

Santiago, veinticinco de octubre de dos mil veintidós.

Vistos:

En estos autos RIT O-3.290-2020, RUC 2040270573-7, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por sentencia de veinte de enero de dos mil veintiuno, se dio lugar, parcialmente, a la demanda deducida por don Juan Carlos Fernández Jofré en contra de la empresa Prosegur Chile S. A., acogéndola sólo en cuanto a determinar el monto de la última remuneración percibida, estableciéndola en la suma de \$924.921, por lo que condenó a la demandada a pagar determinadas diferencias indemnizatorias.

La demandada presentó recurso de nulidad, que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de veintiocho de julio de dos mil veintiuno, y resolvió, en la de reemplazo, que para los efectos previstos en el artículo 172 del Código del Trabajo, la última remuneración mensual percibida por el actor, ascendía a la suma de \$520.840, rechazando la inclusión de las asignaciones por “horas extra” y “descanso compensado”, por \$36.600 y \$398.025, respectivamente, en la base de cálculo.

En contra de este fallo, el demandante presentó recurso de unificación de jurisprudencia.

Se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 483 y 483-A del Código del Trabajo, el recurso de unificación procede cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio, existen distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de los tribunales superiores de justicia. La presentación debe contener fundamentos plausibles, incluir una relación precisa y circunstanciada de las divergencias jurisprudenciales y acompañar copia del o de los fallos ejecutoriados que se invocan como criterios de referencia.

Segundo: Que la materia de derecho propuesta consiste en establecer “*la base de cálculo correcta para determinar la remuneración del actor y si los conceptos variables como bono trabajo especial \$38.000, y descanso compensado por la suma de \$377.692 forman parte de la remuneración del actor de acuerdo a lo señalado en el artículo 172 del Código del Trabajo*”.

El recurrente sostiene que para determinar la base de cálculo contenida en la citada disposición, sólo se excluyen los pagos ocasionales o esporádicos solucionados por el empleador una vez al año, por lo que si se trata de



asignaciones permanentes, deben integrarla, precisando que en el análisis prevalece la realidad práctica por sobre la nominación asignada por las partes; de esta forma, una retribución inicialmente excepcional, que devino habitual, incrementará la referida base, tal como se decidió en la instancia y en los fallos que acompaña, cualidad que asigna a las “horas extras” y al “descanso compensado”; razones por las que pide la invalidación del impugnado y se dicte el de reemplazo que indica.

Tercero: Que para determinar si concurre el requisito de divergencia jurisprudencial, es necesario revisar los hechos establecidos en la instancia y el argumento normativo que motivó el rechazo de la pretensión del demandante, en relación con aquellos contenidos en las sentencias que acompaña:

1.- El demandante, don Juan Carlos Fernández Jofré, guardia de seguridad, fue contratado por la empresa demandada el 25 de julio de 2016, relación que terminó justificadamente por necesidades de la empresa el 6 de marzo de 2020.

2.- En la carta de despido se consideró para la base de cálculo de las indemnizaciones por falta del aviso previo y por años de servicio, la suma de \$520.840.

3.- Además de esta remuneración, el demandante percibió ingresos por asignación de “horas extraordinarias” y “descanso compensado”, por \$36.600 y \$398.025, respectivamente, retribuidas en forma habitual o constante, según se desprende de las liquidaciones de sueldo acompañadas.

La Corte de Apelaciones consideró que el inciso primero del artículo 172 del Código del Trabajo, permite incluir determinadas prestaciones para establecer la base de cálculo que será empleada en la cuantificación de las indemnizaciones que serán pagadas al dependiente, aceptando las de carácter regular, excluyendo las esporádicas y sobretiempos, naturaleza que es propia de las horas extraordinarias, entendiendo que la habitualidad o permanencia de la retribución, configura el criterio que define el concepto de “última remuneración mensual”, cualidad perteneciente al rubro denominado “descanso compensado”, *“tal como lo hizo el juez a quo en su sentencia aplicando correctamente la norma en este extremo”* (sic), debiendo excluirse las “horas extraordinarias” exceptuadas en el citado artículo 172, error interpretativo que la judicatura estimó suficiente para invalidar la decisión impugnada, advirtiéndose, sin embargo, que esta conclusión no se trasladó a la sentencia de reemplazo, ya que en ésta fueron objetadas



ambas prestaciones, declarando que el monto consignado en el finiquito se ajustó a derecho.

Cuarto: Que para confrontar la decisión recurrida, el demandante ofreció dos sentencias pronunciadas por esta Corte en los autos Rol N°33.800-2017, de 22 de enero de 2018, y 26.119-2019, de 3 de agosto de 2020.

En el primer fallo, se resolvió que la referida base de cálculo se determina previa exclusión de *“aquellos beneficios o asignaciones que tienen el carácter de ocasionales, esto es, esporádicos o que se solucionan una sola vez en el año. Por lo tanto, corresponde colegir que para que el beneficio o asignación sea incluido en el concepto de última remuneración mensual, es menester, de acuerdo a la disposición especial que rige la materia, que tenga el carácter de permanente, calidad que reúnen los estipendios contenidos en estos autos, circunstancia que fue asentada por los jueces del grado y que, por lo demás, desprendieron del contenido de las liquidaciones de remuneraciones incorporadas en el juicio. Por lo mismo, estas horas extras (sobre jornada, por cambio de vestuario y por traslados) deben ser consideradas en la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios que se otorgan al trabajador con motivo de su separación de la fuente laboral, por cuanto la normativa aplicable a la cuestión controvertida da preeminencia al atributo de habitualidad de la solución de los emolumentos, por sobre su naturaleza o forma de cálculo, al momento de definir cuales rubros deben ser incluidos en el concepto de última remuneración mensual para efectos indemnizatorios y cuáles no. En otras palabras, el citado artículo 172 pone su atención en las cantidades que el trabajador hubiere estado percibiendo con regularidad, a la fecha de término de la relación laboral, con independencia de que pudieren tener o no la calidad de remuneración”;* agregando, a continuación, que *“el Código del Trabajo ha conceptualizado las horas extraordinarias como aquellas que exceden del máximo legal o de la jornada contractual, si ésta fuere menor, y se pactan o laboran para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, debiendo tener una vigencia transitoria. Tales elementos no se observan en el caso en análisis, ya que, en la especie, las horas adicionales o extras cuya consideración para los efectos del artículo 172 del estatuto laboral es contendida por el recurrente, pasaron de ser una excepción a constituir la situación habitual, desnaturalizándose su carácter eventual y accidental”*.



En el segundo fallo, se determinó que el artículo 172 del Código del Trabajo *“es claro en orden a establecer que debe descartarse de la noción de última remuneración mensual, para los efectos a que se refiere, aquellos beneficios o asignaciones que tienen el carácter de ocasionales, esto es, esporádicos o que se solucionan una sola vez en el año. Por lo tanto, corresponde colegir que para que el beneficio o asignación sea incluido en el concepto de última remuneración mensual, es menester, de acuerdo a la disposición especial que rige la materia, que tenga el carácter de permanente”*, porque si se trata de prestaciones habituales percibidas por el trabajador, *“deben ser considerados en la base de cálculo de las indemnizaciones sustitutiva del aviso previo y por años de servicios que se otorgan al trabajador con motivo de su separación de la fuente laboral, por cuanto la normativa aplicable a la cuestión controvertida da preeminencia al atributo de habitualidad de la solución de los emolumentos, por sobre su naturaleza o forma de cálculo, al momento de definir cuales rubros deben ser incluidos en el concepto de última remuneración mensual para efectos indemnizatorios y cuáles no. En otras palabras, el citado artículo 172 pone su atención en las cantidades que el trabajador hubiere estado percibiendo con regularidad a la fecha de término de la relación laboral, con independencia de que pudieren tener o no la calidad de remuneración”*, precisando que *“el Código del Trabajo ha conceptualizado las horas extraordinarias como aquellas que exceden del máximo legal o de la jornada contractual, si ésta fuere menor, y se pactan o laboran para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa, debiendo tener una vigencia transitoria. Tales elementos no se observan en el caso en análisis, ya que, en la especie, las horas adicionales o extras cuya consideración para los efectos del artículo 172 del estatuto laboral es contendida por el recurrente, pasaron de ser una excepción a constituir la situación habitual durante los últimos seis meses, a lo menos, de la relación habida entre las partes, desnaturalizándose su carácter eventual y accidental”*.

Quinto: Que, según se consignó, la sentencia de nulidad recurrida consideró que la asignación denominada “descansos compensados” se pagaba al trabajador en forma permanente, coincidiendo con el análisis desarrollado en la instancia, por lo que se debía incluir en la respectiva base de cálculo por su carácter habitual, conclusión obtenida tras la revisión de las liquidaciones de sueldo mensual incorporadas durante la audiencia de juicio, prescindiendo de las horas extraordinarias por un argumento formal, por exceptuarse en el inciso



primero del artículo 172 del Código del Trabajo bajo la expresión “pagos por sobretiempo”, razonamiento que se replica en el motivo segundo del fallo de reemplazo, aunque difiere de su parte resolutive, donde objeta, además, tal “descanso compensado”.

Por lo anterior, se advierte que el debate se reduce a determinar si las horas extraordinarias deben incluirse o no en la base de cálculo, labor que exige determinar la correcta interpretación de los artículos 30, 41 y 172 del Código del Trabajo.

Sexto: Que el artículo 172 del Código del Trabajo, dispone que: *“Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 163, 163 bis, 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies valuadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad.*

Si se tratare de remuneraciones variables, la indemnización se calculará sobre la base del promedio percibido por el trabajador en los últimos tres meses calendario.

Con todo, para los efectos de las indemnizaciones establecidas en este título, no se considerará una remuneración mensual superior a 90 unidades de fomento del último día del mes anterior al pago, limitándose a dicho monto la base de cálculo”.

Como se advierte, la ley no se refiere solo a la estipulación de un beneficio o de una remuneración para su inclusión o exclusión del concepto de última remuneración, sino que emplea la locución “percibir”. Al no estar definido por las leyes laborales, la locución “percibir” es mencionada, entre otros, en el artículo 647, inciso segundo, del Código Civil al señalar que los frutos son percibidos “desde que se cobran”. Por su parte, el Diccionario de la Real Academia entiende por percibir “recibir algo y encargarse de ello”, lo que se traduce en que los beneficios o prestaciones pecuniarias sean cobrados por y pagadas al trabajador.

Analizadas las hipótesis de exclusión, lo cierto es que miran a razones distintas. Así, la asignación familiar está excluida porque no es un beneficio otorgado y pagado del patrimonio del empleador, sino que se trata de un beneficio



otorgado por el Estado a quienes perciben menores remuneraciones. Las restantes hipótesis suponen que no se trata de remuneraciones habituales, criterio que obliga a interpretar la mención a las “gratificaciones” solamente a la modalidad contemplada en el artículo 47, ya que claramente dependen de una contingencia, pero no así al caso de la gratificación del artículo 50, puesto que al ser abonada o pagada mensualmente al trabajador en su liquidación, sí pasará a formar parte de la última remuneración.

De este modo, la literalidad no es suficiente para aplicar la ley, sino que es necesario entender la disposición en el caso concreto.

Es por ello que la inclusión o no del pago por sobre tiempo en la última remuneración no depende de una formalidad, sino de cómo en los hechos se ha pagado y si realmente se han cumplido las exigencias legales para su pacto y pago.

Séptimo: Que, en efecto, el Código del Trabajo define el sobre sueldo como “la remuneración de horas extraordinarias de trabajo” y éstas las que superen la jornada ordinaria o contractual si fuere menor a la legal.

Al regularlas, el Código no otorga una libertad plena a las partes sino que las limita en tiempo; deben atender a necesidades o situaciones temporales de la empresa; pactarse por escrito y contar una vigencia transitoria no superior a tres meses, renovables.

“Temporal”, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, en su segunda acepción, significa “que dura por algún tiempo”, de donde se sigue que no puede ser permanente – que se mantiene sin mutación - y que la renovación del pacto tampoco puede llegar al extremo de sujetar al trabajador a tener como jornada extraordinaria una que, en realidad, es ordinaria.

Bajo este raciocinio, serán horas extraordinarias las que excedan a las necesarias para atender requerimientos circunstanciales y temporales, restringiéndose, por definición, a una actividad transitoria, accidental o esporádica, advirtiéndose que, en el caso *sub lite*, el trabajador las desempeñaba usualmente y obtenía un pago constante por este servicio dentro de cada mes, según las respectivas liquidaciones de sueldo – las que llevan una misma fecha de egreso, pese a emitirse en meses diferentes -, por lo que su nominación en nada altera su naturaleza, designación insuficiente para apartarla de la definición que se analiza, que junto a la retribuida por “descanso compensado”, constituían el régimen de pago común de su remuneración mensual.



Octavo: Que, por lo expuesto, se concluye que el artículo 172 del Código de Trabajo es claro cuando define qué conceptos salariales se deben excluir de la noción de última remuneración mensual, aludiendo a beneficios ocasionales, por lo que prescinde de aquellas asignaciones esporádicas y de las retribuidas en forma anual, por lo que si se trata de un estipendio que se paga permanentemente al dependiente, será incluido en la sumatoria respectiva.

Bajo tal premisa, se debe considerar que en el fallo de nulidad y en el de la instancia se determinó, según el contenido de las liquidaciones de sueldo tenidas a la vista, que las asignaciones por “horas extras” y “descanso compensado” se pagaban al actor en forma periódica, habitual y constante, concurriendo, por tanto, el atributo que determina su pertinencia, más que sólo su expresión formal, por cuanto la ley reconoce primacía a la frecuencia de la solución por sobre la designación contractual o documental.

Noveno: Que, en estas condiciones, yerra la Corte de Apelaciones de Santiago al sostener en la sentencia de nulidad, cuando alude a las horas extraordinarias, y en la parte resolutive de la de reemplazo, al referirse a éstas y al “descanso compensado”, que no se deben incluir en la base de cálculo, porque, según lo razonado, tales prestaciones forman parte de la remuneración mensual que, para los fines previstos en el artículo 172 del Código del Trabajo, el actor percibía, monto que será empleado para determinar el de las indemnizaciones por falta del aviso previo y por años de servicios, que es mayor a la ofrecida por la demandada en el finiquito, razón suficiente para acoger el arbitrio deducido y declarar, previa invalidación del fallo impugnado, que el de la instancia no es nulo.

Por lo reflexionado y disposiciones citadas, **se acoge** el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por el demandante en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de veintiocho de julio de dos mil veintiuno, que hizo lugar al de nulidad deducido por la demandada en contra del fallo del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de esta ciudad, de veinte de enero del mismo año, por lo que se invalida, y se declara, en su lugar, que se rechaza tal arbitrio, por lo que la decisión de la instancia no es nula.

Regístrese y devuélvase.

Rol N°63.478-2021.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Gloria Ana Chevesich R., María Cristina Gajardo H., señor Diego Simpertigue L., ministro suplente señor Juan Manuel Muñoz P., y el abogado



integrante señor Eduardo Morales R. No firma el ministro suplente señor Muñoz Pardo y el abogado integrante señor Morales, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, veinticinco de octubre de dos mil veintidós.



En Santiago, a veinticinco de octubre de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

