

CUARTA SALA CORTE SUPREMA. INGRESO N°40927-2021

Santiago, cinco de septiembre de dos mil veintidós.

Vistos:

En estos autos RIT O-1332-2019, RUC 1940020895-1, del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, por sentencia de catorce de diciembre de dos mil veinte, se acogió la demanda por despido improcedente, que doña Priscila Pradenas Contreras interpuso en contra de la empresa Comercializadora de Artículos de Seguridad y Protección Industrial Manquehue Limitada, rechazando la acción en los capítulos pertinentes a la devolución de las sumas descontadas por el artículo 13 de la Ley 19.728, semana corrida y nulidad del despido.

Ambas partes dedujeron recurso de nulidad, el que fue resuelto por una sala de la Corte de Apelaciones de esa ciudad, el veinticinco de mayo de dos mil veintiuno, acogiendo parcialmente el de la parte demandante, accediendo a la pretensión de semana corrida y rechazando el de la parte demandada.

En contra de este fallo, los mismos litigantes presentaron sendos recursos de unificación de jurisprudencia, solicitando su invalidación y que se dicte el de reemplazo que respectivamente indican.

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 ser fundada, 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.

I.- En cuanto al Recurso deducido por la parte Demandada.

Segundo: Que las materias de derecho propuestas, consisten en *“a) precisar los supuestos de procedencia para el pago del beneficio de semana corrida, respecto de aquellos trabajadores que sean remunerados por un sueldo mensual y cuyas remuneraciones son variables; b) Posibilidad de descontar el aporte del empleador cuando el contrato de trabajo termina por las causales del artículo 161 del Código del Trabajo, específicamente, la causa al de necesidades de la empresa.”*

Reclama el impugnante que es un hecho probado en el proceso que la actora firmó su contrato de trabajo y su anexo, en el que se estableció la entrega en dinero de un incentivo variable, pagadero mes a mes, en función de sus cumplimientos mensuales de acuerdo con las reglas que se describen en el documento. Aclara que, a su entender, estas comisiones se han pagado sobre la base del cumplimiento

de metas mensuales y no diarias, lo que descarta de plano que se trate de una remuneración variable que devengue el pago de la semana corrida.

Concluye que, la remuneración a comisión que recibió la demandante siempre durante su trabajo, nunca se devengó en forma diaria, sino que se encontraba sujeta al cumplimiento de las metas mensuales, lo que reconoce la propia sentencia recurrida al afirmar que no es requisito el carácter diario del devengamiento, lo que constituye un profundo agravio que debe remediarse por este excepcionalísimo recurso procesal.

Respecto a la segunda materia de derecho, manifiesta su disconformidad con la resolución impugnada debido a que el mensaje de la Ley 19.728 propendía a un equilibrio entre la satisfacción de las necesidades de un trabajador cesante y la carga económica que puede representar para un empleador el hecho del despido. De manera tal que, la calificación judicial de un despido por necesidades de la empresa, tiene como única consecuencia económica la obligación de pagar el incremento legal respectivo, tal como lo señalan las sentencias de contraste que adjunta.

a) Respecto a la primera materia de derecho.

Tercero: Que la sentencia recurrida acogió el recurso de nulidad fundado en la causal contenida en el artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción a sus artículos 5, 47 y 68, expresando que *“...a fin de resolver esta primera impugnación al fallo, es preciso consignar que son hechos relevantes establecidos en la sentencia, y por lo tanto indiscutibles, los siguientes: a) la existencia de la relación laboral entre las partes por el período comprendido entre el 5 de junio de 2017 y el 27 de junio de 2019; b) la actora fue despedida por necesidades de la empresa y firmó finiquito con reserva de derechos, percibiendo la suma de \$1.191.720 por concepto de indemnización sustitutiva del aviso previo y \$2.283.440 como indemnización por años de servicio; c) la demandada descontó del finiquito la suma de \$521.020 por concepto de aporte del empleador al seguro de cesantía y \$450.000 correspondiente a un préstamo otorgado a la trabajadora; d) la carta de despido carece de justificación objetiva; e) la actora estaba sujeta a un sistema mixto de remuneraciones, compuesto por estipendios fijos y variables; f) el componente variable de la remuneración de la actora supone el cumplimiento de una meta consistente en la realización de ventas que excedan los \$5.000.000 durante el mes calendario;”* A continuación agrega que *“...en mérito de lo señalado, es posible sostener que el derecho al descanso remunerado, previsto en el artículo 45 del Código del Ramo, de los trabajadores que perciben un sueldo mensual y remuneraciones variables, no está condicionado a que estas últimas deban devengarse en forma diaria, y aun cuando se estimara que el sentido de la disposición legal examinada es poco claro –criterio que esta Corte no comparte- el principio in dubio pro operario obliga a adoptar aquella interpretación que favorece los intereses del trabajador.”* En sentencia de reemplazo se acoge la demanda en este capítulo.

Cuarto: Que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 483 A del estatuto laboral el recurrente acompañó las sentencias dictadas por esta Corte en los N°27.868-2019 de 17 de julio de 2020, N°15.669-2019, de 25 de noviembre de 2020, N°124.372-2020, de 20 de mayo de 2021 y N°44.039-2020 de 2 de junio de 2021, en todas las cuales se concluye que *“...esta Corte, mediante diversas sentencias, como sucede, a vía ejemplar, con aquellas dictadas en los autos ingreso números 8.152 -17 y 43.182-17, 13.795-18, y más recientemente, en los roles 27.868 -19 y 27.635-19, ha declarado que el sentido de la reforma al artículo 45 del Código del Trabajo fue, precisamente, solucionar el problema concreto de aquellos trabajadores cuya remuneración se estructuraba sobre la base de comisiones, pero que también percibían un sueldo mensual, normalmente muy bajo, lo que los excluía automáticamente del beneficio de la semana corrida, al no ser remunerados exclusivamente por día, lo que, de alguna forma, se transformaba en un abuso. Agregando que, si bien el citado artículo 45 no dice en forma expresa que para que los trabajadores con remuneración mixta puedan acceder al beneficio de la semana corrida, la remuneración variable debe ser devengada en forma diaria, lo cierto es que al señalar que tienen “igual derecho”, se está refiriendo “a ser remunerados por los días domingos y festivos”, y la particularidad está dada porque se otorga el derecho, no obstante percibir un sueldo mensual, lo que supone que la exigencia de que la remuneración sea diaria -cuestión que es de la esencia de la institución- se verifica respecto del otro componente de la remuneración, el variable. De suerte que se entiende que se hizo esta extensión del beneficio, por considerar que el sueldo mensual con que se les remunera no refleja exactamente sus ingresos mensuales, ya que se trata de trabajadores efectivamente remunerados por comisiones diarias. Tal conclusión es confirmada por los dictámenes de la Dirección del Trabajo, entre otros el N° 3262/066 de 5.08.2008, que refiriéndose a la modificación introducida por la ley 20.281 al artículo 45 del Código del Trabajo, señala que: “Las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida deberán reunir los siguientes requisitos, a saber: que sea devengada diariamente; y, que sea principal y ordinaria. Por lo que concierne al primer requisito establecido, preciso es reiterar que deberá estimarse que una remuneración se devenga diariamente, si el trabajador la incorpora a su patrimonio día a día, esto es, aquella que el trabajador tiene derecho a impetrar por cada día trabajado.”*

Quinto: Que, en consecuencia, al cotejar lo fallado en las sentencias invocadas por la recurrente, con lo decidido en la que se impugna, es posible deducir que concurre el presupuesto establecido en el artículo 483 del Código del Trabajo para unificar la jurisprudencia sobre la materia de derecho propuesta, esto es, la existencia de interpretaciones diversas en relación a una cuestión jurídica proveniente de Tribunales Superiores de Justicia, razón por la que corresponde determinar cuál postura debe prevalecer y ser considerada correcta.

Sexto: Que, para ese efecto, corresponde, previamente, determinar el régimen jurídico que regula la institución de la semana corrida.

Al respecto el artículo 45 del Código del Trabajo señala que *“El trabajador remunerado exclusivamente por día tendrá derecho a la remuneración en dinero por los días domingo y festivos, la que equivaldrá al promedio de lo devengado en el respectivo período de pago, el que se determinará dividiendo la suma total de 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 sólo en relación a la parte variable de sus remuneraciones.”* Es decir, “consiste en el derecho al pago de una remuneración especial que el legislador impone a las partes que han convenido un sistema de remuneración por día, bajo el cual los días de descanso, como serían los domingo y festivos y los compensatorios de éstos, no darían derecho a remuneración, por lo cual la ley dispone sean pagados. En otras palabras, el legislador beneficia los días de descanso (domingo, festivos y compensatorios) a favor de los trabajadores que por su sistema de remuneración por día trabajado no tendrían derecho a remuneración.” (Lanata G., *“Contrato Individual de Trabajo”*, Abeledo Perrot, Cuarta Edición, p. 181) Institución que posee su génesis en la Ley 8.961, de 31 de julio de 1948, y que fue modificada por la Ley 20.281 “agregando una oración final a su inciso primero, confiriéndole también este derecho al trabajador remunerado por sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones. Así entonces, la norma parece haber modificado el supuesto básico sobre el cual se sustentaba el beneficio de semana corrida, al conferirlo también a los trabajadores remunerados con un sueldo mensual y remuneraciones variables, es decir, ya no exclusivamente por días.” Refiere, asimismo, la profesora Lanata que “Debe considerarse que la nueva norma no señala que las comisiones deban haberse pactado para pagarse o devengarse diariamente, por lo que debe entenderse entonces, que se amplía considerablemente la aplicación del beneficio, extendiéndolo a todos aquellos trabajadores que perciben remuneraciones mixtas” (ob. cit. P. 181 y 182).

Asimismo, se ha indicado por parte de la doctrina que “debemos señalar que la frase introducida por la Ley N° 20.281 indica explícitamente “igual derecho”, sin expresar diferencia alguna. Así, lo correcto sería interpretar dicha frase haciendo referencia al beneficio del pago de los días domingos y festivos, es decir, a una remuneración por semana corrida sin distinción. Podemos de esta manera entender la reforma como un avance en la búsqueda de la igualdad de remuneraciones, teniendo así todos los trabajadores un pago por los períodos de descanso. Es de esta manera que se debe entender la intención del legislador al introducir esta frase y no como lo hace la jurisprudencia limitando este beneficio a quienes tengan remuneraciones variables devengadas día a día tales como en la situación existente antes de la reforma.” (Arellano P. y Ponce I., *“Interpretación Jurisprudencial del Beneficio de Semana Corrida: Violación del Principio De Igualdad de las Remuneraciones,”* Revista de Derecho UACH, Vol. XXIV, N°2, diciembre de 2011, p. 233). También se ha indicado que “la Ley N° 20.281 tuvo un efecto inesperado, sobre todo en trabajadores pagados esencialmente por comisión y con sueldos irrisorios para excluirlos del beneficio de semana corrida según la antigua redacción del artículo 45 del CT. En efecto, aplicar el nuevo tenor literal conllevaba en ciertos casos un aumento considerable de las remuneraciones de algunos dependientes, sobre todo

en el *retail*. Es así como la DT cambió varias veces de interpretación.” Agregando posteriormente que “en la actualidad, los beneficios de la Ley N° 20.281 prácticamente son letra muerta con algunas de las interpretaciones que se ha dado a la redacción del artículo 45, al considerar que la remuneración variable debe devengarse en forma diaria.” (Gamonal, S. “*Derecho Individual del Trabajo*,” Ediciones DER, tercera edición, p.181)

Séptimo: Que, para una mejor resolución del arbitrio se debe tener presente que fue acreditado como un hecho en la sentencia de base que la cláusula celebrada por las partes, tanto en el contrato individual de trabajo, como en su anexo, era del siguiente tenor “*Comisiones por cumplimiento de metas. La Empresa pagará al trabajador como retribución por los servicios prestados, una comisión equivalente al 9% (nueve por ciento) de las utilidades de las ventas que se realicen personalmente por el vendedor, siempre y cuando, las ventas ejecutadas por éste en el respectivo mes calendario excedan el monto de \$5.000.000 (cinco millones de pesos). Por consiguiente, en los meses en que el vendedor no alcance la meta antes señalada, no tendrá derecho a comisión indicada*”. Lo que además se verifica en todas las liquidaciones de remuneración que la parte demandada acompañó en juicio, donde se demuestra que se pagaba a la demandante un sueldo base (equivalente al ingreso mínimo mensual) y una comisión variable mes a mes de acuerdo al detalle de ventas que se adjuntó.

Concluyendo la judicatura de base que “...es evidente que la comisión depende del trabajo que diariamente realiza la actora y que el pago supone un porcentaje de la venta individual, formando esta actividad parte de sus funciones diarias, el devengo de este estipendio depende de otra condición, y solo se sabrá al finalizar el respectivo proceso mensual si se cumplieron las exigencias que se fijan, esto es, ventas por un monto superior a \$5.000.000.”

Octavo: Que, en estas condiciones, no yerra la Corte de Apelaciones de Concepción al estimar que se configura la hipótesis que permite otorgar el beneficio reclamado, por cuanto, como se indicó previamente, la Ley 20.281 extendió el pago de la semana corrida a quienes perciben una contraprestación mixta, permitiéndoles obtener un estipendio por los días domingo y festivos que no laboren, favoreciendo su descanso efectivo en esos días, constatándose, por último, que la percepción de esta ganancia y su cálculo será necesariamente diferente, ya que se determinará en función del promedio de lo obtenido diariamente, y para aquellos dependientes que se encuentren en la misma situación de la demandante, el promedio será en relación a la parte variable de su remuneración, concluyéndose, por tanto, que para los trabajadores que reciban una retribución mixta, no se les exige que la proporción variable se deba generar en forma diaria, conclusión que es coherente con el simple tenor literal de la disposición que se analiza, que carece de toda mención referida al espacio temporal en que tal beneficio deba originarse y del que dependa su cobro.

Entenderlo de otra forma, atentaría contra el principio de igualdad de remuneraciones y generaría el incentivo perverso de imponer para el pago de este

beneficio una meta de ventas altas e inalcanzables que lo torne en ilusorio, no obstante el trabajo que realice el dependiente.

Noveno: Que, en mérito de lo señalado, es posible sostener que el derecho al descanso remunerado, previsto en el artículo 45 del Código del Ramo, de los trabajadores que perciben un sueldo mensual y remuneraciones variables, no está condicionado a que estas últimas deban devengarse en forma diaria, por lo que no procede unificar la jurisprudencia en el sentido indicado, rechazando el arbitrio impetrado por la parte demandada. b) En lo pertinente a la segunda materia de derecho.

Décimo: Que, además, la parte demandada propuso como segunda materia de derecho establecer la *“posibilidad de descontar el aporte del empleador cuando el contrato de trabajo termina por las causales del artículo 161 del Código del Trabajo, específicamente, la causa al de necesidades de la empresa.”*

Expresa que el mensaje de la Ley 19.728 propendía a un equilibrio entre la satisfacción de las necesidades de un trabajador cesante y la carga económica que puede representar para un empleador el hecho del despido, debido a lo cual, la calificación judicial de un despido por necesidades de la empresa tiene como única consecuencia económica la obligación de pagar el incremento legal respectivo, tal como se ha resuelto en las sentencias que adjunta como contraste y que corresponden a las de esta Corte en los N°25.273-2019 de 25 de marzo de 2021, N°26.030-2019 de 6 de abril de 2021 y N°138.207-2020 de 6 de mayo de 2021.

Undécimo: Que la impugnada al pronunciarse sobre el arbitrio anulatorio fundado en la causal del artículo 477 del estatuto laboral lo acogió, teniendo presente para ello que “..._____ para que opere la posibilidad de efectuar el descuento que previene el artículo 13 de la ley N° 19.728, es menester no solamente que el contrato de trabajo haya terminado formalmente por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, sino que dicho motivo haya sido validado *judicialmente en caso de impugnarse su justificación, pues de otro modo, no se satisface la ratio legis que fundamenta la consagración del instituto en cuestión, desvirtuándose con ello, la intención que el legislador tuvo en consideración para la dictación de la norma analizada.*” Agrega a continuación que “...si existe una sentencia que declara injustificado el despido por necesidades de la empresa, el inciso segundo del artículo 13 de la ley 19.728 queda desprovisto de fundamento fáctico que lo haga aplicable, y por lo tanto no se solventa la condición legal para que opere, desde que el despido resulta, en definitiva, carente de la justificación que exige el artículo 13 ya mencionado. Comprender dicha norma de modo diverso, implicaría un apoyo al actuar injustificado del empleador, constituyendo un incentivo perverso para que éste, a fin de obtener el beneficio descrito, invoque una causal errada validando un aprovechamiento del propio dolo o torpeza, por cuanto significaría que un despido indebido, en razón de una causal impropia, produciría efectos que benefician a quien lo practica, a pesar que la sentencia declare la causal improcedente e injustificada.”

Duodécimo: Que, para los fines de asentar la recta exégesis en la materia, debe tenerse presente que esta Corte, de manera sostenida (desde el rol N° 27.867-17, siguiendo con los N° 23.348-2018, N° 4.503-19, N° 19.198-19, N° 16.086-19, N° 6.187-19, N° 12.179-19 y últimamente en los roles N° 19.607-19, 134.204-20 y 6.887-21, 44.919-21, 50.303-21 entre otros) ha establecido que una condición *sine qua non* para que opere el descuento materia de autos, es que el contrato de trabajo haya terminado efectivamente por las causales previstas en el artículo 161 del Código del Trabajo, lo que se ve corroborado por el artículo 168, letra a) del Estatuto Laboral, de manera que si la sentencia declara injustificado el despido priva de base a la aplicación del inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 19.728, pues tanto la indemnización por años de servicio como la imputación de la parte del saldo de la cuenta individual por cesantía, constituyen un efecto que emana de la exoneración prevista en el artículo 161 del Código del Trabajo.

En consecuencia, si el término del contrato por necesidades de la empresa fue considerado injustificado por el tribunal, simplemente no se satisface la condición, en la medida que el despido no tuvo por fundamento una de las causales que prevé el artículo 13 de la Ley N° 19.728.

Décimo Tercero: Que, de esta forma, no se equivoca la Corte de Apelaciones de Concepción al concluir que es improcedente descontar de la indemnización por años de servicio que corresponde al trabajador, el monto aportado por el empleador a la cuenta individual de cesantía cuando el despido es declarado injustificado, pues, como ya se dijo, tal descuento sólo procede cuando se configuran los presupuestos del artículo 161 del Código del Trabajo.

Décimo Cuarto: Que, sobre la premisa de lo antes razonado, no obstante la verificación de la disimilitud doctrinal entre la sentencia impugnada y las aparejadas al recurso, corresponde rechazar la unificación planteado en este extremo, por cuanto el fallo recurrido contiene la posición jurisprudencial adecuada, no siendo, por lo tanto, necesario uniformar criterio.

III.- En cuanto al recurso de la parte demandante.

Décimo Quinto: Que, por intermedio de presente arbitrio, se solicita unificar jurisprudencia proponiendo como materia de derecho *“determinar si corresponde aplicar la sanción de nulidad del despido, contenida en el artículo 162 incisos 5º, 6º y 7º del Código del Trabajo, por no haberse enterado las cotizaciones de seguridad social, respecto del beneficio de semana corrida declarado procedente en la sentencia respectiva, aun cuando el empleador no haya efectuado retención de cotizaciones previsionales por dicho beneficio.”*

Reclama que habiéndose condenado a la demandada al pago del beneficio de semana corrida, acogándose el libelo en dicho sentido, debió accederse igualmente demanda por nulidad de despido, ya que resulta evidente que la cancelación de las primeras prestaciones laborales trae, como efecto inmediato y directo, que en los meses que ellas debían ser canceladas no se hicieron a su respecto los descuentos

previsionales respectivos ni se pagaron las cotizaciones en las instituciones de seguridad a las cuales se encontraba afiliada la trabajadora, presentándose al efecto una relación de accesoriedad.

Décimo Sexto: Que la resolución impugnada desestimó la pretensión teniendo en consideración que *“...cabe señalar que dentro de las peticiones que se formulan en el arbitrio de la parte demandante se incluye la acción de nulidad del despido que fue rechazada por el juez aquo; sin embargo, dicha petición no sólo carece de toda fundamentación en el libelo anulatorio sino que ni siquiera fue mencionada, salvo en las peticiones recursivas, de manera que no existe asunto relacionado con la nulidad del despido que haya sido planteado a esta Corte y que pueda entonces ser resuelto.*

A este respecto, cabe aclarar que no estamos en presencia de alguna de aquellas materias que por resultar incompatibles con lo decidido, no fueron resueltas por el juez aquo y que por lo tanto deben ser abordadas en esta sede al ser acogido el recurso de nulidad; muy por el contrario, el tribunal del grado, como consecuencia del rechazo de la demanda en lo concerniente a la semana corrida, también negó lugar a la acción contemplada en el artículo 162 del Código del Trabajo y por lo tanto, resultaba indispensable que dicho acápite hubiera sido abordado por el recurrente para el evento de ser acogida su pretensión anulatoria, como ha ocurrido.”

Décimo Séptimo: Que, conforme se advierte de su sola lectura, se hace evidente que el fallo cuestionado desestimó el recurso de nulidad en razón de los vicios en que se incurrió al momento de ser propuesto, por cuanto el pronunciamiento que contiene, no fue decisorio, y por lo tanto no influyó en el laudo arribado.

En efecto, el fundamento denegatorio de la decisión recurrida radicó en los defectos formales en que fue planteado el respectivo arbitrio de invalidación, y no a la tesis jurídica que se vincula con la materia de derecho que se propone en el presente recurso, pues, como se expresa en su considerando duodécimo, la razón principal que lleva a desestimarla radica en que esta materia no fue objeto del recurso de nulidad deducida por la parte demandante y sólo se hizo alusión a ello en los alegatos recursivos.

De esta manera, no existen afirmaciones relativas a la materia de derecho sobre la cual se requiere unificación.

Décimo Octavo: Que, en efecto, la labor de cotejo que exigen las particularidades de este recurso, requiere la existencia de pronunciamientos diversos que recaigan sobre la materia de derecho objeto del juicio, lo que obviamente importa discernir con claridad el asunto sustantivo en torno al cual gira la pretensión planteada. Tal cuestión, de naturaleza jurídica-dogmática es la que eventualmente debe unificarse, de manera tal, que las decisiones que son competentes o hábiles para servir de contraste, son aquellas en las que no sólo su *thema decidendum* –en cuanto tópico sobre el cual el juez debe pronunciarse conforme las exigencias del principio de

congruencia– debe relacionarse con la materia a unificar, sino que, además, debe ser el fundamento de lo decidido.

En otras palabras, la tesis jurídica concreta que se cuestiona, debe corresponderse con su pronunciamiento decisorio, pues sólo respecto tal predicamento puede existir contradicción doctrinal susceptible de superarse por la vía de la homologación jurisprudencial que permite el recurso en estudio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, **se rechazan** los recursos de unificación de jurisprudencia interpuestos por la parte demandada y demandante en contra de la sentencia de veinticinco de mayo de dos mil veintiuno.

Se previene que la ministra **señora Muñoz**, con un nuevo estudio de los antecedentes, concurre a la decisión relativa a la semana corrida, teniendo, además, presente las siguientes consideraciones:

1º) Una relectura de la norma contenida en el artículo 45 del Código del Trabajo luego de la reforma introducida por la ley 20.281, y a la luz de la historia fidedigna de su establecimiento, permite sostener que la interpretación correcta es aquella que concluye que son dos los grupos de trabajadores sujetos al beneficio de semana corrida: aquellos considerados antes de la ley 20.281, esto es, los que son remunerados exclusivamente por día, y los trabajadores afectos al sistema mixto de remuneraciones, esto es, sueldo mensual y remuneraciones variables, tales como comisiones o tratos. La lectura de la norma indica que ambos grupos de trabajadores están vinculados por el derecho a ser remunerados los días de descanso obligatorio, diferenciándose, únicamente, en las modalidades del cálculo necesario para determinar el monto del beneficio, de manera que desprender de la expresión “igual derecho” - utilizada por el artículo 45 para incorporar a este segundo grupo de trabajadores al beneficio en cuestión - que ello conlleva la exigencia de que el sueldo variable sea devengado en forma diaria, no tiene sustento legal y resulta, por el contrario, una manera de constreñir la aplicación de la norma que no estuvo presente en el debate parlamentario.

2º) En efecto, si se examina la historia de la ley 20.281, se advertirá que la iniciativa del Ejecutivo apuntaba, fundamentalmente, a establecer el elemento fijo de la remuneración en un valor no inferior al mínimo legal, y ello por el solo hecho de ponerse el trabajador a disposición del empleador para cumplir una jornada de trabajo, mediando una relación laboral. Con todo, durante la discusión del proyecto se levantaron voces, como la del presidente de Consfecove, quien sostuvo que si bien el ajuste propuesto significaba un avance, no solucionaba el problema de ver remunerado el descanso establecido por la ley, ni la situación de los trabajadores que gozan de sueldos estructurados en base a comisiones, aludiendo a la realidad de un gran número de trabajadores afectos a una modalidad con sueldo fijo mensual de exiguo monto, en que el componente principal de sus estipendios lo conformaban las comisiones u otras remuneraciones variables, quienes se veían privados del derecho a remuneración de domingos y festivos, por el solo hecho de concurrir el

componente fijo mensual consistente en el sueldo base. Tal efecto perjudicial emanaba de las expresiones que encabezaban el artículo 45 del Código del Trabajo, “el trabajador remunerado exclusivamente por día”. Fue en este escenario que el Ejecutivo presentó, en tercer trámite constitucional, la indicación que se tradujo en la modificación del artículo 45 y que da origen al tema que nos ocupa, sin que haya quedado huella de ninguna otra elucubración que pudiera dar pie a la exigencia de que la remuneración variable habría de satisfacer el requisito de ser diaria.

3°) Quien suscribe la presente prevención ha podido apreciar que la interpretación que, en su momento, consideró la acertada, ha contribuido lamentablemente, a la inaplicación de la reforma, puesto que la exigencia de que la remuneración variable sea devengada en forma diaria, para tener derecho al beneficio, ha servido para estructurar diversas modalidades de pago o devengamiento de comisiones y tratos que se alejan de esa unidad de tiempo, forzando lo que ocurren en la realidad de la relación laboral.

4°) En tal circunstancia, y ante la constatación que ni el tenor de la norma ni la historia de la ley sirven de fundamento suficiente para imponer una interpretación restrictiva, lo que tiene además el aval de doctrina especializada como la que se cita en el presente fallo, cabe concluir que no procede unificar jurisprudencia ya que el criterio sostenido en la sentencia impugnada es el correcto.

Se previene que el Abogado Integrante **señor Morales** concurre al acuerdo en materia de semana corrida y que, en este caso, no procede unificar la jurisprudencia, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Que, pese al empleo de las locuciones “utilidades de las ventas”, que utiliza el anexo de contrato de trabajo que ligó a las partes, es un hecho de la causa y no ha habido discusión sobre ello, que la remuneración accesorio pactada es una comisión, cuyo tratamiento jurídico es distinto al de una participación.

2. Las comisiones por venta no apuntan al resultado de la operación y, menos aún, a la solvencia del deudor del empleador producto de las ventas efectuadas por el trabajador, sino que solamente a la obtención del ingreso bruto o a la disminución del costo bruto o del gasto por parte del empleador.

En efecto, la ley señala que la comisión es un porcentaje de las ventas, de las compras o de otras operaciones, pero nunca se refiere a un resultado, concepto este último que, como se ha visto, es propio de una participación o de una gratificación, ya que todos ellos dependen de un hecho futuro e incierto cual es la utilidad.

3. Sentando que el artículo 45 del Código del Trabajo se aplica a los trabajadores cuyas remuneraciones sean diarias y sobre aquella parte de la remuneración variable que obtiene un trabajador, la remuneración por los feriados y domingos no trabajados del mes se determina sobre la base de un cálculo matemático: un promedio de lo devengado en el respectivo período de pago.

La ley laboral no define lo que se entiende por “devengar”. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua señala que es “adquirir derecho a alguna percepción o retribución por razón de trabajo, servicio u otro título”.

Aplicando tal definición al campo jurídico, un ingreso o un derecho se devenga cuando se adquiere pura y simplemente; cuando se pacta a plazo; cuando se lo tiene sujeto a condición resolutoria y cuando se lo obtiene por una condición suspensiva cumplida.

De este modo, si la meta fijada para obtener una remuneración adicional se cumple, el ingreso se devenga al verificarse un hecho futuro e incierto del cual depende precisamente el nacimiento del derecho a la remuneración.

Para la ley laboral, basta que la remuneración conocida se haya devengado, que haya nacido para el Derecho, en el respectivo período de pago, para establecer la remuneración desconocida por los domingos y festivos.

4. En los casos, como el que nos ocupa, en que el período de pago es mensual, basta tener derecho a la remuneración variable al término del respectivo ejercicio para efectuar el cálculo de la remuneración que se desconoce y que se atribuye.

De este modo, si la remuneración se obtiene día a día, el cálculo se obtiene sumando el total de las remuneraciones diarias, promediándolas con aquellas efectivamente trabajadas, siendo dicho resultado la unidad de medida o el valor de los días que no se han trabajado por tratarse de domingo o festivo.

Por el contrario, si como ocurre en la especie, se fija el pago de una comisión que se obtiene cuando en un mes las ventas “exceden” una determinada cantidad, el cálculo es inverso: no hay suma, sino que división.

En efecto, al término del mes se conoce el total de la comisión que se tiene derecho a percibir, porque se ha devengado al cumplir con las metas fijadas. Esa comisión se promedia – se divide - por los días efectivamente trabajados, se obtiene la unidad de remuneración diaria y es ella la que se asigna a cada uno de los días domingos y festivos del mes del devengamiento.

5. La conclusión precedente se estructura, además, sobre la base que la comisión nace producto de la sumatoria de todas las ventas efectuadas día a día, hasta completar el mes, devengándose solamente cuando ellas superen el monto establecido contractualmente.

De este modo, una comisión establecida en tales términos no es un resultado, sino que solamente la sumatoria de los ingresos totales que el empleador devengó como ingreso propio por la colaboración del trabajador, siendo plenamente aplicable a la remuneración de este último la regla del inciso primero del artículo 45 del Código del Trabajo.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Gajardo quién, respecto de la primera materia de derecho propuesta por la parte demandada, fue de la opinión de acoger el arbitrio sobre la base de las siguientes consideraciones:

1. Que, como se ha resuelto anteriormente por esta Corte en las sentencias dictadas, v. gr., en los ingresos N° 8.152-17, 43.182-17, 13.795-18, 27.868-19 y 27.635-19, considerando que el sentido de la reforma al artículo 45 del Código del ramo fue, precisamente, solucionar el problema concreto de aquellos trabajadores cuya remuneración se estructuraba sobre la base de comisiones, pero que además percibían un sueldo mensual, normalmente muy bajo, razón por la que dejaban de percibir el mencionado beneficio, y si bien tal disposición no dice en forma expresa que para que los dependientes con remuneración mixta puedan obtener el pago de la semana corrida, la contraprestación variable se deba devengar en forma diaria, al señalar que tienen “igual derecho”, se está refiriendo “a ser remunerados por los días domingo y festivos”, no obstante percibir un sueldo mensual, lo que supone que la exigencia de que la remuneración sea diaria -cuestión que es de la esencia de la institución se verifica respecto de su componente variable, concluyéndose que la extensión de esta contraprestación, tuvo como finalidad reflejar la exactitud de sus ingresos mensuales, ya que se trata de trabajadores efectivamente remunerados por comisiones diarias.

2. Que tal conclusión es coherente con Dictámenes de la Dirección del Trabajo, entre otros, el N°3262/066, de 5 de agosto de 2008, que refiriéndose a la modificación introducida por la Ley N°20.281, señaló: *“Las remuneraciones variables que procede considerar para determinar la base de cálculo de la semana corrida deberán reunir los siguientes requisitos, a saber: que sea devengada diariamente; y, que sea principal y ordinaria. Por lo que concierne al primer requisito establecido, preciso es reiterar que deberá estimarse que una remuneración se devenga diariamente, si el trabajador la incorpora a su patrimonio día a día, esto es, aquella que el trabajador tiene derecho a impetrar por cada día trabajado”*.

3. Que, de esta manera, al igual que concluyó la judicatura de base, la comisión percibida por la demandante estaba sujeta a una condición, cuál era que sus ventas superaran los \$5.000.000 mensuales, de manera tal que si ello no acontecía no nacía para la actora el derecho a percibir el pago del 9% acordado por las partes, razón por la cual, las comisiones se devengaban de forma mensual y no diaria, motivo por el que resulta inaplicable la norma del artículo 45 del Código Laboral. Respecto a la segunda materia de derecho propuesto por la parte demandada la ministra **señora Gajardo** previene que con una nueva reflexión en torno al ámbito de aplicación del artículo 13 de la Ley 19.728, que se vincula con la materia sometida a unificación, decide cambiar de criterio teniendo para ello presente las siguientes consideraciones:

1. El empleador debe enterar los aportes de cotizaciones al sistema de seguro de cesantía regulado por la Ley 19.728 de manera obligada, según los porcentajes de cotización que establece el artículo 5 de dicha ley, los que tienen los destinos que

la misma norma señala. Cuando se regula el otorgamiento del beneficio por cesantía, los artículos 14 y 15 se refieren, en general, a la terminación del contrato de trabajo, abarcando las causales de los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, lo que permite colegir que el seguro de cesantía es una prestación de seguridad social financiada fundamentalmente con el aporte de la entidad empleadora para el supuesto de que el trabajador pierda el empleo, cualquiera sea la causal de término del contrato de trabajo que opere al efecto. 2. De otra parte, el artículo 2 de la Ley 19.728 establece en su inciso cuarto que: “La incorporación de un trabajador al Seguro no autorizará al empleador a pactar, ya sea por la vía individual o colectiva, una reducción del monto de las indemnizaciones por años de servicios contempladas en el artículo 163 del Código del Trabajo”, de modo tal que se sigue la misma idea esbozada, en orden a que se trata de un beneficio de seguridad social que no distingue entre causales de término del contrato de trabajo para que sea procedente.

3. Esto significa que cuando el empleador efectúa el aporte a la Administradora de Fondos de Cesantía, cumple con una obligación legal que le impide recuperar tales montos ni destinarlos anticipadamente a un fin determinado. En este sentido, y solo por vía de excepción, es que el artículo 13 de la Ley 19.728 le autoriza a imputar a la indemnización legal por años de servicios que deba pagar, la parte del saldo de la Cuenta Individual por Cesantía constituida por las cotizaciones que ha efectuado, cuando se esté ante la causa de despido por necesidades de la empresa contemplada en el artículo 161 del Código del Trabajo, lo que ha de interpretarse de manera estricta, al constituir una supuesto de excepción y por tanto solo puede admitirse en los casos en que efectivamente la causal de necesidades de la empresa sea justificada.

4. En el caso del despido injustificado, el artículo 52 obliga al empleador a efectuar un pago adicional de las prestaciones y no lo habilita para efectuar una imputación, ya que la nueva obligación de dar nace precisamente de la sentencia judicial que declara que el despido fue injustificado.