



doi 10.22199/issn.0718-9753-4440

DERECH



Coquimbo

ISSN: 0718-9753 (En línea)

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias. Comentario a las sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 26119-2019 y Rol N° 36498-2019

The exceptional and temporary nature of overtime. Commentary to judgements delivered by the Supreme Court, Rol N° 26119-2019 and Rol 36498-2019

Lucía María Debesa Arregui¹  <https://orcid.org/0000-0001-7614-456X>

¹ Universidad de Los Andes, Santiago, Chile. Abogada. Alumna del Programa de Doctorado en Derecho.  lmdebesa1@miuandes.cl.



Resumen:

Se evalúan dos sentencias dictadas por la Excelentísima Corte Suprema con ocasión del conocimiento de dos recursos de unificación de jurisprudencia. Ellos tuvieron por objeto determinar si se deben o no incluir los estipendios pagados por horas extraordinarias dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada para efectos del pago de las indemnizaciones por terminación de la relación laboral. Esto, teniendo como base el hecho de que la jornada extraordinaria sea frecuente y permanente, no esporádica o eventual. En el comentario se examinarán críticamente los fundamentos dados por el máximo tribunal. Se hará especial hincapié en el carácter esporádico de las horas extraordinarias versus el carácter periódico y demás características de la jornada ordinaria. El principio de primacía de la realidad permitirá concluir que, si los estipendios pagados por concepto formal de sobretiempo reúnen las características del sueldo, pueden considerarse parte de él, porque se produce una ordinarización de los mismos.

Palabras clave: sobre tiempo; artículo 172 del Código del Trabajo; base de cálculo de la última remuneración devengada; principio de primacía de la realidad.

Abstract:

Two sentences handed down by the Supreme Court are evaluated on the occasion of the knowledge of two appeals for unification of jurisprudence. The purpose of those latter was to determine whether or not stipends paid for overtime should be considered within the basis of calculation of the last remuneration accrued, for the purposes of payment of compensation for termination of the employment relationship. All this, based on the fact that the extraordinary day is frequent and permanent, not sporadic or eventual. The commentary will critically examine the fundamentals provided by the highest court. Particular emphasis will be placed on the sporadic nature of overtime versus the periodic nature and other characteristics of the ordinary working day. The principle of the primacy of reality will make possible to conclude that if the stipends paid for formal overtime meet the characteristics of the salary, they can be considered part of it, because there is a ordinarization of them.

Keywords: extra time; article 172 of the Labour Code; basis of calculation of the last remuneration accrued; principle of primacy of reality

Fecha de recepción: 03 de septiembre de 2020 | Fecha de aceptación: 13 de julio de 2021

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias.

Introducción: Hechos relevantes e historias procesales

El primer caso se originó en el autodespido de un trabajador de la empresa Jorge Astorga Transportes E.I.R.L., quien dedujo la acción principal de tutela de derechos fundamentales por supuestos malos tratos y acosos que habría recibido por parte de su empleador. Entre otros, habría sufrido constante fatiga por trabajo en régimen incansable de horas extraordinarias. Subsidiariamente, demandó la nulidad del despido, autodespido y cobro de prestaciones. Con fecha 29 de marzo de 2019, el Juzgado de Letras de Limache (RIT T-1-2019) rechazó la demanda de tutela y las demandas subsidiarias de nulidad del despido y despido indirecto. Acogió, en cambio, en forma parcial, la acción de pago de prestaciones laborales, condenando a la demandada al pago de ciertas sumas de dinero por conceptos de: feriado proporcional, remuneración correspondiente a jornada laboral extraordinaria, compensación de días domingos y festivos, y diferencias de cotizaciones previsionales, de salud y seguro de cesantía.

Contra dicha sentencia, ambas partes recurrieron de nulidad. Con fecha 9 de julio de 2019, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso (Rol N° 269-2019) acogió el recurso deducido por la parte demandante y dio lugar a la demanda de despido indirecto. No obstante, para efectos de las indemnizaciones, no incluyó los estipendios correspondientes a horas extraordinarias dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada. En contra de tal fallo, la demandante interpuso Recurso de Unificación de Jurisprudencia ante la Corte Suprema, Rol N° 26119-2019 (*Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020).

El segundo caso se originó en el despido de un trabajador de la empresa Servicios Prosegur Ltda. por la causal “necesidades de la empresa”. El trabajador desvinculado interpuso acción de despido injustificado y cobro de prestaciones laborales adeudadas. En ella, exigió que se consideraran dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada los pagos por concepto de horas extraordinarias, dado que habían reunido el carácter de permanentes. En sentencia de fecha 23 de julio de 2019, el Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique (RIT N° O-139-2019) acogió la acción deducida por el demandante e incluyó dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada tales estipendios.

Contra dicho fallo, la parte demandada interpuso recurso de nulidad. Con fecha 8 de octubre de 2019, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique (*Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2019) revocó la sentencia de instancia y dictó una de reemplazo que modificó la base de cálculo para la determinación de las indemnizaciones procedentes y

el recargo legal, excluyendo el pago por horas extraordinarias. En contra de tal fallo, la demandante interpuso Recurso de Unificación de Jurisprudencia ante la Corte Suprema, Rol N° 36498-2019 (*Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021).

1. Cuestión controvertida, decisión de la Corte Suprema y fundamentos de la misma

1.1. Cuestión controvertida

En ambos casos, la cuestión sometida por las demandantes a juicio de la Corte Suprema fue determinar si se deben o no incluir las horas extraordinarias dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada para efectos del pago de las indemnizaciones por terminación de la relación laboral. Ello, tomando como base el hecho de que dicha jornada extraordinaria sea frecuente y permanente, no esporádica o eventual.

1.2. Decisión de la Corte Suprema

La Corte Suprema acogió los dos Recursos de Unificación de Jurisprudencia, en sentencias de fecha 3 de agosto de 2020 (Rol N° 26119-2019, *Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*) y 12 de mayo de 2021 (Rol N° 36498-2019, *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*), respectivamente. En ambas declaró que los estipendios correspondientes a horas extraordinarias, siempre que tengan el carácter de habituales, deben ser incluidos dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada para efectos de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo.

1.3. Fundamentos de la decisión

En los dos fallos la Corte Suprema señaló, primeramente, que una correcta interpretación del artículo 172 del Código del Trabajo (2003) lleva a concluir necesariamente que la base de cálculo de la última remuneración mensual devengada no puede incluir beneficios o asignaciones de carácter ocasional, "...esto es, esporádicos o que se solucionan una vez al año" (*Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020, cons. 7; *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021. cons. 6). Así lo prescribe el precepto legal:

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 avaluadas en dinero, *con exclusión de* [cursivas añadidas] la asignación familiar legal, *pagos por sobretiempo* [cursivas añadi-

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias.

das] y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad. (Código del Trabajo, 2003, art. 172, inc. 1)

Luego, concluyó el máximo tribunal, para que una asignación pueda ser comprendida dentro de este concepto, ha de ser habitual o permanente. Terminan expresando ambas sentencias 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" (*Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020, cons. 7; *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021, cons. 6).

Dicho lo anterior, en las dos sentencias la Corte Suprema estimó que las horas extraordinarias cuestionadas sí debían incluirse dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada, ya que en ambos casos fueron permanentes y no ocasionales. Expresó que, a la luz del artículo 172 del Código del Trabajo (2003), el atributo de la habitualidad debe primar por sobre la naturaleza de la asignación.

Que los estipendios referidos a la jornada extraordinaria y a los domingos y festivos a que tiene derecho el demandante por los últimos seis meses, [cursivas añadidas]. circunstancia que fue asentada por el tribunal, reúnen la calidad de permanentes a la que se ha hecho referencia, por lo cual 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. [cursivas añadidas]. 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. (Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L., 2020, cons. 8; Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda., 2021, cons. 7)

2. Comentarios a la sentencia

Estimamos que la argumentación de la Corte Suprema resultó ser un poco débil y confusa. Es verdad que en ambos casos rescató la definición de hora extraordinaria entregada por el Código del Trabajo (2003), poniendo énfasis en su carácter esporádico o temporal.

... 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. (*Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020, cons. 9; *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021, cons. 8.)

Declaró además que, en los casos examinados, las asignaciones entregadas a título de jornada extraordinaria no reunieron dicho requisito, tal como expresan los mismos considerandos recién citados:

... 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. (*Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020, cons. 9; *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021, cons. 8.)

En esto no parece haber controversia alguna.

No obstante, a la hora de determinar la base de cálculo de la última remuneración devengada, la Corte Suprema olvidó, en cierto sentido, la definición de hora extraordinaria. Sostuvo que el artículo 172 considera la habitualidad por sobre la naturaleza de la asignación para efectos de determinar la base de cálculo de la última remuneración devengada. Ambas sentencias señalan que “... *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*, [cursivas añadidas] al momento de definir cuales rubros deben ser incluidos en el concepto de última remuneración mensual para efectos indemnizatorios y cuáles no.” (*Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020, cons. 8; *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021, cons. 7).

Estimamos que esta argumentación es imprecisa por las razones que veremos a continuación.

2.1. Razón de carácter legal

Creemos que es errado afirmar que puedan existir estipendios por concepto de horas extraordinarias que, por ser habituales, tendrían la posibilidad de ser incluidos dentro de la base de cálculo de la última remuneración mensual devengada. Y es que, el artículo 172 del Código del Trabajo (2003) es perentorio al señalar que en la base de cálculo de la última remuneración *no* se deben considerar los “...*pagos por sobretiempo* [cursivas añadidas] y beneficios que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de navidad” (Código del Trabajo, 2003, art. 172, inc. 1). El legislador excluye, así, expresamente de la base de cálculo de la última remuneración mensual, dos tipos de asignaciones: por un lado, los pagos por sobretiempo y, por otro, los pagos que se otorguen esporádicamente o por una sola vez al año.

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias.

La Real Academia Española define el sobretiempo como el “Tiempo extra que se trabaja fuera del horario establecido” (Real Academia Española, 2014, definición 1). El sobretiempo se refiere, pues, a las horas extras o extraordinarias. El *Diccionario Panhispánico de Español Jurídico* se refiere a la hora extraordinaria como la “Hora trabajada por encima de la jornada laboral, que ha de ser retribuida conforme a los criterios pactados o compensada con descansos” (Muñoz Machado, 2022). Nuestro Código del Trabajo (2003) la define como aquella “...que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor” (art. 30).

Esta definición se enlaza bien con el artículo 42, letra b) del mismo cuerpo legal, que define el sobresueldo como “...la remuneración de horas extraordinarias de trabajo” (Código del Trabajo, 2003, art. 42, b). El sobresueldo es, entonces, el pago que debe hacer el empleador al trabajador por el sobretiempo u horas extraordinarias.

El artículo 172 del Código del Trabajo (2003) no incluye las horas extraordinarias dentro de la última remuneración mensual para efectos de determinar la base de cálculo de las indemnizaciones [Consúltase con provecho a *De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo* (2015, p. 147)]. En otras palabras, los pagos por concepto de jornada extraordinaria siempre deben quedar excluidos de la base de cálculo a la que se refiere dicho precepto. A modo ejemplar, revítese el Ordinario N° 1480 emitido por la Dirección del Trabajo chilena, de fecha 4 de junio de 2017. Éste expresa que

...en virtud de las disposiciones legales transcritas se infiere con claridad que para los efectos de determinar el monto de la indemnización legal por años de servicio y de la sustitutiva del aviso previo debe estarse a lo que el legislador ha considerado como ‘última remuneración’, debiendo entenderse por tal todo lo que el dependiente estuviere percibiendo por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluidas las cotizaciones previsionales y las regalías o especies valuadas en dinero, *con exclusión expresa de las horas extraordinarias*, [cursivas añadidas] las asignaciones familiares y los beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez en el año. (Ordinario N° 1480, 2017, párr. 14)

En un sentido similar, véanse otros dictámenes emitidos por el mismo órgano, como: Dictamen N° 3011/55 (2008); Dictamen N° 2745/42 (2009); Dictamen N° 2461/40 (2011); Ordinario N° 4949 (2018). Valoramos, también, lo señalado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Iquique:

Que dicha norma [Código del Trabajo, 2003, art. 172] indica claramente que el pago de horas extraordinarias, al igual que otros conceptos de carácter transitorio o eventual, no deben considerarse en la base de cálculo para el pago de las indemnizaciones a las que se refiere [cursivas añadidas], las que entonces han sido formalmente excluidas por el legislador para este efecto, razón por la cual la decisión del Tribunal en orden a considerarlas en el caso de la especie, constituye una clara contravención al sentido y alcance de la disposición. (Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda., 2019, cons. 3)

En conclusión, el precepto estudiado no da pie a que, a veces, puedan considerarse las horas extraordinarias dentro de la base de cálculo. Luego, estimar, como lo hizo el máximo tribunal, que, en ciertos casos, los estipendios correspondientes a horas extraordinarias sí podrían quedar incluidos dentro de dicha base, podría considerarse, a primera vista, como un error de interpretación legal.

2.2. Naturaleza esporádica de la jornada extraordinaria

Una aplicación rigurosa y literal de la ley, como la recién vista, a los casos analizados nos llevaría, ineludiblemente, a considerar que solo por el hecho de que los estipendios cuestionados recibieron el nombre de “pagos por horas extraordinarias” debiesen quedar excluidos de la base de cálculo, conforme a lo establecido por el artículo 172 del Código del Trabajo (2003). No obstante, al igual que a la Corte Suprema, esto nos hace ruido. El sentido común nos lleva a considerar que sería injusto que dichos estipendios quedasen excluidos de la base de cálculo solo por el hecho de llamarse “pago por concepto de horas extraordinarias”. Esto, teniendo en cuenta que fueron habituales o permanentes. ¿Cómo poder incluir, entonces, dichos pagos en la base de cálculo?

La Corte Suprema los incluyó, pero, en nuestra opinión, cometió un sutil error al expresar que la razón era que *debía primar el atributo de la habitualidad por sobre su naturaleza o forma de cálculo* (Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L., 2020, cons. 8; Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda., 2021, cons. 7). Tal afirmación hecha por el máximo tribunal es imprecisa y puede acarrear confusiones. Esto, porque podría llevar a pensar que es posible que las horas extraordinarias tengan el carácter de habituales.

No obstante, ello no es posible. Las horas extraordinarias, *per se*, son temporales o esporádicas. Así lo expresa el Código del Trabajo (2003): “...las horas extraordinarias sólo podrán pactarse para atender *necesidades o situaciones temporales de la empresa*” [cursivas añadidas] (art. 32, inc. 1). Una necesidad es temporal cuando no es indefinida, cuando dura un tiempo determinado. Ergo, la jornada extraordinaria podrá acordarse solamente cuando se den circunstancias “...que no siendo permanentes en la actividad productiva de la empresa y derivando de sucesos o acontecimientos ocasionales o de factores que no sea posible evitar, impliquen una mayor demanda de trabajo en un lapso determinado” (*De la jornada de trabajo*, 2005, p. 102). Así lo sostuvo la Corte de Apelaciones de Iquique en la misma sentencia reproducida anteriormente:

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias.

En el mismo sentido, entender el sobretiempo como un rubro permanente y no ocasional, contradice además lo estatuido en el artículo 32 del mismo cuerpo legal, según el cual éste podrá pactarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa y por un máximo de tres meses renovables, de lo que se desprende su *innegable carácter transitorio y por lo mismo ajeno a la base de cálculo que se pretende construir*. [curativas añadidas] (Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda., 2019, cons. 3).

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias es, entonces, connatural a ellas. Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida (2010) expresan que:

Es criterio de nuestra legislación que las horas o jornadas extraordinarias deben tener un carácter excepcional, lo que se deduce de su reglamentación –la que preferiríamos más rígida en todo caso– y está acorde con las Convenciones de Washington y Ginebra (Convenios Nos 1 y 30), pues la jornada de 8 horas diarias o de 7 horas y media a contar del 2005 [los autores se refieren, en este sentido, a la jornada ordinaria, hoy regulada en el Código del Trabajo, 2003, arts. 21 al 29], se halla establecida en el interés individual del trabajador y también en el interés social de la comunidad. Esta debe prevenir que los trabajadores –sus recursos humanos– no agoten sus fuerzas y energías, o se invaliden prematuramente (p. 132).

Al igual que Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida (2010, p. 135), echamos en falta el establecimiento de un tope máximo de horas extraordinarias en la legislación. Y es que, el Código del Trabajo (2003, art. 32, inc. 1) permite la renovación de las mismas por acuerdo entre las partes, pasado un periodo de tres meses. A diferencia del Código del Trabajo chileno (2003), el Estatuto de Trabajadores español contempla un tope máximo: 80 horas anuales.

El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el apartado 3. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realizasen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas. (Real Decreto Legislativo 2/2015, art. 35, inc. 2)

Una renovación indefinida podría ir en contra del principio de protección del trabajador, que reconoce la posición desigual en la que éste se sitúa respecto del empleador y que constituye el fundamento del Derecho Laboral [Al respecto, consúltese con provecho a Gamonal Contreras (2013, p. 427)]. Dada la imperativa necesidad de ganar un sustento que le permita vivir, es posible que el trabajador acuda a las horas extraordinarias para lograr el monto que su sueldo no le permite alcanzar. El recargo del 50% por esas horas puede ser un gran incentivo para que él trabaje indefinidamente en este régimen [A propósito del caso español, ya lo advirtió hace tiempo Gárate Castro (1999), quien señaló que las horas extraordinarias animan a los trabajadores "...a impulsar y aceptar su realización, ante la expectativa de obtener un aumento notable de sus ingresos". (p. 213)]. Y es altamente probable que, con tal incentivo, termine siendo explotado por el empleador, quien podría extender indefinidamente la jornada diaria de trabajo para efectos de obtener una mayor producción [Sobre

el desarrollo histórico de la explotación laboral y el principio de protección, véase Gamonal Contreras, y Guidi Moggia (2012, pp. 119-121)].

Una debida integración del principio de protección con el artículo 32 del Código del Trabajo (2003) ya antes citado, nos lleva a negar como horas extraordinarias aquellas que han dejado de atender a necesidades o situaciones temporales y que se han vuelto habituales en el tiempo. Esto fue lo que sucedió en los dos casos analizados.

Es verdad que la Corte Suprema reconoció que, en los casos comentados, los estipendios correspondientes a horas extraordinarias no reunían el carácter de vigencia transitoria propia de este tipo de jornada.

... 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. (*Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020, cons. 9; *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021, cons. 8)

Pero, por otro lado, disoció el carácter de habitualidad de la naturaleza de la hora extra (véase: *Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L.*, 2020, cons. 8; *Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda.*, 2021, cons. 7). Le faltó, pues, exactitud e indujo, a nuestro parecer, a una confusión sobre la naturaleza de este tipo de jornada.

Por todo lo anterior, concluimos que, en ambos casos, la Corte Suprema no debiese haber expresado que el carácter de habitualidad era una cuestión preponderante por sobre la naturaleza de la asignación para efectos de incluir dentro de la base de cálculo los estipendios pagados por concepto de horas extraordinarias. Ello, porque habitualidad y jornada extraordinaria son diametralmente incompatibles. Al reunir los estipendios el carácter de habituales, era claro que no podían ser considerados como horas extraordinarias. El carácter de habitualidad hacía imposible considerar tales asignaciones como pago por sobretiempo. Luego, a nuestro parecer, no había problema alguno en incluirlos dentro de la base de cálculo de la última remuneración devengada.

2.3. “Ordinarización” de los estipendios pagados por concepto de horas extraordinarias

Si, dada su habitualidad, los estipendios pagados por concepto de horas extraordinarias no son, en realidad, pagos por sobretiempo, ¿a qué tipo de asignación corresponden? He aquí una cuestión relevante de determinar para el juez.

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias.

Cabe preguntarse si estos estipendios podrían considerarse asignaciones de carácter no remuneratorio. El Código del Trabajo (2003) expresa que

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, las indemnizaciones establecidas 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. (art. 41, inc. 2)

Tal como expresa Chávez Chávez (2019, pp. 201-202), las asignaciones no remuneratorias tienen las notas de indemnizatoria (asignaciones de pérdida de caja, por desgaste de herramientas o indemnizaciones) o compensatoria (asignaciones de movilización, por colación y viáticos, prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, sumas que procedan pagar al extinguirse la relación contractual y devoluciones de gastos en que incurran por causa del trabajo).

No obstante, en los dos casos analizados los pagos no reunieron tales caracteres. Ellos entraron al patrimonio del trabajador, no como una indemnización o compensación, sino como una contraprestación de servicios. Esto nos lleva a preguntarnos si tales estipendios podrían ser considerados como asignaciones de carácter remuneratorio, específicamente como parte del sueldo. Y es que, el sueldo constituye, justamente, el pago por la prestación de servicios. Tal como expresa el Código del Trabajo (2003), el sueldo es un "...estipendio obligatorio y fijo, pagado por períodos iguales determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10" (art. 42, a).

La definición entregada por el Código del Trabajo (2003) nos introduce en tres caracteres del sueldo que son fundamentales: obligatorio, fijo y periódico. Que el sueldo sea de carácter obligatorio significa que constituye una verdadera obligación para el empleador, quien debe pagarlo al trabajador como contraprestación por sus servicios. Que tenga el carácter de fijo implica que, ya sea que esté determinado en pesos o en UF, no depende de ningún acontecimiento que lo haga ser impredecible en el tiempo. Se mantiene inalterable, a menos que las partes pacten otra cantidad. Finalmente, que sea periódico significa que se paga habitualmente, por períodos iguales, predeterminados (diarios, semanales, mensuales) (Chávez Chavéz, 2019, pp. 206-207). Este último carácter es especialmente definitorio del sueldo (Humeres Noguera, 2009, pp. 220).

En los dos casos comentados, los estipendios pagados por horas extraordinarias eran obligatorios (el empleador estaba obligado a pagar el tiempo extra laborado por el trabajador). Y lo que sucedió en la práctica es que dichas horas extras se prorrogaron indefinida-

mente en el tiempo. Por ello, los pagos por su concepto pasaron a reunir el carácter de periódicos, lo que, a su vez, les otorgó fijeza. Es por esta razón que creemos que debiesen considerarse como parte del sueldo. Aquí cobra plena vigencia el principio de primacía de la realidad que, tal como ha señalado la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, hace primar los hechos por sobre las formalidades o apariencias [a modo ejemplar, véase *Molnar con Distribución y Excelencia S.A.* (2017, cons. 7)].

Respecto al principio de primacía de la realidad valoramos lo expresado en cierta ocasión por un ministro de la Corte Suprema, quien señaló que éste

...centra su significado en la circunstancia de que ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales, es decir, es más importante lo que ocurra en la práctica que aquello que las partes hayan pactado de manera más o menos solemne o expresa, o lo que aparezca en documentos, formularios e instrumentos de control. Este principio emana de la gran mayoría de las instituciones que conforman el Derecho del Trabajo individual, en las que se plasma una desigualdad formal, en tanto ellas reconocen que la voluntad de las personas contratantes se ve afectada por las circunstancias donde manifiestan su voluntad de contratación, obligando a un trato desigual, toda vez que es una máxima de justicia tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales para evitar privilegios que no corresponden. En la práctica, el principio en estudio observa la realidad de las circunstancias materiales y cómo ellas repercuten en la libertad de la voluntad, permitiendo conocer cuándo se está ante una situación que autorice el trato formalmente desigual propio del Derecho del Trabajo. (*Inspección Provincial del Trabajo de Los Andes y Sindicato de Trabajadores Supervisores ROL A., Codelco Chile, División Andina con Codelco Chile División Andina*, 2017, voto en contra, cons. 8)

Esta definición del principio de primacía de la realidad nos ayuda a entender que, en los casos comentados, los estipendios pagados por concepto formal de horas extraordinarias eran en realidad parte del sueldo. Ello, porque, al adquirir los caracteres de este último, sobre todo el de periodicidad o habitualidad, se transformaron en pagos ordinarios. Al igual que Thayer Arteaga y Novoa Fuenzalida (2010, p. 135), creemos que la prórroga indefinida de horas extraordinarias sin necesidad puntual alguna produce una *ordinarización* de las mismas. Esto quiere decir que esas horas extraordinarias, al adquirir en la práctica el carácter de periódicas o habituales, pasan a formar parte de la jornada ordinaria.

Por todo esto, consideramos que, para efectos de determinar la base de cálculo de la última remuneración devengada, los estipendios habituales pagados por concepto de horas extraordinarias debiesen entenderse como parte del sueldo, por considerarse parte del pago de la jornada ordinaria ("ordinarización" de las horas extraordinarias).

Este razonamiento, solucionaría la inclusión de estas asignaciones en la base de cálculo de la última remuneración devengada para efectos del pago de las indemnizaciones contempladas en el artículo 172 del Código del Trabajo (2003), sin infringir dicha norma. Ello,

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias.

porque no se considerarían dichos estipendios como pagos por sobretiempo, sino como pagos por concepto de sueldo.

Conclusiones

A modo de conclusión, consideramos que el razonamiento más correcto que debió haber hecho la Corte Suprema en ambos casos es el siguiente:

La naturaleza de las horas extraordinarias excluye el carácter de periodicidad o habitualidad. Luego, toda asignación que reúna tal característica no podrá ser considerada hora extraordinaria, por mucho que reciba tal nombre en el contrato de trabajo. Rige el principio de primacía de la realidad.

La forma de determinar si la jornada extraordinaria se ha vuelto habitual y, por lo mismo, si se ha desnaturalizado, es determinar, conforme a las pautas entregadas por el artículo 32 del Código del Trabajo (2003), si su establecimiento ya no se debe a necesidades o situaciones temporales de la empresa. En este sentido, si los estipendios pagados por dicho concepto reúnen el carácter de periódicas o habituales, no deben ser considerados horas extraordinarias.

Para incluir dichos estipendios dentro de la base de cálculo del artículo 172 del Código del Trabajo (2003), ha de entenderse que el carácter de habitualidad acerca más ese pago a la naturaleza del sueldo que a la del sobresueldo. La habitualidad o periodicidad de los mismos les otorga fijeza en su pago, pago que, por lo demás es obligatorio. Periodicidad, fijeza y obligatoriedad son características esenciales del sueldo. Luego, en virtud del principio de primacía de la realidad, si los estipendios por horas extraordinarias revisten estos caracteres, podemos sostener que se produce una “ordinarización de la jornada extraordinaria”. Esto significa que el pago de dichos estipendios puede considerarse parte del sueldo. Y, claramente, el sueldo forma parte de la base de cálculo de la última remuneración devengada.

Referencias Bibliográficas

Chávez Chávez, E. A. (2019). *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo, Colectivo y Jurisdicción Laboral* (4a ed.). vLex. <https://bit.ly/3tGdKnN>

Código del Trabajo. DFL 1 fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago Chile, 16 de enero de 2003. <https://bcn.cl/2f6o9>

- De la jornada de trabajo. (2015). *Manual Ejecutivo Laboral*, (24), 75-122. <https://vlex.cl id: 702836333>
- De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo. (2015). *Manual Ejecutivo Laboral*, (25), 7-181. <https://vlex.cl id: 703119749>
- Dictamen N° 2461/40. Indemnización legal por años de servicio. Base de cálculo. Corresponde incluir los beneficios de Asignación de colación, movilización y otras. Reconsidera Dictamen 2314/038, 06.06.2011. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 17 de junio de 2011. <https://bit.ly/3hYQBdO>
- Dictamen N° 2745/42. Indemnización Legal por años de Servicios. Base de Cálculo. Colación y Movilización. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 9 de julio de 2009. <https://bit.ly/3tM8fEg>
- Dictamen N° 3011/55. Indemnización legal por años de servicios. Base de Cálculo. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 17 de julio de 2008. <https://bit.ly/3VeGjEA>
- Echeverría/Servicios Prosegur LTDA, RIT N° O-139-2019 (Juzgado de Letras del Trabajo de Iquique 23 de julio de 2019). <https://bit.ly/3OubSbs>
- Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda., Rol N° 92-2019, (Corte de Apelaciones de Iquique 8 de octubre de 2019). <https://bit.ly/3Om8YFy>
- Echeverría Betanzo, Francisco con Servicios Prosegur Ltda., Rol N° 36498-2019 (Corte Suprema de Chile 12 de mayo de 2021). <https://bit.ly/3XlAbwn>
- ESCOBAR/jorge astorga eirl, RIT N° T-1-2019 (Juzgado de letras de Limache 29 de marzo de 2019). <https://bit.ly/3Xi6dcB>
- ESCOBAR / Jorge Astorga E.I.R.L, Rol N° 269-2019 (Corte de Apelaciones de Valparaíso 9 de julio de 2019). <https://bit.ly/3ExqpOW>
- Francisco Ulises Escobar Olivares con Jorge Astorga Transportes E.I.R.L., Rol N° 26119-2019 (Corte Suprema de Chile 3 de agosto de 2020). <https://bit.ly/3tJgf8T>
- Gamonal Contreras, S. (2013). El principio de protección en la Constitución chilena. *Estudios Constitucionales*, 11(1), 425-458. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000100011>
- Gamonal Contreras, S. y Guidi Moggia, C. (2012). *Manual del contrato de trabajo*. Legal Publishing.
- Gárate Castro, F. J. (1999). Algunos Rasgos Típicos de la Ordenación del Tiempo de Trabajo en España. *Boletim da Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra*, (75), 199-218.
- Humeres Noguera, H. (2009). *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Vol. 1). Jurídica de Chile. <https://bit.ly/3gjY7Q0>

El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias.

Inspección Provincial del Trabajo de Los Andes y Sindicato de Trabajadores Supervisores ROL A., Codelco Chile, División Andina con Codelco Chile División Andina, Rol N° 55135-2016 (Corte Suprema de Chile 3 de abril de 2017). <https://bit.ly/3VbkdCX>

Molnar con Distribución y Excelencia S.A., Rol N° 16698-2017 (Corte Suprema de Chile 11 de septiembre de 2017). <https://bit.ly/3EMICdL>

Muñoz Machado, S. (Dir.). (2022). Hora extraordinaria. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/hora-extraordinaria>

Ordinario N° 1480. Indemnización por años de servicio; Base de cálculo; Asignación de colación. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 4 de junio de 2017. <https://bit.ly/3AvdnAy>

Ordinario N° 4949. Feriado progresivo; Otorgamiento; Irretroactividad; Indemnización por años de servicio; Base de cálculo; Asignación de movilización; Regalía en especies; Deber de protección; Salud de los trabajadores. Dirección del Trabajo, Santiago, Chile, 27 de septiembre de 2018. <https://bit.ly/3EsOp5O>

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23a ed.).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 24 de octubre de 2015. <https://bit.ly/3Xmq4Hv>

Thayer Arteaga, W. y Novoa Fuenzalida, P. (2010). *Manual de Derecho del Trabajo* (5a ed., Vol. 3). Jurídica de Chile. <https://bit.ly/3VbuXkl>

Para citar este artículo bajo Norma APA 7a ed.

Debesa Arregui, L. M. (2022). El carácter excepcional y temporal de las horas extraordinarias. Comentario a las sentencias dictadas por la excelentísima corte suprema, Rol N° 26119-2019 y Rol N° 36498-2019. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 29, e4440. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4440>



Copyright del artículo: ©2022 Lucía Debesa



Este es un documento de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.