Modifica el concepto de "última remuneración mensual" como base de cálculo de la indemnización por años de servicios Boletín N° 8160-13

1.-De los derechos fundamentales del trabajador, sin duda uno de lo más importantes, es el derecho a indemnización por los años en que ha entregado su fuerza productiva a una empresa determinada. Pues es una recompensa y una justa retribución al trabajador que ha dedicado parte de su vida y esfuerzo a una determinada faena, rubro o establecimiento.

2.- En nuestra legislación, del artículo 172 del Código del Trabajo, fluye que la unidad de cálculo de la indemnización por año de servicios es la última remuneración mensual devengada, de este modo es importantísimo determinar que se entiende por las voces "última" y "remuneración" para los efectos del cálculo de la mencionada indemnización.

2.- En Chile, la indemnización por años de servicios es una institución muy limitada y de suyo restringida en comparación a otras legislaciones, en efecto, la institución en comento está sujeta a un triple límite; a saber, un primer límite se traduce en que es necesario que el término de la relación laboral haya sido por algunas de las causales establecida en los artículos 168, 169, 170 y 171 del Código del Trabajo, por tanto un primer límite está determinado por la naturaleza de la causal. Un segundo límite viene dado, por la base de cálculo de la indemnización que es la "última remuneración mensual" y que tiene un tope de 90 UF según el inciso final del artículo 172 del Código del Trabajo. Y un tercer límite está determinado por la cantidad de años trabajados que son indemnizables, esto es un límite de 11 años como tope.

2.- la Dirección del Trabajo ha señalado que para los efectos de determinar el monto de la indemnización legal por años de servicios y de la sustitutiva del aviso previo debe estarse a lo que el legislador estableció en el artículo 172 del Código del Trabajo como concepto de "última remuneración", señalando la norma legal que 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 avaluadas en dinero, con exclusión expresa de las horas extraordinarias, las asignaciones familiares y los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez en el año. Ahora bien, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha señalado que si la gratificación es pagada mes a mes, sea la legal o convencional, debe incluirse en el cálculo de la indemnización por años de servicios por no corresponder a los beneficios que el legislador expresamente ha excluido.

En todo caso, para los efectos de calcular la última remuneración mensual que sirve de base para determinar la indemnización legal por años de servicio (y la sustitutiva del aviso previo cuando corresponde su pago);**deben considerarse solo aquellos estipendios que tengan el carácter de remuneración en los términos definidos por el artículo 41 del Código del Trabajo,** por cuanto ésta constituye su base de cálculo, siempre que sea de carácter mensual, que responda específicamente a la prestación de servicios del trabajador, y que si se trata de una remuneración consistente en una regalía o en especie, se encuentre debidamente avaluada en dinero,

incluyendo, finalmente, las imposiciones o cotizaciones previsionales o de seguridad social, de cargo del trabajador. **En consecuencia, no procede considerar para tales efectos las asignaciones de colación, movilización** ni cualquiera otra que tenga el carácter de asignación no imponible como la asignación de pérdida de caja, de desgaste de herramientas, los viáticos, dado que todos ellos participan del mismo carácter, y significan "devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo, como criterio general de exclusión del concepto de remuneración, como lo precisa el artículo 41, inciso 22 del Código del Trabajo. Así lo ha señalado la Dirección del Trabajo mediante dictamen N° 2314/038 de fecha 06.06.2011, reconsiderando con ello la doctrina anterior.

5.- En el régimen laboral imperante en la actualidad en nuestro país, los bonos de alimentación y de movilización constituyen, en la práctica un aumento de la "remuneración" del trabajador ya que le permite que el estipendio fijo percibido no sufra mermas por estos conceptos. Por lo anterior la interpretación de la DT es artificial, pues el bono de colación o alimentación es una alternativa que se le da al empleador, pues de otro modo debería aumentar el estipendio fijo para suplir estos conceptos, que claramente el trabajador no puede asumir.

6.- la Dirección del trabajo en el referido dictamen del 6/6/2011 n° 2314/038, ha concluido en que "Las asignaciones de colación y de movilización, como los demás estipendios contenidos en el inciso 2° del artículo 41 del Código del Trabajo, bajo las condiciones señaladas en este Oficio, no deben incluirse en la base de cálculo para el pago de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y de años de servicio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 172 del mismo Código. Reconsidérase, en lo pertinente, los dictámenes de esta Dirección N°. 2745/042, de 09.07.2009; 3011/055, de 17.07.2008; 1012/49, de 16.03.2001; 2982/159, de 08.06.1999, y 4466/308, de 21.09.1998, y cualesquiera otro que contenga doctrina similar incompatible con el tenor del presente dictamen." Este dictamen hace una interpretación perjudicial para los trabajadores que ven en sus indemnizaciones por años de servicios una merma importante.

7.- La citada jurisprudencia administrativa encuentra su fundamento en la Jurisprudencia de la Corte Suprema conociendo del recurso de unificación de jurisprudencia. En efecto, fallos de la Corte Suprema recaídos en recursos de unificación de jurisprudencia, como son, entre otros, los de fecha 26 de enero de 2011, Rol N° 7362-2010, autos " Zúñiga Núñez con Transportes Aéreos del Mercosur S.A.,; de 30 de noviembre de 2010, Rol N° 6074-2010, autos "Alarcón Cortes con Análisis y Servicios S.A.", y de 21 de abril del 2010, Rol N° 9603/2009, autos " Vega Montenegro con Análisis y Servicios S.A.", han señalado: " Que la inteligencia conjunta y sistemática que ha dado esta Corte Suprema a las disposiciones referidas (artículos 172 y 41), la que sirve de sustento al recurso en estudio y aparece plasmada en los fallos acompañados, se aparta de la primacía que los jueces de la instancia le reconocen a la norma del artículo 172 del Código del Trabajo por sobre el artículo 41, del mismo cuerpo legal, y que conduce al desconocimiento de la naturaleza de las asignaciones de que se trata, claramente establecida en el precepto que define las remuneraciones para efectos generales, contrariándola finalmente al incluirlas en la base de cálculo de los resarcimientos por término de contrato."

8.- La necesidad mejorar la institución de indemnización por años de servicios, más aún considerando que la DT hace una relación entre el artículo 172 del CT con el artículo 41 del mismo cuerpo legal que en su inciso segundo excluye a los bonos de colación y movilización de la unidad de cálculo de "ultima remuneración mensual", es porque es necesario reformar la legislación, es especial el artículo 41 y el artículo 172 del código del Trabajo por la necesidad de incluir en el concepto de remuneración los mencionados bonos. La única manera de terminar con esta "obligatoria" conclusión a la que han arribado la CS y la DT es que es necesario modificar el código del trabajo en sus artículos 41 y 172. con la finalidad de permitir que los bonos o asignaciones por concepto de colación y movilización sean considerados dentro del concepto de ultima remuneración. Pues cabe preguntarse si el empleador no otorgara estos bonos, en definitiva debería aumentar la remuneración, y si así fuera, entraría dentro de la indemnización por años de servicios. Es decir, otorgar estos bonos e un beneficio para el empleador, pues evita, en caso de pagar indemnización por años de servicios, que se utilicen para calcularla finalmente. Se debe considerar además que el derecho del trabajo está influido por el principio "pro obrero" de este modo se debe propender a mejorar lo beneficio laborales, tal y como lo ha señalado la 01T dentro del marco del diálogo social y de la campaña "sobre un trabajo decente".

8.-Por las razones antes esgrimidas es que venimos en presentar el siguiente proyecto de

ley: **PROYECTO DE LEY**

ARTÍCULO 1: Modifíquese el artículo 41 del Código del Trabajo de la siguiente forma:

a).- eliminándose en su inciso segundo las frases, "de movilización" y "de colación"

a).- intercálese entre la voz "caja," y la palabra "de" la conjunción copulativa "y".

ARTÍCULO 2: Agréguese al artículo 172 del Código del Trabajo el siguiente inciso segundo nuevo, pasando el actual segundo a ser el tercero y así sucesivamente: "Asimismo, para el cálculo de la indemnización prevista en este artículo se considerará parte integrante de la última remuneración mensual las asignaciones o bono que el empleador otorgare al trabajador por concepto de movilización y colación.