el trabajador debió laborar en la semana de que se trate. El resultado de la operación es lo que el empleador deberá pagar por día domingo y festivos, si hubiere. No deben considerarse los pagos accesorios o extraordinarios para determinar el monto de la semana corrida, como por ejemplo, las gratificaciones, bonificaciones, aguinaldo, etc.

Ejemplo: con sueldo diario.

Sueldo diario: \$11.000

Jornada semanal: Lunes a sábado (6 días)

a.- determinación de la remuneración semanal

\$ 11.000 x 6 = \$ 66.000 total semanal

b.- Remuneración semanal dividida por el número de días que legalmente debe trabajar

\$66.000 dividido por 6 = \$ 11.000

c.- Valor de la semana corrida

\$ 11.000 (esto se paga por días domingo y festivo)

Ejemplo: con sueldo diario y trato

Sueldo diario: \$ 1.500

Trato semanal: \$ 18.000

Jornada semanal: lunes a sábado (6 días)

a.- Determinación de la remuneración semanal.

$\$ 1.500 \times 6 \text{ días} = \$ 9.000 + \$ 18.000 = \$ 27.000$ total semanal

b.- Remuneración semanal dividida por el N° de días en que legalmente se debe trabajar.

$\$ 27.000/6 = \$ 4.500$

c.- Valor de la semana corrida

$\$ 4.500$ valor de la semana corrida.

2.- Trabajadores con remuneración mixta: El artículo 45 del Código del trabajo, señala que para realizar el cálculo de los días de descanso, se debe considerar únicamente el promedio de lo percibido por concepto de remuneraciones variables en el correspondiente período de pago. Por tanto, deben sumarse todas las remuneraciones variables (tratos, comisiones, etc) devengadas por el trabajador en la respectiva semana, y el resultado de dicha suma debe dividirse por el número de días que el trabajador legalmente debió laborar en el referido período semanal.

Ejemplo: con remuneración mixta.

Sueldo base mensual: \$ 200.000

Comisión: \$20.000

Jornada semanal: Lunes a viernes (5 días)

a.- Determinación de la remuneración semanal

$\$ 20.000 \times 5 \text{ días} = \100.000 total semanal (el sueldo base no se considera para efectos de la semana corrida)

b.- Remuneración semanal dividida por el número de días en que legalmente debe trabajar.

$\$ 100.000$ dividido por 5 = \$20.000

c.- Valor de la semana corrida

$\$ 20.000$

Factores a considerar:

- Incidencia del día sábado en la jornada de trabajo: Aquellos trabajadores que tiene distribuida su jornada de trabajo de lunes a viernes, no devengan remuneración por el

día sábado, ya que éste no forma parte de su jornada semanal y es considerado un simple día de descanso convencional; se concluye entonces, que tampoco se tiene derecho a percibir remuneración, a título de semana corrida, por el día sábado festivo.

- Incidencia de la semana corrida en el cálculo y pago de las horas extraordinarias: El inciso 3° del artículo 45 del Código del Trabajo, introducido por la Ley N° 19.250 de 1993, dispone que el sueldo diario de los trabajadores que gozan del beneficio de la semana corrida, incluirá para los efectos del pago de las horas extraordinarias, lo pagado por concepto de semana corrida respecto de los días domingo y festivos comprendidos en el período en que se liquiden las respectivas horas extraordinarias. En razón de esto, se incrementó la base de cálculo de las horas extraordinarias, adicionándole lo percibido por concepto de sueldo diario en los días domingo y festivos. Hay que distinguir dos situaciones; la primera; aquellos que tienen un sistema remuneracional constituido por un sueldo base diario: debe calcularse considerando, además del sueldo base diario, lo pagado por los días domingo y festivos del respectivo período. La segunda; aquellos dependientes que se encuentran remunerados con un sueldo base diario más comisión o tratos: el cálculo del valor de las horas extras, deberá realizarse adicionando al sueldo la parte de dicho estipendio que hubiere percibido por concepto de semana corrida, pero no así, la parte correspondiente a comisión o tratos que se hubieren pagado al mismo trabajador por los días domingo y festivos.
- Incidencia sobre la terminación del contrato de trabajo: Para determinar el monto a indemnizar por años de servicios y por aviso previo, hay que estar a lo establecido en el artículo 172 del Código del Trabajo que señala que la ‘última remuneración’ será 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 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. Tratándose de la semana corrida, se ha entendido que debe considerarse para el pago de las indemnizaciones que procedan por causa de término de la relación laboral; esto por su naturaleza jurídica remuneracional. Por tanto, procederá su inclusión en la base de cálculo de las respectivas indemnizaciones en la medida que para el trabajador hayan procedido días de descanso.

Capítulo IV : Casos puntuales de ciertos trabajadores

1.- Trabajadores del sector retail:

Son aquellos trabajadores que se desempeñan en el sector productivo y de servicios como los vendedores de supermercados, mall, grandes tiendas, etcétera. La gran mayoría de estos trabajadores tienen una remuneración compuesto por un sueldo base mas uno variable y generalmente el sueldo base era muy pequeño y el resto de la remuneración lo conformaba en su mayoría las comisiones; esto con el objeto de no pagarles la semana corrida.

Actualmente estos trabajadores tienen un sueldo base asegurado de \$ 159.000 pesos y además se les debe pagar el beneficio de la semana corrida por los días domingo y festivos no trabajados. La ley se pensó considerando mayormente a este grupo de trabajadores.

2.- Trabajadores Portuarios:

Hasta la fecha no se ha sometido a consulta de la Dirección del Trabajo la modificación que la ley de semana corrida ha introducido al artículo 45 del Código del Trabajo.

En este caso, previamente es necesario hacer una distinción:

- a) Trabajadores Portuarios Transitorios o Eventuales: El artículo 134 del Código del Trabajo, que señala: “El contrato de los trabajadores portuarios eventuales es el que celebra el trabajador portuario con un empleador, en virtud del cual aquél conviene en ejecutar una o mas labores específicas y transitorias de carga y descarga de mercancías y demás faenas propias de la actividad portuaria, a bordo de las naves, artefactos navales y recintos portuarios y cuya duración no es superior a veinte días (...)”

Es práctica usual en los puertos hacer contratos de trabajo día a día, en caso de trabajadores portuarios eventuales; así, se firma el contrato al inicio de la respectiva jornada laboral y al término de la misma se firma el finiquito, con la consiguiente obtención de la remuneración acordada por el día trabajado.

Es común que se les contrate por horas; al respecto, La Dirección del Trabajo ha señalado que los trabajadores que están remunerados por horas también tienen derecho al beneficio de la semana corrida.

El Dictamen N° 1.076/072 de marzo de 1994, la Dirección ha señalado que “el beneficio del pago por los días domingo y festivos corresponde tanto a trabajadores remunerados por día como a aquellos remunerados por hora o por fracción de tiempo inferior a un mes, a trato o por unidad de pieza, medida u obra”

- b) Trabajador Portuario Permanente solo con remuneración fija mensual: No se aplica por exclusión de la norma y, concordado además con lo señalado en los dictámenes de la Dirección del Trabajo: “... *conforme a lo expresado, sólo los trabajadores afectos a un sistema remuneracional constituido por sueldo mensual no tienen derecho al beneficio de la semana corrida*”
- c) Trabajador Portuario Permanente con remuneración fija y variable por turnos: *Conforme a la nueva normativa, aquellos remunerados exclusivamente por día y quienes se encuentren afectos a un sistema remuneracional mixto, esto es, constituido por un sueldo mensual y remuneraciones variables, si tienen derecho al citado beneficio con la única variante entre ellos de la base de cálculo del mismo.* Así, los trabajadores que tengan una remuneración mixta, para efectos del cálculo del pago del séptimo día, deberá considerarse sólo el monto resultante del componente variable. Tener presente también que *estos trabajadores* tendrían derecho al pago de la semana corrida, en la medida que su remuneración variable se devengue cada día trabajado.

3.- Ejecutivos:

Todo el que perciba un sueldo base mas remuneraciones variables tiene derecho al beneficio de la semana corrida. Si vemos el caso de los gerentes por ejemplo, es usual que muchos de ellos reciben además del sueldo base mensual un bono de producción o venta diaria.

Si bien, la norma no tuvo en mente la realidad de estos trabajadores, de paso, lo beneficia también, pudiendo incluso obtener mas de \$100.000 por concepto de semana corrida, por cada domingo o festivo.

Cabe tener en cuenta eso si, el Dictamen de la Dirección del Trabajo en relación a determinar que conceptos constituyen base de cálculo de la semana corrida, recordemos que excluye por ejemplo, todas las remuneraciones determinadas mensualmente sobre la base de los montos generados por el rendimiento colectivo de los trabajadores. Por tanto hay que analizar cómo se han redactado dichas remuneraciones variables

Conclusión

Es cierto que esta ley trajo como consecuencia un aumento real en las remuneraciones de gran parte de los trabajadores del país e incrementando directamente el costo empresa de manera importante; cierto es también que provocó asperezas políticas, así, a poco de ser promulgada la ley, senadores de derecha aparecieron reclamando que habían sido “engañados” durante la tramitación de la ésta, que el oficialismo había pasado un “gol”, etcétera.

¿Serán correctos los comentarios; no habrá sido que actuaron con desdén y no tuvieron el esmero al legislar, esmero que sí demostraron cuando se impugnó el concepto de empresa ante el Tribunal Constitucional hace un par de años?

Ahora, formulo la inquietud que varias personas se han planteado: ¿Es inconstitucional la ley de semana corrida?

Planteo la pregunta dado que se ha sostenido por parte del sector empresarial, básicamente, la posibilidad de presentar recursos de protección por inconstitucionalidad ante las Cortes de Apelaciones; para ello, sabemos se necesita que la modificación al artículo 45 del Código del Trabajo implique efectivamente un acto arbitrario o ilegal que importe privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de trabajo o al derecho de propiedad.(32)

También se ha planteado recurrir ante el Tribunal Constitucional para que éste declare la inaplicabilidad por inconstitucional. Argumentando principalmente la vulneración del derecho de propiedad con esta ley y la vulneración del espíritu que originalmente tenía la Ley cual era igualar el sueldo base al salario mínimo y no extender la semana corrida. (33)

Se plantea que la norma vulneraría el derecho de propiedad, toda vez que los contratos de trabajo están cubiertos por este derecho y, ampliar el beneficio de la semana corrida a una parte importante de trabajadores significa un desembolso económico que solo debe soportar el empleador.

(32) Planet Sepúlveda, Lucía, "semana corrida" Ed. Punto Lex, pag.109.

(33) Planet Sepúlveda, Lucía, "semana corrida" Ed. Punto Lex, pag.110.

En respuesta a los planteamientos del sector empresarial, relacionados al tema de la inconstitucionalidad de la ley en comento, el profesor de derecho laboral José Luis Ugarte comenta en un artículo:

“Absurdas, por decir lo menos, son las opiniones que “expertos” laborales vinculados al empresariado emiten en la nota de ayer de la Tercera sobre la semana corrida. Anuncian recursos judiciales por la inconstitucionalidad por que la nueva ley afecta el derecho de propiedad. Si eso es así, ya de frontón les recomiendo planteen la inconstitucionalidad del Código del Trabajo completo, porque todo en él afecta los costos empresariales y en consecuencia la propiedad.

Entendido así de simplón, el derecho de propiedad lo alcanza todo y al mismo tiempo nada. Ya pueden, entonces, ir preparando recursos por inconstitucionalidad por afectar la propiedad contra el alza de los peajes, los impuestos, las contribuciones, el aumento del ingreso mínimo. Como es obvio, eso no resiste análisis. Honestamente si ellos mismos y sus clientes, reconocen que la ley establece un nuevo derecho –el de semana corrida para las remuneraciones mixtas- cuesta entender porque los Tribunales deberían decir otra cosa. Salvo que nuestros expertos pretendan que nuestros jueces reemplacen al legislador y se hagan los lesos con la institucionalidad democrática dentro de la cual corresponde al legislador decidir que derecho se le atribuyen o no a los trabajadores. Eso cuando éramos niños se llamaba ganar por secretaría” (34)

(34) Ugarte Cataldo, José Luis; “¡Inconstitucional!” Carta al Director, La Tercera, 19 de enero de 2008.