



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL
TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**LA DISCRECIONALIDAD COMO PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE
LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS EN EL DERECHO
LABORAL CHILENO**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

CAROLINA DE LOS ÁNGELES MUÑOZ MIRANDA

JOAQUÍN IGNACIO RODRÍGUEZ SOZA

Profesora guía: María Eugenia Montt Retamales

Santiago, Chile

2013

AGRADECIMIENTOS



OXFAM-CHILE

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: HISTORIA DE LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO EN CHILE	
1.1. Nacimiento en Francia	3
1.2. Desarrollo en Estados Unidos	5
1.3. Desarrollo en América Latina y en Chile	6
1.4. Historia legislativa en Chile	8
1.4.1. Desarrollo Constitucional	8
1.4.1.1. Reglamentos de 1811, 1812, 1814	9
1.4.1.2. Constitución de 1818	10
1.4.1.3. Constitución de 1822	11
1.4.1.4. Constitución de 1823	12
1.4.1.5. Constitución de 1828	13
1.4.1.6. Constitución de 1833	15

1.4.1.7. Constitución de 1925	16
1.4.1.8. Constitución de 1980	26
1.4.2. Desarrollo en el Código del Trabajo	30
1.4.2.1. Código del Trabajo de 1931	31
1.4.2.2. Reforma de 1950	32
1.4.2.3. Reforma de 1978	34

CAPÍTULO II: LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS EN EL DERECHO LABORAL CHILENO

2.1. Las remuneraciones en general	39
2.1.1. Concepto	40
2.1.2. Características	48
2.1.3. Clasificación	49
2.2. Las remuneraciones participativas	52
2.2.1. Concepto	53
2.2.2. Características	53

2.2.3 Fundamentos	55
2.3. Análisis y relación del artículo 42 del Código del Trabajo con las remuneraciones participativas	62
2.3.1. Sueldo	63
2.3.2. Sobresueldo	65
2.3.3. Comisión	68
2.3.4. Participación	70
2.3.5. Gratificación	72
2.3.6. Otros tipos de remuneración	76

CAPÍTULO III: LA DISCRECIONALIDAD COMO PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS EN EL DERECHO LABORAL CHILENO

3.1. La discrecionalidad en la aplicación de la gratificación	79
3.1.1. Discusión sobre la naturaleza jurídica del pago del artículo 50 del Código del Trabajo	80
3.1.1.1. Doctrina mayoritaria: el pago del artículo 50 tiene naturaleza de gratificación	81

3.1.1.2. Doctrina minoritaria: el pago del artículo 50 no tiene naturaleza de gratificación.	82
3.1.1.3. Nuestra opinión.	83
3.1.2. Datos estadísticos de la discrecionalidad en el pago de la gratificación	88
3.1.3. Jurisprudencia	91
3.2. La discrecionalidad en la aplicación de la participación	93
3.2.1. Tipos de participación	93
3.2.1.1. Participación accionaria en la empresa	94
3.2.1.2. Participación en las utilidades	95

CAPÍTULO IV: ALTERNATIVAS PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS

4.1. Casos exitosos en América Latina	96
4.1.1. México	96
4.1.2. Brasil	98
4.2. Propuestas para Chile	100

4.2.1. Visión de la OCDE	100
4.2.2. Visión de la OIT	102
4.2.3. Proyecto de ley sobre reforma constitucional	103
CONCLUSIONES	105
BIBLIOGRAFÍA	107

RESUMEN

El desarrollo de esta Memoria tiene como hipótesis preliminar que las remuneraciones participativas en el Derecho Laboral chileno – entendiendo por tal la participación y la gratificación – se aplican por el empleador de manera discrecional, toda vez que éste puede eximirse del pago de las mismas.

El análisis de las remuneraciones participativa, junto con su regulación, deja entrever que su efectiva aplicación se hace en exceso difícil.

En el caso de la participación, el Código del Trabajo solamente se limita a definirla en su artículo 42 letra d), sin regular su forma de aplicación, siendo ésta, por lo tanto, convencional y voluntaria, ya que no existe norma en el Código del trabajo que haga obligatorio su pago. En cuanto a la gratificación, ésta sí se debe pagar obligatoriamente, ya que el artículo 47 establece la obligatoriedad del pago del 30% de las utilidades o excedentes que obtengan los establecimientos que detalla la norma y siempre que se cumplan los requisitos que este mismo artículo dispone. Sin embargo, el Código en su artículo 50 exime de esta obligación al empleador que abone o pague a sus trabajadores el 25% de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, *“sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere¹. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales (...)”*. Con este último pago, la utilidad deja de ser una base de cálculo de la gratificación y las demás remuneraciones pasan a ser su base de cálculo.

¹ La utilidad, en el caso de la gratificación del artículo 50, se limita solamente a ser un requisito de procedencia de su pago, ya que al no existir utilidades en la empresa, no se aplica la obligación de la gratificación del artículo 47 del Código del Trabajo, y por tanto, tampoco se aplica el artículo 50 del mismo cuerpo legal, ya que esta última depende de la *“obligación establecida en el artículo 47”*.

En definitiva, el sistema chileno permite que el empleador evite distribuir el treinta por ciento de sus utilidades entre sus empleados, compensándolos con un aumento del veinticinco por ciento de sus remuneraciones. En la práctica, entonces, la única posibilidad de que existan remuneraciones participativas en el Derecho Laboral chileno es que el empleador decida voluntariamente pagar la gratificación del artículo 47 del Código del Trabajo², no optando por el pago del artículo 50, o convenga individual o colectivamente con sus trabajadores un sistema de participación, tal como lo permite el artículo 42 letra d) del Código del Trabajo.

² Según la encuesta ENCLA de la Dirección del Trabajo, en el 2006 solo un 8% opta por la Gratificación del artículo 47 y el 69,2% opta por el pago del artículo 50 (DIVISIÓN ESTUDIOS, DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ENCLA 2006. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-95152_archivo_fuente.pdf> [consulta: 14 de Octubre de 2010]). p.60

INTRODUCCIÓN

A principios del año 2010, Chile ingresó³ al selecto grupo de las economías más desarrolladas del mundo, las cuales se agrupan en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Esto sin duda significa un reconocimiento a la economía de nuestro país, pero también significan nuevos y altos desafíos, ya que Chile comienza a apuntar con altura de miras en sus objetivos económicos y sociales. Sin embargo, el compararse con estándares más altos trae aparejado el desnudarse como país, dejando atrás las apariencias y la autocomplacencia.

Ya de entrada a esta organización, se reveló el punto más débil de nuestro país: la desigualdad de su economía, siendo declarado por este nuevo grupo al que pertenece como el país más desigual de la OCDE, obteniendo “un coeficiente de Gini de 0.50, mucho mayor que el promedio de la OCDE de 0.31”⁴.

Una de las raíces de este problema justamente radica en la realidad misma de la Empresa, donde existe una distribución primaria⁵ de los recursos que ella produce como resultado de la unión de Capital y Trabajo. Como el dueño del Capital es dueño también de la Empresa, esta parte se lleva todos los dividendos que se produzcan. Es

³ OECD. Newsroom. [en línea] http://www.oecd.org/document/20/0,3746,fr_21571361_44315115_44375060_1_1_1_1,00.html [consulta: 30 de mayo de 2011].

⁴ OECD. Society at a Glance – OCDE Indicadores Sociales. [en línea] <http://www.oecd.org/dataoecd/39/23/47572883.pdf> [consulta: 30 de mayo de 2011].

⁵ La distribución primaria es “el ingreso generado por la producción que da lugar a una distribución entre los agentes que contribuyen a su realización: los asalariados, por un lado; y los poseedores de los medios de producción, por otro” (SÉRUZIER, MICHEL. Medir la economía de los países según el sistema de cuentas nacionales. Cepal en coedición con Alfaomega Colombiana S.A. Bogotá, Colombia. 2003. p. 8).

importante, entonces, detenerse en esta etapa de la distribución de ingresos y discutir sobre el papel que juega el Derecho en general y, particularmente, el Derecho del Trabajo en este caso.

El Derecho del Trabajo, como rama del Derecho que regula las relaciones laborales, le asigna a la remuneración el beneficio que obtendrá el empleado por prestar su trabajo. Por lo tanto, para entender cómo opera esta distribución primaria, es necesario analizar qué relación guardan las remuneraciones con las utilidades que produzca la Empresa. Nuestro Código del Trabajo establece un sistema que relaciona ambos componentes y que será el objeto de análisis de esta Memoria. Nuestra hipótesis se atendrá a concluir cuál es el nivel de discrecionalidad u obligatoriedad de este sistema, ya que así podremos determinar su real eficacia como instrumento legislativo.

Estas remuneraciones que participan, junto al Capital, de las utilidades de la Empresa, las llamaremos remuneraciones participativas. Esta participación en las utilidades abre también un ámbito del poder en la Empresa, donde los trabajadores aspirarán a tener alguna incidencia en las decisiones administrativas que se tomen para obtener esas utilidades. Por último, si consideramos que todo esto incide en la distribución de los ingresos dentro de una sociedad, también se abre un ámbito político, ya que la distribución de los ingresos tiene una directa relación con la distribución del poder dentro de una comunidad política. Un mayor nivel de ingresos permite un mayor acceso a la propiedad y a la educación, dos bienes que permiten una mayor decisión y acceso a los niveles de poder privados y públicos.

CAPÍTULO I:
HISTORIA DE LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS Y SU DESARROLLO
LEGISLATIVO EN CHILE

Para comenzar, nos adentraremos en los orígenes de las remuneraciones participativas, tanto en el mundo como en nuestro país. De esta forma podremos comprender mejor su naturaleza jurídica y el proceso doctrinario y legislativo que ha resultado en el actual sistema de remuneraciones participativas en Chile.

1.1. Nacimiento en Francia

Las remuneraciones participativas tienen sus orígenes a mediados del siglo XIX en el viejo continente. Fue a través de la figura de la participación que comenzó a desarrollarse este concepto en Europa, específicamente en Francia.

El primer antecedente exitoso del que se tiene conocimiento es la experiencia de un pequeño empresario de pintura, Edme Jean Leclair, que aplicó en su taller la idea de la participación en las utilidades, haciendo parte a sus trabajadores de los beneficios de su empresa. En un principio, sólo los trabajadores considerados expertos en el oficio de pintar – a quienes denominaba trabajadores de núcleo – participaron en las ganancias de esta pequeña empresa. Sin embargo, Leclair comenzó con el tiempo a incorporar a los aprendices y obreros comunes – denominados trabajadores de base – generando un sistema de participación inexistente en la época y dando pie a posteriores iniciativas.⁶

⁶ LONDOÑO, CARLOS MARIO. La Participación de los Trabajadores en los beneficios de la Empresa. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, España. 1962. p. 33.

Fue así como a partir de esta idea surgieron, por un lado, numerosos intercambios entre empleadores y, por el otro, congresos donde se trataba y desarrollaba el tema de la participación en las utilidades. De estos, especial importancia tuvo el Congreso Internacional de Reparto de Utilidades llevado a cabo en París el año 1889, donde se definió el reparto de utilidades como “los arreglos permanentes bajo los cuales los trabajadores reciben regularmente, además de sus sueldos y salarios, una participación en alguna base predeterminada, en sus utilidades generadas. La suma que les corresponde a los trabajadores varía con el nivel de utilidades”⁷, marcando así el inicio de las remuneraciones participativas como institución social.

El resultado de estas iniciativas se vio reflejado en la una ley promulgada en Francia el año 1917, que incorporó un nuevo capítulo a la ley de sociedades por acciones denominado de “las sociedades anónimas de participación operaria”⁸. Este capítulo implementó en el país la modalidad de acciones de trabajo, esto es, un tipo de acciones pagadas con un porcentaje de las utilidades. Sin embargo, esta ley no tuvo éxito en la práctica, pues si bien creaba esta novedosa forma de participación, no imponía la obligación al empleador de incorporar el régimen de participación a la empresa, por lo que sólo era una facultad de éste hacerlo o no.

⁷ BOJÓRQUEZ CARRILLO, Ana Laura. Hacia un nuevo Sistema de Reparto de Utilidades [en línea], p.250. <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S018610422007000100011&script=sci_arttext> [consulta: 3 de abril de 2011].

⁸ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit., p. 33

1.2. Desarrollo en Estados Unidos

Posteriormente, la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas norteamericanas data de fines del siglo XIX, teniendo como principal fundamento, en aquella época, razones puramente económicas. Este sistema nace en Estados Unidos como un método que tiene como objetivo principal el incentivo al rendimiento laboral, meta que logra alcanzarse con el modelo Taylorista de la producción, y posteriormente con el modelo Fordista de producción, basándose éste último en el primero.

El Taylorismo fue un método de organización del trabajo que surgió a principios del siglo XX, cuyo principal objetivo fue aumentar la productividad de la fuerza obrera mediante la división de las tareas en mano de obra especializada. La empresa que aplicaba este método se caracterizó por su alto nivel tecnológico, la división científica y sistemática del trabajo, procesos productivos estandarizados, producción eficiente, mercancías a precios bajos, y, en relación a la participación en las utilidades, implementó un aumento en los salarios en función del rendimiento individual de los trabajadores. A raíz de esto último es que surge la principal crítica a este modelo, al cual se le imputa una deshumanización del trabajo y una neutralización del fenómeno sindical, por cuanto el trabajador, mediante su trabajo individual, satisfacía sus necesidades económicas.

Posteriormente surge el método Fordista de producción, que se basa en el Taylorista, pero con importantes modificaciones. Este sistema profundizó el modo de producción en cadena, y se caracterizó por implementar un sistema de altas remuneraciones y de participaciones en los beneficios, sujeto al rendimiento colectivo de los trabajadores, diferencia importante con el Taylorismo que fomentó el trabajo

individual de los mismos. Este modelo sirvió de inspiración para muchas empresas norteamericanas que comenzaron a implementar, por libre iniciativa o por convenios colectivos, el sistema de participación en las utilidades.

El año 1947 se realiza la reunión de creación del “Council of Profit Sharing Industries”, asociación de empresas que voluntariamente participa a sus trabajadores de las utilidades a modo de complemento salarial, que en aquel año inició sus actividades con 50 empleadores, y que en 1950 agrupaba a más de 253, con un total de más de 300 mil trabajadores⁹.

El sistema de participación en las utilidades implementado en Estados Unidos, cuyos fundamentos y principios se basan en la declaración de principios del “Council of Profit Sharing Industries”, ha sido un éxito en la región. Ya en la década de 1950 los directores de las empresas pertenecientes a esta asociación señalaban que “No ha habido una empresa (de este grupo) donde la participación haya fracasado” y que “La participación en los beneficios es el camino y la solución para pacificar a los trabajadores”¹⁰. El método norteamericano ha sido fuente inspiradora para otros países, tales como Canadá, Austria y Dinamarca.

1.3. Desarrollo en América Latina

El sistema de participación en las utilidades comenzó lentamente a brotar en América Latina luego de la aprobación del Tratado de Versalles (1919), específicamente por las bases que allí se establecieron respecto del trabajo humano.

⁹ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit., p. 42.

¹⁰ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit., p. 42.

Como resultado inmediato de este tratado de paz, se crea en Junio de 1919 la Organización Internacional de Trabajo (OIT), organismo que recoge los principios del trabajo establecidos en este convenio y reglamenta internacionalmente las condiciones laborales básicas que, se entiende, debieran existir.

En aquella época, la legislación del trabajo era prácticamente desconocida en Hispanoamérica. Fue con la construcción de las primeras fábricas, las influencias de nuevas ideas sociales y la decisión de la gran mayoría de los países de América Latina de formar parte de la OIT, entre ellos Chile, que comenzaron a surgir en la región las primeras leyes laborales protectoras del trabajador.

Según señala Andrés Marinakis¹¹, por regla general, los sistemas de participación fueron introducidos de manera obligatoria en la mayoría de los países de Latinoamérica – tal es el caso de nuestro país –, mediante la creación de leyes que regulaban esta materia. Los defensores de la imposición jurídica de esta institución señalan que “la regulación de la participación en las ganancias permite generalizar elementos relevantes aplicables en toda industria, logrando así los fines que se propone como institución”¹². Sin embargo, en muchos casos la legislación no se condice con la realidad de los países, lo cual, en palabras de Londoño “está cavando todos los días más hondo en el abismo entre la realización de la justicia social y el bien común nacional, entre el capital y el trabajo”¹³.

¹¹ MARINAKIS, ANDRÉS E. Participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas en América Latina. Revista de la CEPAL 69, 1999. p. 72.

¹² RODRÍGUEZ BURR, MATÍAS. Participación en las utilidades y justicia salarial. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2009.

¹³ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit., p. 45

Existen casos que se destacan dentro de la región, tales como el de México, que fue el primer país de América en incluir la participación financiera de los trabajadores en la Constitución Política, el año 1917, o Brasil, que si bien ha reglamentado constitucionalmente la participación en las utilidades, se aleja de la regla general al establecer un sistema en que las empresas que obtengan utilidades deben negociar con sus trabajadores una forma de participación, mediante comisión elegida por estos. Estos casos serán analizados en profundidad en el Capítulo IV sobre “Alternativas para una mejor aplicación de las remuneraciones participativas”.

1.4. Historia legislativa en Chile

Al igual que en el resto de Latinoamérica, las remuneraciones participativas también influyeron en la legislación nacional. Comenzaremos con su presencia constitucional, para luego detallar su influencia en la legislación laboral, específicamente en el Código del Trabajo.

1.4.1. Desarrollo constitucional

Sin perjuicio de que en un inicio las remuneraciones participativas no tuvieron cabida en la legislación constitucional, nos remitiremos brevemente a ella, para de esta forma entender cómo fueron incorporándose materias económicas y laborales en nuestra norma fundamental. Profundizaremos en la totalidad de la Reforma del año 1971, dada la importancia que tiene para el objetivo de esta tesis.

1.4.1.1. Reglamentos de 1811, 1812, 1814

Nuestro país contó con tres Reglamentos Constitucionales: el de 1811, 1812 y 1814. El Reglamento para el arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile de 1811 se limitó a establecer la constitución, facultades y funciones de esta autoridad, señalando expresamente en su artículo 19 que “Su duración es pendiente de la Constitución del caso; y no formada ésta en el perentorio término de un año, expirará en él la comisión”, lo que marca el carácter transitorio de este Reglamento Constitucional. Declara, además, la necesidad de dividir los poderes del Estado y la importancia para la República de Chile de “fijar los límites de cada uno sin confundir ni comprometer sus objetos”¹⁴.

El Reglamento Constitucional Provisorio de 1812, por su parte, crea la Junta Superior Gubernativa, que gobernará en nombre del rey Fernando VII de España, lo que expresa la fidelidad del país al reinado español. Sin embargo, el artículo 5° del texto constitucional establece que “Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquiera autoridad o tribunales de fuera del territorio de Chile, tendrá efecto alguno”, lo que refleja el carácter independentista de esta Constitución. Adicionalmente, protege ciertas libertades públicas y establece algunas garantías de los derechos individuales.

En cuanto al Reglamento para el Gobierno Provisorio de 1814, crea el cargo de Director Supremo, cargo que concentrará el Poder Ejecutivo en una persona y que gozará de facultades amplísimas e ilimitadas

¹⁴ Ley S/N. Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria del Chile sancionado en 14 de Agosto de 1811 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005318&idVersion=1811-08-14>> [consulta: 04 enero 2012]

Ninguno de los Reglamentos Constitucionales brevemente descritos regula la libertad de industria, de trabajo o materias relacionadas con ello, por cuanto se trata de textos que tienen por objeto asentar las estructuras políticas y jurídicas necesarias para el funcionamiento del país. El único texto que hace referencia a la protección de libertades y garantías a derechos individuales es el Reglamento Constitucional de 1812, mas no hacen referencia a materias laborales.

1.4.1.2. Constitución de 1818

La Constitución de 1818 viene a consagrar el proceso de Independencia, proclamada el 12 de Febrero de de ese año. Este mismo año se redacta y promulga esta Carta Fundamental, que tiene como característica el consagrar los derechos y deberes del hombre en sociedad, dentro de los cuales establece, en el artículo 1° del Capítulo I del Título I, el derecho a la honra, hacienda, libertad e igualdad civil, sin perjuicio de que a lo largo del texto se desprendan otros derechos, tales como el derecho a un debido proceso y la libertad de vientres. Además, regula separadamente el Poder Ejecutivo (a cargo del Director Supremo), Legislativo y Judicial, cuestión inédita hasta ese entonces.

El artículo 9 del Capítulo I Título IV de esta Constitución señala que el Poder Ejecutivo “Cuidará del fomento de la población, del de la agricultura, industria, comercio y minería, arreglo de correos, postas y caminos”, convirtiéndose así en la única mención que este texto constitucional hace respecto de la industria. Sin embargo, no crea una norma específica sobre la libertad de trabajo o industria, pues si bien se protege el fomento de esta última, no se establece la libre disposición del ciudadano sobre la misma, como sí lo hace el texto constitucional de 1822.

1.4.1.3. Constitución de 1822

La promulgación de un nuevo texto constitucional el año 1822, luego de cuatro años de vigencia de la Constitución anterior, tuvo como motivo principal la inestabilidad del país producto de los efectos económicos y sociales que trajo consigo la lucha por la independencia. La característica más destacada de esta nueva Carta Fundamental fue el establecimiento expreso de la separación de los poderes del Estado, señalando el artículo 12 al respecto que “El Gobierno de Chile será siempre representativo, compuesto de tres poderes independientes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, y estableciendo el artículo 13 que “El Poder Legislativo reside en el Congreso; el Ejecutivo en un Director, y el Judicial en los Tribunales de Justicia”.

Respecto a la regulación de garantías personales, este nuevo texto constitucional dedica un capítulo especialmente a ello, denominado “De la administración de justicia y de las garantías individuales”, en el cual se incluye formalmente, y por primera vez en la historia constitucional chilena, la libertad sobre el trabajo e industria. Señala el artículo 221 que “Todo ciudadano tiene la libre disposición de sus bienes, rentas, trabajo e industria; así es, que no se podrán poner impuestos sino en los casos muy urgentes, para salvar con la Patria las vidas y el resto de la fortuna de cada uno”, añadiendo el artículo 222 que “La industria no conocerá trabas, y se irán aboliendo los impuestos sobre sus productos”. Este esbozo de regulación constitucional sobre el trabajo, representa un primer intento al respecto, el cual no tendrá continuidad en las próximas Constituciones – la moralista y la liberal -, y será sólo a partir de la Carta Fundamental de 1833 que se retomará esta senda.

1.4.1.4. Constitución de 1823

La Constitución de 1823, elaborada por el jurista Juan Egaña, fue conocida como la Constitución moralista por su marcada tendencia moralizante y autoritaria, al punto de hacer impracticable muchas de sus estipulaciones. A raíz de esto, este texto constitucional tuvo un corto periodo de vigencia, siendo prontamente derogada el año 1826. Como características principales, esta Constitución establece al Director Supremo como cabeza del Poder Ejecutivo, un Poder Legislativo constituido por el Senado Conservador y Legislador, un Poder Judicial encabezado por la Suprema Corte de Justicia y la creación de la Cámara Nacional, constituida por consultores nacionales y cuya convocación legal y de hecho se haría “en el acto de un veto suspensivo del Senado o del Supremo Director, cuando le corresponda la sanción” (artículo 65)¹⁵. Señala, además, un requisito de religiosidad para ser ciudadano (artículo 11)¹⁶ y establece la religión de Estado la Católica, Apostólica, Romana, “con exclusión de culto y ejercicio de cualquier otra” (artículo 10)¹⁷.

En cuanto al trabajo y a la industria, no existe regulación constitucional al respecto.

¹⁵ Ley S/N. Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de Diciembre de 1823 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202&idVersion=1823-12-29>> [consulta: 08 enero 2012]

¹⁶ Ley S/N. Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de Diciembre de 1823 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202&idVersion=1823-12-29>> [consulta: 08 enero 2012]

¹⁷ Ley S/N. Constitución Política del Estado de Chile, promulgada en 29 de Diciembre de 1823 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202&idVersion=1823-12-29>> [consulta: 08 enero 2012]

1.4.1.5. Constitución de 1828

La Constitución liberal de 1828, promulgada el 8 de Agosto, cuya autoría intelectual-ideológica se le asigna principalmente al español José Joaquín de Mora, comienza a gestarse en un contexto político y social de cambios sustanciales dentro del país. A modo de ejemplo de las tantas reformas que precedieron a esta Constitución, bajo el gobierno de Bernardo O'Higgins (1817-1823) se suprimieron parcialmente los símbolos aristocráticos y hubo un intento de abolición del mayorazgo, que si bien no prosperó, procuró limitar la aparición de nuevos derechos. Respecto a este último punto, fue sólo previo a la promulgación de la Constitución liberal que se aprueba su abolición, quedando reflejado en el texto final de la mencionada Carta Fundamental.

En su parte dogmática, la Constitución liberal mantiene la confesionalidad, declarando la religión católica, apostólica y romana la religión de Chile, para luego señalar que “nadie podrá ser perseguido ni molestado por sus opiniones privadas” (artículo 4°)¹⁸, lo que en la práctica significó una tolerancia a los demás cultos. Además, establece que se considerarán ciudadanos aquellos chilenos mayores de 21 años, o los menos menores de 21 casados o que sirviesen a la milicia, profesen alguna ciencia, arte o industria, o posean un capital, bien raíz o empleo (artículo 7° número 1)¹⁹. Por último, se declara la abolición “para siempre” de los mayorazgos (artículo 126

¹⁸ Ley S/N. Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de Agosto de 1828 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225&idVersion=1828-08-08>> [consulta: 12 enero 2012]

¹⁹ Ley S/N. Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de Agosto de 1828 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225&idVersion=1828-08-08>> [consulta: 12 enero 2012]

número 1)²⁰. En su parte orgánica, en tanto, la Constitución establece que el ejercicio de la soberanía se divide el poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales no podrán reunirse nunca (artículo 22)²¹. El primero de estos reside en la Cámara Nacional, la cual constará de dos Cámaras: diputados y senadores. El segundo, será ejercido por el Presidente de la República de Chile, el cual será elegido por votación indirecta y durará 5 años en su cargo sin poder ser reelegido. El último de ellos reside en la Corte Suprema, Corte de Apelaciones y Tribunales de primera instancia.

Respecto a la regulación de derechos individuales, esta Carta Fundamental sólo se hizo cargo del derecho a la libertad – aboliendo por completo la esclavitud (artículo 11)²² –, seguridad, propiedad, derecho de petición y de la facultad de publicar opiniones (artículo 10)²³, y no estableció norma específica sobre la industria, en general, o el trabajo, en particular, “aún cuando los mismos constituyentes consideraban esta libertad como una de las más sagradas e inviolables”²⁴. En dichos de ensayistas de la época: “Los autores de la Constitución del 28 nada determinaron sobre la industria, sin embargo de que, como dice Smith, es la más sagrada e inviolable de todas las propiedades del hombre, porque es la fuente orijinaria [sic] de

²⁰ Ley S/N. Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de Agosto de 1828 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225&idVersion=1828-08-08>> [consulta: 12 enero 2012]

²¹ Ley S/N. Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de Agosto de 1828 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225&idVersion=1828-08-08>> [consulta: 12 enero 2012]

²² Ley S/N. Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de Agosto de 1828 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225&idVersion=1828-08-08>> [consulta: 12 enero 2012]

²³ Ley S/N. Constitución Política de la República de Chile promulgada en 8 de Agosto de 1828 [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225&idVersion=1828-08-08>> [consulta: 12 enero 2012]

²⁴ IRURETA URIARTE, Pedro. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de investigaciones jurídicas. Santiago, Chile. 2006. p. 23.

todas las demás i [sic] el patrimonio del pobre, que solo consiste en la fuerza i [sic] habilidad de sus manos”²⁵. Esta omisión contrasta con lo establecido en la Constitución de 1822, ya vista anteriormente.

1.4.1.6. Constitución de 1833

Redactada por don Mariano Egaña Fabres y estampando las ideas de don Diego Portales y Palazuelos, la Constitución de 1833 surge a partir del triunfo conservador de la Guerra Civil de 1829, terminando así con la etapa de ensayos constitucionales con su extendida vigencia de 92 años. Entre sus aspectos más relevantes se puede destacar que, a diferencia de su predecesora, se determina un periodo presidencial de 5 años, permitiendo la reelección inmediata por igual periodo de tiempo; se le otorgan amplias facultades al Presidente de la República para el mantenimiento de la seguridad pública, entre ellas, declarar el estado de sitio (artículo 82 número 20°); se elimina la elección de cargo de Vicepresidente, el cual será ejercido por el Ministro de Interior sólo en los casos en que el Presidente de la República se encuentre imposibilitado temporalmente para ello (artículo 75); y se divide el territorio de la República en provincias, que a su vez se dividen en departamentos, estos en subdelegaciones y, por último, las subdelegaciones en distritos (artículo 121).

En cuanto a las garantías individuales, la Constitución de 1833 dedica un Título especial a ello denominado “De las garantías de la seguridad y propiedad”, en el cual se hace referencia constitucional al trabajo, retomando la senda iniciada por la Constitución de 1822, señalando en su artículo 151 que “Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad y o a la salubridad pública, o que esija el interés nacional, i una lei lo declare

²⁵ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. cit., p. 23.

así [sic]”. En este precepto, se parte de la base que toda persona puede ejercer un trabajo o industria en virtud de la autonomía individual que cada uno tiene para hacerlo, siempre y cuando no caiga en las limitantes que la misma Constitución señala para ejercerlo. Sin embargo, “se trata de una libertad abstracta, que confería al individuo un poder jurídico de hacer, y que terminaba confundándose prácticamente con la libertad de contratar”²⁶.

1.4.1.7. Constitución de 1925

La Constitución de 1925 viene a reemplazar a su antecesora luego de 92 años de existencia y una serie de gobiernos a cuestas. Aprobada mediante plebiscito nacional, este texto constitucional tiene como características más importantes²⁷: se otorga al Presidente de la República las facultades para nombrar y remover a su voluntad los Ministros de Estado y amplías facultades colegisladoras; se declara la incompatibilidad entre los cargos parlamentarios – diputado o senador – con el de Ministro de Estado; se separa la Iglesia del Estado, consagrándose la libertad de cultos; se suprime el Consejo de Estado y la Comisión Conservadora y se crea el Tribunal Calificador de Elecciones, los Tribunales Administrativos y las Asambleas Provinciales; se extiende el mandato del Presidente de la República de cinco a seis años; se crea el recurso de inaplicabilidad, que será conocido por la Corte Suprema; y, por último, en materia de garantías constitucionales, desde sus inicios se incorporan débilmente los derechos sociales, lo cual representa uno de los grandes aportes de la Constitución de 1925, sin perjuicio de las posteriores modificaciones que tendrá este texto constitucional que ampliará aún más estos derechos.

²⁶ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. cit., p. 23.

²⁷ VERDUGO MARINKOVIC, Mario y otros. Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2002. p. 24.

En lo que dice referencia a las garantías constitucionales, la Carta Magna de 1925 estableció en su artículo 10 el listado de derechos que la Constitución asegura a todos los habitantes de la República. Esta enumeración fue nutriéndose con distintas reformas que fueron modificando la Constitución, siendo las más relevantes, en relación con este tema, las siguientes:

1) Reforma del año 1963: Correspondiente a la cuarta modificación al texto constitucional en virtud de la Ley 15.295 de 8 de Octubre de 1963, cuyo artículo único introdujo una modificación al número 10 del artículo 10° de la Carta Constitucional relativo al derecho de propiedad, específicamente en lo relativo a las expropiaciones, en el siguiente tenor:

- a) Se agrega en el inciso 2° la siguiente frase al final: “El juez podrá autorizar la toma de posesión material de bien expropiado, después de dictada la sentencia de primera instancia, cuando se trate de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos, y siempre que sólo se hubiere reclamado del monto de la indemnización y se dé previamente al dueño el total o la parte de ella a que se refiere el inciso siguiente, ordenada en dicha sentencia”.
- b) Se intercala, a continuación del inciso 2°, el siguiente texto: “Sin embargo, si con el objeto de propender a la conveniente división de la propiedad rústica se expropiaren, por causas de utilidad pública, predios rústicos abandonados, o que estén manifiestamente mal explotados y por debajo de las condiciones normales predominantes en la región para tierras de análogas posibilidades, deberá darse previamente al propietario el diez por ciento de la indemnización y el saldo en cuotas anuales iguales dentro de un plazo que no exceda de quince años, con el interés que fijará la ley. Esta forma de indemnización sólo podrá utilizarse en conformidad a la ley que permita reclamar de la expropiación ante un Tribunal Especial, cuya

decisión sea apelable ante la Corte de Apelaciones respectiva, y que establezca un sistema de reajuste anual del saldo de la indemnización, con el objeto de mantener su valor. No podrán iniciarse ni efectuarse nuevas expropiaciones indemnizables a plazo si existe retardo en el pago de los créditos provenientes de anteriores expropiaciones realizadas en conformidad al inciso anterior. En la Ley de Presupuesto se entenderá siempre consultado el ítem necesario para el servicio de dichos créditos, y sus cuotas vencidas servirán para extinguir toda clase de obligaciones a favor del Fisco. La Tesorería General de la República pagará las cuotas vencidas más reajuste e intereses contra la presentación del título correspondiente."

La finalidad de esta reforma constitucional era hacer viable la Reforma Agraria iniciada el año 1962 por el Presidente Jorge Alessandri. Esto explica la autorización de la toma de posesión material anticipada del bien expropiado que autoriza la Constitución cuando se trate de expropiaciones para obras públicas de urgente realización o de predios rústicos. También dispuso que los particulares pudieran reclamar de la procedencia de la expropiación y del monto de la indemnización.

- 2) Reforma del año 1967: Correspondiente a la quinta modificación constitucional en virtud de la Ley 16.615 de 20 de Enero de 1967, cuyo artículo único sustituyó por completo el número 10 del artículo 10°, siendo la segunda reforma consecutiva que incide en materia de derecho de propiedad, dejándolo como sigue: "10. El derecho de propiedad en sus diversas especies. La ley establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos. La función social de la propiedad comprende cuanto exijan los intereses generales del Estado, la utilidad y salubridad públicas, el mejor aprovechamiento de las fuentes y energías productivas en el servicio de la colectividad y la elevación de las condiciones de vida del común de los habitantes. Cuando el interés de la comunidad nacional lo exijan, la ley podrá reservar al Estado el dominio exclusivo de recursos naturales,

bienes de producción u otros, que declare de importancia preeminente para la vida económica, social o cultural del país. Propenderá, asimismo, a la conveniente distribución de la propiedad y a la constitución de la propiedad familiar. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o interés social, calificada por el legislador. El expropiado tendrá siempre derecho a indemnización cuyo monto y condiciones de pago se determinarán equitativamente tomando en consideración los intereses de la colectividad y de los expropiados. La ley determinará las normas para fijar la indemnización, el tribunal que conozca de las reclamaciones sobre su monto, el que en todo caso fallará conforme a derecho, la forma de extinguir esta obligación, y las oportunidades y modo en que el expropiador tomará posesión material del bien expropiado. Cuando se trate de expropiación de predios rústicos, la indemnización será equivalente al avalúo vigente para los efectos de la contribución territorial, más el valor de las mejoras que no estuvieren comprendidas en dicho avalúo, y podrá pagarse con una parte al contado y el saldo en cuotas en un plazo no superior a treinta años, todo ello en la forma y condiciones que la ley determine. La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular. En este caso, los dueños de las aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de concesionarios de un derecho de aprovechamiento y sólo tendrán derecho a la indemnización cuando, por la extinción total o parcial de ese derecho, sean efectivamente privados del agua suficiente para satisfacer, mediante un uso racional y beneficioso, las mismas necesidades que satisfacían con anterioridad a la extinción. La pequeña propiedad rústica trabajada por su dueño y la vivienda habitada por su propietario no podrán ser expropiadas sin previo pago de indemnización”.

El objetivo principal de esta reforma fue regular el derecho de propiedad y entregar las herramientas al Estado para que asegurara el cumplimiento de la función social que la propiedad privada por su naturaleza tiene. Estableció, mediante una enumeración, qué comprende la función social de la propiedad y otorgó

atribuciones al Estado para hacerla accesible a todos los habitantes de la República. Por último, dio al legislador el mandato de determinar, mediante una norma, la forma de fijar los montos de indemnización expropiatoria, la forma de extinguir la obligación de indemnizar y las oportunidades y modos en que el expropiador tomaría posesión material del bien expropiado.

- 3) Reforma del año 1971: Correspondiente a la octava modificación constitucional en virtud de la Ley 17.398 de 9 de Enero de 1971. Corresponde a una de las reformas más significativas de la Constitución de 1925, que nació del acuerdo entre la Unidad Popular y la Democracia Cristiana y que tuvo como principal objetivo incorporar al texto constitucional una serie de reformas que garantizaran “la plena subsistencia de un régimen de convivencia democrática y de libertades públicas”²⁸. Esta ley de reforma constitucional, denominada Estatuto de Garantías, contiene una serie de reformas que propenden al fortalecimiento del Estado de Derecho y una ampliación y desarrollo de los derechos personales de las personas que habitan en Chile.

En relación a las garantías constitucionales establecidas en el artículo 10 de la Carta Fundamental, la Ley 17.398 introduce las siguientes modificaciones:

- a) Se agrega el artículo 9° al Título III sobre Garantías Constitucionales, con el siguiente texto: “La Constitución asegura a todos los ciudadanos el libre ejercicio de los derechos políticos, dentro del sistema democrático y republicano. Todos los chilenos pueden agruparse libremente en partidos políticos, a los que se le reconoce la calidad de personas jurídicas de derecho público y cuyos objetivos son concurrir de manera democrática a determinar la política nacional. Los partidos políticos gozarán de libertad para darse la organización interna que estimen conveniente, para definir y modificar sus declaraciones de principios y programas y sus acuerdos sobre

²⁸

VERDUGO MARINKOVIC, MARIO Y OTROS. Op. cit., p.33.

política concreta, para presentar candidatos en las elecciones de regidores, diputados, senadores y Presidente de la República, para mantener secretarías de propaganda y medios de comunicación y, en general, para desarrollar sus actividades propias. La ley podrá fijar normas que tengan por exclusivo objeto reglamentar la intervención de los partidos políticos en la generación de los Poderes Públicos. Los partidos políticos tendrán libre acceso a los medios de difusión y comunicación social de propiedad estatal o controlados por el Estado, en las condiciones que la ley determine, sobre la base de garantizar una adecuada expresión a las distintas corrientes de opinión en proporción a los sufragios obtenidos por cada una en la última elección general de diputados y senadores o regidores".

Con esta modificación se consagran expresamente los derechos políticos de todos los ciudadanos de la República y se eleva a rango constitucional, de manera explícita, a los partidos políticos.

- b) Se sustituye el número 3 del artículo 10° por el siguiente texto: "La libertad de emitir, sin censura previa, sus opiniones, de palabra o por escrito, por medio de la prensa, la radio, la televisión o en cualquiera otra forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de esta libertad, en la forma y casos determinados por la ley. No podrá ser constitutivo de delito o abuso sustentar y difundir cualquiera idea política. Toda persona natural o jurídica ofendida o aludida por alguna información, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el órgano de publicidad en que esa información hubiere sido emitida. Todas las corrientes de opinión tendrán derecho a utilizar, en las condiciones de igualdad que determine la ley, los medios de difusión y comunicación social de propiedad o uso de particulares. Toda persona natural o jurídica, especialmente las universidades y los partidos políticos, tendrán el derecho de organizar, fundar y mantener diarios, revistas, periódicos y estaciones

transmisoras de radio, en las condiciones que establezca la ley. Sólo por ley podrá modificarse el régimen de propiedad y de funcionamiento de esos medios de comunicación. La expropiación de los mismos podrá únicamente realizarse por ley aprobada, en cada Cámara, con el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio. La importación y comercialización de libros, impresos y revistas serán libres sin perjuicio de las reglamentaciones y gravámenes que la ley imponga. Se prohíbe discriminar arbitrariamente entre las empresas propietarias de editoriales, diarios, periódicos, revistas, radiodifusoras y estaciones de televisión en lo relativo a venta o suministro en cualquier forma de papel, tinta, maquinarias u otros elementos de trabajo, a respecto de las autorizaciones o permisos que fueren necesarios para efectuar tales adquisiciones, dentro o fuera del país. Sólo el Estado y las Universidades tendrán el derecho de establecer y mantener estaciones de televisión, cumpliendo con los requisitos que la ley señale. Queda garantizada la circulación, remisión y transmisión, por cualquier medio, de escritos, impresos y noticias, que no se opongan a la moral y a las buenas costumbres. Sólo en virtud de una ley, dictada en los casos previstos en el artículo 44, N° 12, podrá restringirse el ejercicio de esta libertad;".

Se consagra la libertad de expresión en términos similares a la disposición inicial que trata este tema, pero ampliando ciertos aspectos de la misma, tales como el derecho de quien se sienta ofendido a solicitar correspondiente aclaración o rectificación, y la exclusividad otorgada al Estado y las Universidades de establecer y mantener estaciones de televisión, en virtud de la importancia que tiene este medio de comunicación masiva.

- c) Se sustituye el número 4 del artículo 10°, quedando como sigue: "El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas. En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca;".

Esta nueva disposición entrega al legislador establecer las disposiciones generales relativas a las reuniones en lugares de uso público, a diferencia del texto anterior que lo entregaba a los reglamentos de policía.

- d) Se sustituye el número 7 del artículo 10° por el siguiente texto: “La libertad de enseñanza. La educación básica es obligatoria. La educación es una función primordial del Estado, que se cumple a través de un sistema nacional del cual forman parte las instituciones oficiales de enseñanza y las privadas que colaboren en su realización, ajustándose a los planes y programas establecidos por las autoridades educacionales. La organización administrativa y la designación del personal de las instituciones privadas de enseñanza serán determinadas por los particulares que las establezcan, con sujeción a las normas legales. Sólo la educación privada gratuita y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su financiamiento, de acuerdo a las normas que establezca la ley. La educación que se imparta a través del sistema nacional será democrática, y pluralista y no tendrá orientación partidaria oficial. Su modificación se realizará también en forma democrática, previa libre discusión en los organismos competentes de composición pluralista. Habrá una Superintendencia de Educación Pública, bajo la autoridad del Gobierno, cuyo Consejo estará integrado por representantes de todos los sectores vinculados al sistema nacional de educación. La representación de estos sectores deberá ser generada democráticamente. La Superintendencia de Educación tendrá a su cargo la inspección de la enseñanza nacional. Los organismos técnicos competentes harán la selección de los textos de estudio sobre la base de concursos públicos a los cuales tendrán acceso todos los educadores idóneos, cualquiera que sea su ideología. Habrá facilidades equitativas para editar y difundir esos textos escolares, y los establecimientos educacionales tendrán libertad para elegir los que prefieran. Las Universidades estatales y las particulares reconocidas por el

Estado son personas jurídicas dotadas de autonomía académica, administrativa y económica. Corresponde al Estado proveer a su adecuado financiamiento para que puedan cumplir sus funciones plenamente, de acuerdo a los requerimientos educacionales, científicos y culturales del país. El acceso a las Universidades dependerá exclusivamente de la idoneidad de los postulantes, quienes deberán ser egresados de la enseñanza media o tener estudios equivalentes, que les permitan cumplir las exigencias objetivas de tipo académico. El ingreso y promoción de profesores e investigadores a la carrera académica se hará tomando en cuenta su capacidad y aptitudes. El personal académico es libre para desarrollar las materias conforme a sus ideas, dentro del deber de ofrecer a sus alumnos la información necesaria sobre las doctrinas y principios diversos y discrepantes. Los estudiantes universitarios tienen derecho a expresar sus propias ideas y a escoger, en cuanto sea posible, la enseñanza y tuición de los profesores que prefieran;".

Esta nueva disposición consagra expresamente la libertad de enseñanza, constituyendo una de las disposiciones más extensas y, por cierto, una de las de mayor relevancia dentro de este paquete de reformas constitucionales de 1971. Entre lo más destacado se encuentra la obligatoriedad de la enseñanza primaria – actual enseñanza básica –, la consagración de que la educación es una función “primordial” del Estado, alejándose así de la antigua disposición que señalaba que la educación primaria constituía una atención “preferente” del Estado y establece un sistema de financiamiento para la educación particular sólo para aquellos establecimientos en que la educación privada no persiga fines de lucro.

- e) Se sustituye el número 13° del artículo 10 por el siguiente texto: “La inviolabilidad de la correspondencia epistolar y telegráfica y de las comunicaciones telefónicas. No podrán abrirse, ni interceptarse, ni

registrarse los papeles o efectos públicos, sino en los casos expresamente señalados en la ley”.

- f) En materia de remuneraciones participativas, la Ley 17.398 da un giro importante, pues modifica la Constitución de 1925 de tal forma que deja consagrado expresamente el derecho a una “justa participación” en los beneficios que producto del trabajo se obtenga. La mencionada ley sustituye el número 14 del artículo 10 por el siguiente texto: “La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de éste, a una remuneración suficiente que asegure a ella y a su familia un bienestar acorde a la dignidad humana y una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan²⁹. El derecho a sindicarse en el orden de sus actividades o en la respectiva industria o faena, y el derecho de huelga, todo ello en conformidad a la ley. Los sindicatos y las federaciones y confederaciones sindicales, gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. Los sindicatos son libres para cumplir sus propios fines. Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.”

Esta modificación consagra constitucionalmente los llamados derechos sociales, incorporando en la Constitución de 1925 atributos tan importante como son, entre otros, el derecho al trabajo y a su libre elección, el derecho a una justa remuneración que aseguren al trabajador y su familia un bienestar acorde a la dignidad humana y el derecho a una justa participación en los beneficios que de la actividad del trabajo provengan.

²⁹

Subrayado no corresponde al texto original.

La inclusión del derecho a una justa participación en los beneficios instaló a Chile dentro de un grupo muy acotado de países Latinoamericanos que consagraban constitucionalmente el derecho a la participación en las utilidades, siendo México el país precursor de estos y que, sin ir más lejos, ha mantenido vigente esta disposición constitucional hasta el día de hoy.

Sin embargo, la incorporación de este derecho a la participación en las utilidades causó desconfianza en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República de Chile, también llamada Comisión Ortúzar, que fue constituida el año 1973 con la finalidad de preparar el anteproyecto de la que sería la Constitución del año 1980, optando por excluir este párrafo de la Constitución de 1925 del nuevo proyecto de Constitución, con la consiguiente eliminación de la consagración en la Carta Fundamental del derecho al trabajo, el derecho a una justa remuneración y el derecho a una justa participación en las utilidades que provengan de las actividades del trabajador.

1.4.1.8. Constitución de 1980

El 11 de Septiembre del año 1973 se produce un quiebre institucional en Chile producto de un golpe de Estado, constituyéndose una Junta Militar liderada por el General del Ejército del periodo, don Augusto Pinochet Ugarte. La Junta Militar decide entonces disolver el Congreso Nacional y suspender las garantías constitucionales consagradas en la Constitución de 1925 que, sin perjuicio de aquello, fue declarada vigente por este organismo.

A pocos días de del golpe militar comenzó a reunirse una Comisión designada por la Junta de Gobierno y oficializada mediante Decreto Supremo N° 1.064 de 25 de

Octubre de 1973, la cual tuvo por objeto estudiar, elaborar y proponer un anteproyecto para la nueva Constitución de la República. A esta Comisión se le conoce como Comisión Ortúzar, en honor a su presidente, don Enrique Ortúzar Escobar, ex ministro de Justicia y de Relaciones Exteriores del presidente Jorge Alessandri.

La nueva Carta Fundamental, promulgada el año 1980, innova en materia de garantías constitucionales, y particularmente a lo que dice relación con el derecho al trabajo, su libre ejercicio y su protección. Es ahora el artículo 19 el precepto donde se regulan las garantías constitucionales, y el número 16 donde se regula particularmente la libertad de trabajo y su protección. Al respecto, la Comisión Ortúzar impulsa un cambio importante en relación a lo establecido en la Constitución de 1925.

El nuevo artículo 19, “La Constitución asegura a todas las personas: 16°.- La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad y en la idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chileno o límites de edad para determinados casos. Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos [sic]. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya

organización y atribuciones se establecerán en ella. No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso”.

Este nuevo artículo 19 número 16 reglamenta figuras tales como la libertad de trabajo, la libertad de contratación, la libertad de industria y comercio, pero a la vez, reemplaza conceptos importantes incorporados por la Constitución de 1925, tales como el derecho a una justa remuneración y a una justa participación en los beneficios que de la actividad del trabajador provengan, por el concepto de justa retribución. La Comisión Ortúzar decidió no incluir en el proyecto de Constitución el inciso primero del número 14 del artículo 10 de la Constitución de 1925, inciso donde se encontraba la consagración constitucional de las remuneraciones participativas y la justa remuneración. El argumento expuesto por la Comisión fue que la frase “justa remuneración en los beneficios que de su actividad provengan” podría abrir la puerta a que los trabajadores hicieran exigible este derecho ante los tribunales de justicia, aludiendo que es un derecho constitucional. Además, señaló que el término “beneficios” es genérico, e incluye tanto remuneraciones como cualquier otro tipo de beneficios sociales. Por último, señalan que si se confiere el “derecho a una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan, después de haberle asegurado ya una remuneración suficiente – de manera que no se está refiriendo a la remuneración, pues ya se le aseguró una remuneración suficiente –, obviamente se puede estimar que se está refiriendo a las utilidad de la empresa, y podría dar lugar el día de mañana a la situación conflictiva”³⁰ de que “un trabajador o un grupo de los

³⁰ EVANS, ENRIQUE. Los derechos constitucionales, tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1986. p. 226.

mismos, asociados en sindicato o no, puedan impetrar, con este único fundamento constitucional, la participación en los beneficios de una empresa y obtener que sea regulada por el juez al que recurran”³¹. Por lo anterior, se suprime la alusión a la “justa participación en los beneficios que de su actividad provenga” y se reemplaza el concepto de “remuneración suficiente que asegure a ella y a su familia un bienestar acorde a la dignidad humana” por el de “justa retribución”.

Con el concepto de justa retribución, el Constituyente de 1980 elimina la consagración del derecho social en el número 16 del artículo 19. En cambio, utiliza términos “algo ambiguos y elásticos”³², generando incertidumbre en quienes aplican el Derecho. Este nuevo concepto, más que garantizar una situación de hecho, se convierte en una consecuencia de la relación entre la prestación y la naturaleza del servicio realizado, siendo entonces la justa retribución “aquella que se condice con el tipo de trabajo que ejecuta el sujeto y las condiciones sociales y económicas en que se desarrolla el mismo”³³. Pese a ello, la Comisión Ortúzar consideró que este nuevo concepto era más inclusivo que el consagrado en la Constitución de 1925, pues se entendería que tienen derecho a una justa retribución todo aquel que ejecute cualquier tipo de trabajo que se pague, ya sea por remuneraciones – que incluye al salario y a la participación en las utilidades –, por honorarios o por la retribución del trabajo independiente.

Con estos argumentos y raciocinios, se eliminó entonces toda alusión a las utilidades o beneficios de la empresa como forma de remuneración.

³¹ EVANS, ENRIQUE. Op.cit. p. 225

³² IRURETA URIARTE, Pedro. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de investigaciones jurídicas. Santiago, Chile. 2006. p. 67.

³³ IRURETA URIARTE, Pedro. Op. cit. p.68.

1.4.2. Desarrollo en el Código del Trabajo

El primer antecedente legal que se tiene de la gratificación se remonta al artículo 21 del Decreto Ley N° 857, del 11 de Noviembre de 1925. Este artículo señalaba que “los establecimientos industriales y comerciales dedicarán una cantidad no inferior al 20% de la utilidad líquida de cada año para gratificar a sus empleados, pero la gratificación no será superior, en todo caso, salvo estipulación en contrario, al 25% del sueldo anual, considerando todo sueldo hasta un máximo de mil pesos mensuales. En las provincias de Tacna, Tarapacá y Antofagasta se considerará como sueldo máximo el de 1.500 pesos. El 50% de esta cantidad se distribuirá a prorrata de los sueldos, y el otro 50% a prorrata de los años de servicio de cada empleado. Si en este último caso resultare algún remanente, lo distribuirá el empleador a su arbitrio entre sus empleados.”³⁴ Se puede observar, en este primer antecedente, un sistema bastante complejo que combina la utilidad propiamente tal con un tope en base al sueldo anual del trabajador, que varía también de la región en que se presten los servicios. Asimismo, la repartición de esta gratificación se prorrotea de acuerdo a, nuevamente, el sueldo del trabajador y también de acuerdo a sus años de servicio. Por último, también se da cabida al “arbitrio” del empleador, para repartir los remanentes que resulten de la aplicación de este sistema de gratificaciones. En todo caso, se reparte efectivamente el 20% de la utilidad líquida, tratándose entonces de una verdadera remuneración participativa dependiente de las utilidades de la empresa.

A comienzos de los años 30 comienza a codificarse la legislación laboral. El año 1931 se dicta el primer Código del Trabajo, el cual, a la fecha, ha tenido numerosas reformas en lo relativo a remuneraciones participativas.

³⁴ SALAMERO ROJAS, ALVARO. Las gratificaciones en el derecho laboral chileno, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999. p. 31

1.4.2.1. Código de Trabajo de 1931.

El citado artículo 21 del Decreto Ley N° 857 se recogió en el artículo 146³⁵ del Código del Trabajo de 1931, el cual “tuvo un nacimiento irregular, pues no se discutió en el Parlamento, sino que se aprobó como Decreto con Fuerza de Ley N° 178 de 13 de Mayo de 1931, a base del proyecto preparado por una comisión técnica especial que designó el Presidente Ibáñez y conforme a una amplísima facultad de legislar que le había conferido el Congreso”³⁶.

Con la implementación de este nuevo cuerpo legal, surgen importantes cambios en relación a la antigua legislación. El primer lugar, el remanente no se distribuiría más al arbitrio del empleador, sino que, según señalaba el artículo 148 N° 5 del nuevo Código del Trabajo, “el remanente será distribuido entre los empleados de mayor competencia y consagración al trabajo”³⁷ Sin embargo, en la práctica no se pagaba este remanente, ya que resultaba ser “muy relativa, pues se trataba de una cuestión de hecho difícil de establecer. Además, la ley no señalaba quien o quienes debían valorar esta mayor competencia y consagración al trabajo, y el empleador, al ser requerido para hacerlo -ya que parecería ser el más indicado para efectuar esa valoración-, muy bien podía excusarse con el argumento de que él no encontraba entre ninguno de sus empleados las calidades que la ley señalaba para hacerlos acreedores al beneficio, máxime aún, si se considera que esta disposición -N°5 del artículo 148- se había

³⁵ VALENZUELA ROJAS, ARMANDO; RUIZ DE GAMBOA ALBERTO. Consultor práctico de la legislación chilena del trabajo. Santiago, Chile. 1933. p. 44

³⁶ HUMERES M, HÉCTOR Y HUMERES N, HÉCTOR. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 14° edición. Editorial Jurídica de Chile. 1994. p. 68

³⁷ VALENZUELA ROJAS, ARMANDO; RUIZ DE GAMBOA ALBERTO. Op. cit. p. 44.

dictado con el objeto de premiar a aquellos que se hicieren merecedores al estímulo”.³⁸

En este Código se puede encontrar el origen del actual mecanismo que consagra el artículo 50°, ya que el artículo 147 estableció que “el empleador que abone a sus empleados el 25 por ciento de sus sueldos dentro de los máximos legales, queda eximido de todo cargo por capítulo de gratificaciones, sea cual fuere la utilidad que obtuviere”³⁹. A diferencia de la gratificación que establecía el artículo 146, esta alternativa se desvinculaba totalmente de las utilidades que obtuviera la empresa y, por lo tanto, no establecía ninguna distribución del remanente.

1.4.2.2. Reforma de 1950

La Ley N° 9.581, del 3 de marzo de 1950, reformó el Código del Trabajo vigente, teniendo como objetivo “aumentar la gratificación legal y la imposición ya indicada a fin de compensar a los asalariados por la disminución que dichos beneficios habían sufrido como consecuencia de la desvalorización monetaria”.⁴⁰ Se modificó el artículo 146 (que repartía el 20% de la utilidad líquida) estableciendo un nuevo tope que ascendía a seis sueldos vitales en Santiago, pudiendo ser mayor en otras regiones del país. Se modificó también el sistema de repartición del remanente, pudiendo ahora distribuirse éste “entre los mismos empleados a prorrata de las gratificación que les correspondiere”⁴¹, lo que parecía más práctico.

³⁸ KOCH GONZÁLEZ, OTTO. La participación de los empleados en las utilidades de una empresa según nuestra legislación, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1960. p. 13

³⁹ VALENZUELA ROJAS, ARMANDO; RUIZ DE GAMBOA, ALBERTO. Op. cit. p. 44

⁴⁰ KOCH GONZÁLEZ, OTTO. Op. cit. p. 30

⁴¹ KOCH GONZÁLEZ, OTTO. Op. cit. p. 14

Esta reforma trajo consigo una gran discusión, ya que no existió pronunciamiento sobre el artículo 147 que eximía del pago de la gratificación abonando el 25% de los sueldos, dentro de los máximos legales. Al respecto, Otto Koch sostiene que la reforma había derogado tácitamente al artículo 147, ya que “la idea que guiaba al legislador en el momento de dictarse la Ley 9.581 era la de cambiar todo el sistema existente y establecer un sistema de gratificación legal que debía enmarcarse dentro de un límite que no podía ir más allá de un veinte por ciento de las utilidades líquidas que diera una empresa, pero tampoco podía ser menor”.⁴² Como fundamento de su conclusión cita a la Comisión del Trabajo del Senado que modificó el artículo 146: “La Comisión cree, asimismo, conveniente que la participación de las utilidades se encuadre dentro del 20% que fija el Código, a fin de que (...) el excedente se distribuya entre los mismos empleados”.⁴³

Sin embargo, la jurisprudencia⁴⁴ y la doctrina mayoritaria estimaron que la reforma no alcanzaba al artículo 147 y que las dos alternativas anteriores se mantenían. Los profesores Francisco Walker L., Carlos Vergara, Alfredo Gaete y Gustavo Lagos M. sostienen que “quedan siempre vigentes los dos sistemas anteriores, habiendo variado solamente la reglamentación de uno de ellos”⁴⁵. De esta forma, el citado artículo 147 se mantenía intacto, modificándose solamente su pago en cuanto a los nuevos máximos legales que establecía la reforma al artículo 146. El fundamento principal de esta posición era “que el Congreso no aludió al artículo 147”⁴⁶

⁴² KOCH GONZÁLEZ, OTTO. Op. cit. p. 16

⁴³ KOCH GONZÁLEZ, OTTO. Op. cit. p. 56

⁴⁴ Ver CS, 4.6.1951, RDJ, T. XLVIII (1951), sec. 3º, p. 21

⁴⁵ KOCH GONZÁLEZ, OTTO. Op. cit. p. 33

⁴⁶ KOCH GONZÁLEZ, OTTO. Op. cit. p. 55

durante su discusión. Esta última interpretación fue la que finalmente predominó, sirviendo como base para las reformas al Código del Trabajo que sucedieron a la Ley 9.581.

1.4.2.3. Reforma de 1978. DL 2.200

Esta reforma – Decreto Ley 2.200 publicado el 15 de Junio de 1978 –, tampoco tuvo discusión parlamentaria. Ésta se preocupó de sistematizar todas las gratificaciones específicas existentes a la época⁴⁷, a saber:

- Gratificación del 20% de las utilidades para los empleados -establecido en el artículo 146 Código del Trabajo y al cual nos hemos referido en los párrafos anteriores-.
- Gratificación del 10% de las utilidades para los obreros sindicalizados.
El artículo 402 del Código del Trabajo señalaba que las empresas “dedicarán una cantidad no inferior al diez por ciento de la utilidad líquida de cada año, a participar a sus obreros. La participación no será superior, en ningún caso, al seis por ciento de los salarios de los obreros pertenecientes al Sindicato”⁴⁸.
- Estatuto de los Trabajadores del Cobre -Decreto 313 de 1956, reformado hasta 1970-.

⁴⁷ Asimismo, también incorporó nominalmente la participación directa de las utilidades, estableciéndolo en su artículo 51 letra d) lo siguiente: “Participación, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma”. Se trata de una remuneración voluntaria y que se ha mantenido invariable hasta el día de hoy, en el artículo 42 letra d).

⁴⁸ VALENZUELA ROJAS, ARMANDO; RUIZ DE GAMBOA ALBERTO. Op. cit. p. 71

Este estatuto establecía la repartición del 30% de las utilidades con topes del 25% de la remuneración y 10 I.M.M. -Ingresos Mínimos Mensuales-⁴⁹ a los mineros del cobre.

El resultado de la reforma fue establecer un sistema común de gratificaciones para todos los trabajadores, no existiendo ya la distinción entre empleados, obreros sindicalizados y trabajadores del cobre. En el artículo 55 del Código se fijó una gratificación del 30% de las utilidades, que equivale a la suma del 20% de los empleados más el 10% de los obreros sindicalizados y coincide con el 30% de los trabajadores del cobre. Además, a diferencia de las regulaciones anteriores, no se establecería tope alguno. Por otro lado, continuando con la lógica de los dos sistemas independientes, se consagró en el artículo 58 el pago del 25% de las remuneraciones con un tope de 4,75 I.M.M. -la unidad monetaria utilizada en el Estatuto de los Trabajadores del Cobre-, que significaba un máximo legal propio, desligado totalmente de la gratificación propiamente tal del artículo 55⁵⁰. Esta reforma terminó por consagrar la visión de dos alternativas independientes para pagar las gratificaciones, desvinculándose una de ellas totalmente de las utilidades de la empresa.

Este sistema dual no ha contemplado variaciones significativas hasta el día de hoy, salvo el número de sus artículos y las reformas efectuadas por la Ley 19.250 -publicada el 30 de Septiembre de 1993- y por la Ley 19.630 -publicada el 4 de Septiembre de 1999-, las cuales modificaron el artículo 48 sobre el procedimiento para determinar la utilidad líquida de la empresa. En definitiva, la regulación que nos rige actualmente en cuanto a remuneraciones participativas, se compone básicamente de los siguientes artículos:

⁴⁹ GAETE BERRIOS, ALFREDO. Estatuto de los Trabajadores del Cobre. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1971

⁵⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Recopilación de Decretos Leyes. Tomo 73. Santiago, Chile. 1979. p. 180-181

“Artículo 42: Constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:

(...)

d) participación, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma, y

e) gratificación, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.

Artículo 46: Si las partes convinieren un sistema de gratificaciones, éstas no podrán ser inferiores a las que resulten de la aplicación de las normas siguientes.

Artículo 47: Los establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas y cualesquiera otros que persigan fines de lucro, y las cooperativas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros, tendrán la obligación de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción no inferior al treinta por ciento de dichas utilidades o excedentes. La gratificación de cada trabajador con derecho a ella será determinada en forma proporcional a lo devengado por cada trabajador en el respectivo período anual, incluidos los que no tengan derecho.

Artículo 48: Para estos efectos se considerará utilidad la que resulte de la liquidación que practique el Servicio de Impuestos Internos para la determinación del impuesto a la renta, sin deducir las pérdidas de ejercicios anteriores; y por utilidad líquida se entenderá la que arroje dicha liquidación deducido el diez por ciento del valor del capital propio del empleador, por interés de dicho capital.

Respecto de los empleadores exceptuados del impuesto a la renta, el Servicio de Impuestos Internos practicará, también, la liquidación a que se refiere este artículo para los efectos del otorgamiento de gratificaciones.

Los empleadores estarán obligados a pagar las gratificaciones al personal con el carácter de anticipo sobre la base del balance o liquidación presentada al Servicio de Impuestos Internos, en tanto se practica la liquidación definitiva.

Artículo 49: Para los efectos del pago de gratificaciones, el Servicio de Impuestos Internos determinará, en la liquidación, el capital propio del empleador invertido en la empresa y calculará el monto de la utilidad líquida que deberá servir de base para el pago de gratificaciones. El referido Servicio comunicará este antecedente al Juzgado de Letras del Trabajo o a la Dirección del Trabajo, cuando éstos lo soliciten. Asimismo, deberá otorgar certificaciones en igual sentido a los empleadores, sindicatos de trabajadores o delegados del personal cuando ellos lo requieran, dentro del plazo de treinta días hábiles, contado desde el momento en que el empleador haya entregado todos los antecedentes necesarios y suficientes para la determinación de la utilidad conforme al artículo precedente.

Artículo 50: El empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo 47, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales. Para determinar el veinticinco por ciento anterior, se ajustarán las remuneraciones mensuales percibidas durante el ejercicio comercial conforme a los porcentajes de variación que hayan experimentado tales remuneraciones dentro del mismo.

Artículo 51: En todo caso, se deducirán de las gratificaciones legales cualesquiera otras remuneraciones que se convengan con imputación expresa a las utilidades de la empresa.

Artículo 52: Los trabajadores que no alcanzaren a completar un año de servicios tendrán derecho a la gratificación en proporción a los meses trabajados”.

Como hemos podido ver a través del desarrollo legislativo desde el año 1925 hasta el día de hoy, el sistema único e integral que existía en un principio fue dividiéndose durante su desarrollo, hasta desembocar en el sistema dual que existe hoy, con una alternativa -consagrada en el artículo 50- totalmente desligada de las utilidades de la empresa, perdiendo así la naturaleza jurídica de remuneración participativa que tuvo la gratificación en un comienzo. Creemos que el momento clave dentro de esta evolución y que fue decisivo en cuanto a las regulaciones que vendrían, fue la interpretación que se dio a la reforma de la Ley N° 9.581, del 3 de marzo de 1950. La interpretación mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia fue confirmar la eximición que existía para pagar gratificaciones, consistente en el pago del 25% de los sueldos dentro de ciertos topes legales. La esencia de esta norma se mantiene hasta el día de hoy, presente en el artículo 50 del Código del Trabajo. Si hubiera predominado la interpretación minoritaria contenida en la tesis citada de don Otto Koch, en cuanto existió una derogación tácita de tal norma, contaríamos con un sistema bastante distinto actualmente y las gratificaciones tendrían una verdadera naturaleza participativa.

CAPÍTULO II:
LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS EN EL DERECHO LABORAL
CHILENO

Teniendo claro ya el proceso doctrinario y legislativo que ha conducido al actual sistema de remuneraciones participativas, profundizaremos en su concepto y naturaleza jurídica, para así luego analizar si encuentran cabida en las distintas remuneraciones que contempla el Código del Trabajo.

2.1. Las remuneraciones en general

La remuneración como objeto de estudio es de vital importancia tanto para la existencia como para desarrollo de la relación laboral.

Por una parte, constituye la principal obligación del empleador para con el trabajador. Esto se desprende de la definición de contrato individual de trabajo que entrega el artículo 7° del Código del Trabajo, señalando que corresponde a “una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”⁵¹. La causa jurídica de esta obligación es la prestación de servicios personales que realiza el trabajador, bajo la subordinación y dependencia del empleador, siendo este elemento trascendental, pues de no existir, estaríamos hablando de otro tipo de contratos, como por ejemplo, un contrato de arrendamiento de servicios en el cual se aplica la legislación civil.

⁵¹ Subrayado no corresponde al texto original.

Por otra parte, tiene importancia en cuanto a la existencia de la relación laboral, puesto que la remuneración constituye un elemento de la esencia del contrato de trabajo, dado que sin ella el contrato de trabajo “no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente...”⁵². De no producir efecto alguno el contrato individual de trabajo no existiría, sin llegar a tener consecuencias jurídicas. De igual forma, podría degenerar en un contrato diferente al contrato individual del trabajo, como es el caso del contrato de práctica profesional, regulado en el inciso tercero del artículo 8° del Código del Trabajo, el cual señala que, si bien este tipo de contratos no darán origen a un contrato de trabajo, “la empresa en que se realice dicha práctica le proporcionará colación y movilización, o una asignación compensatoria de dichos beneficios, convenida anticipada y expresamente, lo que no constituirá remuneración para efecto legal alguno”.

2.1.1. Concepto

Para conceptualizar doctrinariamente la remuneración, los profesores William Thayer Arteaga y Patricio Novoa Fuenzalida hacen una interesante distinción⁵³ entre:

- Remuneración concebida como la “mera contraprestación del empleador en el contrato de trabajo, por los servicios prestados” y
- Remuneración como la “obligación del empleador hacia el trabajador dentro de un marco más amplio, cual es el Derecho del Trabajo”

⁵² Artículo 1444 del Código Civil.

⁵³ THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio. *Manuel de derecho del trabajo*. 4ª ed. actualizada. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010. Tomo III, p. 152.

En el primero caso, se trata simplemente de la contraprestación económica que hace el empleador al trabajador por los servicios que éste efectivamente ha realizado. La segunda acepción, en cambio, acoge una connotación más amplia de remuneración, dado que la contraprestación económica se realiza no sólo por los servicios que el trabajador presta efectivamente al empleador, sino también por el hecho de ponerse a su disposición, bajo subordinación y dependencia, existiendo por lo tanto derechos y obligaciones de ambas partes para con la otra. Esta distinción se realiza en base al artículo 21 del Código del Trabajo, que distingue entre ambos momentos al establecer que “Jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador debe prestar efectivamente sus servicios en conformidad al contrato”. Aquí encontramos la primera acepción de remuneración, la cual compensa por los servicios efectivamente prestados. Luego continúa el artículo: “Se considerará también jornada de trabajo el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador sin realizar labor, por causas que no le sean imputables”. Este inciso contempla la segunda acepción de remuneración, la cual compensa el tiempo en que el trabajador se encuentra a disposición del empleador, pero sin prestar servicios efectivamente.

Por lo anterior, ambos autores han conceptualizado la remuneración como “la contraprestación, cuyo contenido mínimo se encuentra establecido, por la ley o el convenio colectivo, y que tiene por objeto retribuir al trabajador los servicios prestados y por ponerse a disposición del empleador”⁵⁴.

En el plano meramente legal, el Código del Trabajo define remuneración en su artículo 41, señalando que se entiende por aquella “las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especies avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”. Con esta definición, el legislador deja

⁵⁴ THAYER ARTEAGA y Novoa Fuenzalida, Op. cit., p. 153. Como complemento a esta definición, debemos entender que “convenio colectivo” hace alusión también al contrato colectivo contemplado en los artículos 344 y 345 del Código del Trabajo.

abierta una amplia gama de remuneraciones, siempre que estas contraprestaciones se pacten “por causa del contrato de trabajo” y que, según lo señala la parte final del artículo 41, no correspondan a “devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”. Un ejemplo son aquellos bonos que se pagan mes a mes, en forma sostenida en el tiempo, como podría ser el caso de los bonos de vestuario y de asistencia, que en la medida que se paguen mes a mes constituirían sueldo⁵⁵.

Posteriormente el legislador, en el inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, ejemplifica algunas sumas que no constituyen remuneración por tratarse también de devoluciones de gastos, tales como “las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos” y luego incluye también a “las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 162 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual”, para terminar, como ya señalamos que, en general, no constituyen remuneración “las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”.

Esta distinción – entre remuneración y no remuneración – es de gran importancia para diversos ámbitos legales:

- a) Pago de cotizaciones previsionales: El artículo 58 del Código del Trabajo y 19 del Decreto Ley N° 3.500 del año 1980 obliga al empleador a deducir de la remuneración del trabajador el pago de sus cotizaciones previsionales. Para estos efectos, el artículo 14 del Decreto Ley N° 3.500 señala que “se entiende por remuneración la definida en el artículo 41 del Código de Trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso tercero del artículo 20 de esta ley”, que se refiere a los depósitos convenidos.

⁵⁵ Así lo ha declarado tanto la Dirección del Trabajo – Ord. N° 1816/52 del año 2005 – y la Corte de Apelaciones de Arica, año 2010, N° Identificador Legal Publishing 45763.

El no pago o pago incompleto de estas cotizaciones previsionales tienen como sanción la llamada Ley Bustos, señalada en el artículo 162 inciso quinto parte final del Código de Trabajo: “Si el empleador no hubiera efectuado el integro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”⁵⁶. Aquí radica la importancia de determinar con exactitud las sumas que constituyen y las que no constituyen remuneración.

- b) Pago de Impuesto a la Renta: Asimismo, el artículo 58 del Código del Trabajo obliga al empleador a deducir de la remuneración del trabajador el pago de los impuestos que la gravan. El artículo 42 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (artículo 1° de Decreto Ley N° 824 del año 1974) indica qué rentas están afectas al impuesto de segunda categoría, señalando en su N° 1 los “sueldos, sobresueldos, salarios, premios, dietas, gratificaciones, participaciones y cualesquiera otras asimilaciones y asignaciones que aumenten la remuneración pagada por servicios personales, montepíos y pensiones, exceptuadas las imposiciones obligatorias que se destinen a la formación de fondos de previsión y retiro, y las cantidades percibidas por concepto de gastos de representación”. Como deja claro este artículo, la remuneración que sirve de base para aplicar el impuesto a la renta es todo monto que recibe el trabajador por concepto de remuneración o que aumente la remuneración, una vez ya deducidas las cotizaciones previsionales.
- c) Pago del feriado anual: En este caso, según lo señala el artículo 71 del Código del Trabajo, “la remuneración íntegra estará constituida por el sueldo en el caso de los trabajadores sujetos al sistema de remuneración fija”. Continúa en su inciso segundo señalando que “en el caso de trabajadores con remuneraciones variables, la remuneración íntegra será el promedio de lo ganado en los últimos tres meses

⁵⁶ Además, existen multas y sanciones penales tanto en la Ley 17.322 sobre “Normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de Seguridad Social” y el ya citado Decreto Ley 3.500.

trabajados⁵⁷". Por último, los incisos cuarto y quinto señalan que "Si el trabajador estuviere remunerado con sueldo y estipendios variables, la remuneración íntegra estará constituida por la suma de aquél y el promedio de las restantes. Asimismo, la remuneración íntegra durante el feriado deberá incluir la remuneración establecida en el inciso primero del artículo 45, según corresponda", lo que alude al llamado pago de la semana corrida. Este artículo señala expresamente cómo se calcula la remuneración íntegra para efectos del pago del feriado anual, siendo esta norma especial la que prima por sobre la general del artículo 41 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de las remisiones al sueldo, comisión, trato y otro tipo de remuneraciones que señala.

- d) Pago de Licencias médicas: El decreto con fuerza de ley N° 44 del año 1978 regula el pago de las licencias médicas, estableciendo en su artículo 7° que "remuneración neta, para la determinación de las bases de cálculo, es la remuneración imponible con deducción de la cotización personal y de los impuestos correspondientes a dicha remuneración". Continúa el artículo 9° señalando que "las remuneraciones ocasionales o que corresponda a períodos de mayor extensión que un mes, tales como gratificaciones, bonificaciones o aguinaldos de Navidad y Fiestas Patrias, no se considerarán para la determinación de las bases de cálculo establecidas en los artículos anteriores". Si bien es importante la distinción entre los montos que constituyen y los que no constituyen remuneración para determinar los montos aplicables al concepto de remuneración que señalan estos artículos, el mismo legislador se encarga de acotar dicho concepto, excluyendo ciertas remuneraciones, como las gratificaciones, para efectos de determinar la base de cálculo de los subsidios que se otorgan por incapacidad laboral.
- e) Pago de Indemnizaciones por término del contrato de trabajo: A diferencia de los pagos antes señalados, el concepto de remuneración para efectos de calcular las

⁵⁷ Complementa el inciso tercero especificando que "Se entenderá por remuneraciones variables los tratos, comisiones, primas y otras que con arreglo al contrato de trabajo impliquen la posibilidad de que el resultado mensual total no sea constante entre uno y otro mes."

indemnizaciones por años de servicio y sustitutivas del aviso previo ha sido controvertido.

Como ya hemos expuesto, el artículo 41 inciso primero del Código del Trabajo señala qué se entiende por remuneración. Luego, en su inciso segundo, enumera algunos casos de sumas que no constituyen remuneración, tales como “las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 162 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”⁵⁸. Por otro lado, el artículo 172 del mismo cuerpo legal, enmarcado dentro del contexto de las indemnizaciones que debe pagar el empleador por término del contrato de trabajo, señala que “para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprende toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato de trabajo, 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”⁵⁹.

El artículo 41 del Código de Trabajo tiene una clara contradicción con el artículo 172 del mismo cuerpo legal en lo que dice relación con las asignaciones de movilización, pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación y los viáticos, puesto que el artículo 41 los trata como sumas que no constituyen remuneración y el artículo 172 los incluye dentro del concepto de última remuneración –toda cantidad que sean regalías o especies valuadas en dinero –

⁵⁸ Subrayado no corresponde al texto original.

⁵⁹ Subrayado no corresponde al texto original.

para efectos del cálculo de las indemnizaciones señaladas. A este respecto, la jurisprudencia no es uniforme, existiendo distintas interpretaciones entre algunas Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema.

Una primera interpretación es aquella que señala que el artículo 172 inciso primero es una norma especial, por lo tanto, tendría aplicación preferente por sobre el artículo 41 que se trata de una norma de carácter general. El artículo 172 inciso primero señala que la última remuneración mensual comprende “toda cantidad” que estuviere percibiendo el trabajador al momento del término de su contrato de trabajo. Luego, expresamente, incluye tanto las cotizaciones previsionales y “las regalías o especies valuadas en dinero”, donde se comprenderían montos como la asignación de movilización o de colación, y termina este inciso señalando los montos que se excluyen de este concepto de última remuneración. “El inciso 1º del artículo 172 constituye una disposición de carácter especial, que prima sobre toda disposición de tipo remuneracional y que por ende, debe aplicarse en su integridad para determinar el monto de la indemnización por años de servicios que, como la disposición indica, comprende a toda cantidad que el trabajador estuviere percibiendo al momento de terminar el contrato, con la sola excepción de aquellas que expresamente excluye y las de carácter esporádico. Constituye, entonces, una base especial para el cálculo de las indemnizaciones por término del contrato de trabajo, de tal forma que el legislador se aparta del concepto más restringido de remuneración contenido en el artículo 41 del Código del Trabajo, entendiéndose por última remuneración mensual, `toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador´. Por estas razones, la ley y la jurisprudencia administrativa⁶⁰ han dejado establecido entre muchos otros casos que la colación y la movilización no tienen el carácter de remuneración en el sentido del artículo 41, sin embargo son beneficios que se entienden incluidos en el concepto `última remuneración mensual´ del artículo 172, atendido el tenor extensivo del mismo y en aras de la aplicación del

⁶⁰

Por ejemplo, dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2745/042 de 9 de Julio de 2009.

principio protector que inspira esta rama del derecho, debiendo preferirse la interpretación más favorable al trabajador”⁶¹.

Una segunda interpretación señala que es necesario remitirse al artículo 41 del Código del Trabajo para establecer fielmente la última remuneración mensual a que se refiere el artículo 172 del mismo cuerpo legal, pues es el artículo 41 el que define la remuneración y señala qué constituye y qué no constituye remuneración para efectos laborales. Por lo tanto, la única forma de determinar la verdadera naturaleza jurídica de la última remuneración mensual y establecer qué estipendios quedarán incluidos en ella es remitirse al artículo 41 del cuerpo legal ya citado. Así lo ha establecido la misma Corte Suprema, zanjando el tema mediante el recurso de unificación de jurisprudencia: “al utilizar la norma transcrita el término `remuneración´ y que se encuentra definido por la ley en el artículo 41 del cuerpo legal citado, sólo puede concluirse que para efectos de establecer la base de cálculo de las indemnizaciones legales, los estipendios a considerar deben tener la naturaleza de remuneración, que no es el caso de los viáticos ni de la asignación de colación, pues expresamente la norma en estudio los excluye de dicho concepto. En consecuencia, habiéndose determinado por el legislador cuáles son los pagos considerados remuneraciones, a saber, las prestaciones en dinero o las especies valuables en dinero, que tengan como antecedente el contrato de trabajo, ello no puede ser alterado por los jueces del fondo”⁶².

Nos apegamos a la primera interpretación señalada – avalada por algunas Cortes de Apelaciones del país –, puesto que si el legislador hubiese querido ocupar la definición de remuneración del artículo 41 en el artículo 172, se hubiese remitido a él expresamente como lo ha hecho en otras ocasiones, tales como el artículo 14 del Decreto Ley 3.500 ya detallado en la letra a) precedente, para efectos de las

⁶¹ Corte de Apelaciones de Santiago, año 2010, N° Identificador Legal Publishing: J3863/2010.

⁶² Corte Suprema, año 2010, N° Identificador Legal Publishing: 61322.

cotizaciones previsionales. Sin embargo, el legislador no sólo no se remite al artículo 41, sino que además señala que la última remuneración mensual comprende toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por sus servicios al momento de terminar el contrato de trabajo y además, para reforzar ese concepto, señala expresamente que tanto las cotizaciones previsionales como las regalías o especies valuadas en dinero quedarán incluidas, llámense asignaciones de movilización o colación, entre otras, que calzan claramente en el concepto ya indicado. Para finalizar, el legislador señala expresamente las sumas excluidas de esta noción de última remuneración mensual, cerrando así de manera decisiva qué se entenderá por tal para efectos del cálculo de indemnizaciones por término del contrato de trabajo. No queda duda que el legislador prefirió una norma especial para estos casos, reglamentada detalladamente, que una remisión al concepto general de remuneración y sus numerosas excepciones.

- f) Calculo del sueldo base: La Ley N° 20.281 estableció un nuevo concepto de sueldo base, constituyendo como mínimo de sueldo un monto no inferior al ingreso mínimo mensual en los casos de trabajadores contratados por una jornada ordinaria. Para ello, es necesario hacer la distinción entre los montos que constituyen remuneración y los que no, para luego discriminar si los que constituyen, cumplen, a su vez, con los requisitos que los califican como sueldo.

2.1.2. Características

Del concepto de remuneración señalado en el artículo 41 del Código de Trabajo, se pueden desprender las siguientes características:

- 1) Es una prestación pecuniaria, pues se trata de contraprestación en dinero y las adicionales en especies valuables en dinero.

- 2) Es una contraprestación onerosa y retributiva, pues se paga al trabajador por los servicios prestados al empleador.
- 3) Es una contraprestación de carácter contractual, ya que emana de un contrato de trabajo celebrado entre el empleador y el trabajador, o supone su existencia.
- 4) Puede ser de carácter fijo, variable o mixto, y debe pagarse en la forma y en el período acordado en el contrato, de acuerdo a la ley.
- 5) La regla general es que cualquier suma o prestación que reciba el trabajador por parte del empleador se considera remuneración⁶³, salvo las excepciones señaladas en el inciso segundo del artículo 41 del citado cuerpo legal.

2.1.3. Clasificación

Las remuneraciones pueden clasificarse según distintos criterios:

- 1) Según su forma de pago: remuneraciones en dinero y en especie

Esta clasificación se deduce de la definición de remuneración que hace el artículo 41 del Código del Trabajo, señalando que son remuneración aquellas “contraprestaciones en dinero y las especies valuables en dinero”.

La regla general es que las remuneraciones sean en dinero, según se desprende del artículo 54 del mismo Código al señalar que “las remuneraciones se pagarán en moneda de curso legal, sin perjuicio de lo establecido en el inciso segundo del artículo 10 y de lo preceptuado para los trabajadores agrícolas y de casa

⁶³ THAYER ARTEAGA y Novoa Fuenzalida, Op. cit., 154p.

particular”. Excepcionalmente, las remuneraciones serán especies avaluables en dinero, como se desprende de lo contemplado en el artículo 10 inciso segundo, al establecer que “deberán señalarse en el contrato del trabajo los beneficios adicionales que suministrará el empleador, tales como “casa habitación, luz, combustible, alimento u otras prestaciones en especies o servicios”, teniendo siempre un carácter complementario.

2) Según su variación o fijeza: remuneración fija, variable y esporádica

La remuneración fija “es aquella que en forma periódica (semana, quincena o mes) percibe el trabajador”⁶⁴. El monto de esta remuneración está determinado en el contrato de trabajo o, en su defecto, se encuentran las bases numéricas para su cálculo. Ejemplo de ella es el sueldo.

La remuneración variable “es aquella cuyo pago queda subordinado al acaecimiento de determinados supuestos condicionantes que pueden o no ocurrir, o cuya magnitud es imprevisible”⁶⁵. Este tipo de remuneraciones se puede subclasificar, según la base de cálculo que se aplique, en:

- a) Remuneraciones variables que tienen como base de cálculo las utilidades de la empresa o **remuneraciones participativas**: Tal es el caso de la participación y de la gratificación.
- b) Remuneraciones variables que tienen como base de cálculo la producción de la empresa: Caso típico es la remuneración a trato, definida en el artículo 44 inciso segundo del Código del Trabajo.

⁶⁴ THAYER ARTEAGA y Novoa Fuenzalida, Op. cit., p. 162.

⁶⁵ THAYER ARTEAGA y Novoa Fuenzalida, Op. cit., p. 162.

- c) Remuneraciones variables que tienen como base de cálculo las ventas de la empresa: Ejemplo claro es la comisión.
- d) Remuneraciones variables que tienen como base de cálculo una unidad de tiempo: Esta clasificación se desprende del artículo 44 inciso primero del Código del Trabajo que señala que “la remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día, semana, quincena o mes”. Un ejemplo también es el sueldo, el cual depende de las horas ordinarias que se trabajen.

Por último, la remuneración esporádica “es aquel estipendio que se otorga especialmente con motivo de la celebración de ciertos acontecimientos (aguinaldos de Fiestas Patrias, de Navidad, de aniversario de la empresa, etc.); en situaciones de emergencia (gratificaciones extraordinarias); o con motivo de determinados supuestos que configura el trabajador (asignación de vacaciones, de nupcialidad, de escolaridad, etc.).

3) Según su exigibilidad: remuneración obligatoria y voluntaria.

Las remuneraciones obligatorias son aquellas cuya exigibilidad se encuentra establecida por ley o se encuentran pactadas contractualmente. Las remuneraciones voluntarias son aquellas que el empleador entrega como una mera liberalidad y esporádicamente, ya que la ley no se las exige ni se ha obligado contractualmente. En caso de que sea un pago continuo, podría convertirse en una “cláusula tácita”, por aplicación del principio laboral de Primacía de la Realidad y de acuerdo a la jurisprudencia administrativa y judicial vigente.

4) Según el número de personas a las que se otorgue: remuneración individual y colectiva.

La remuneración individual es aquella que se entrega directamente al trabajador con quien ha sido estipulado. Coincide con la definición de remuneración que

señala el artículo 41 del Código del Trabajo. Ejemplos de este tipo de son el sueldo o la comisión, por tratarse de un tipo de remuneración que se pacta entre el empleador y un trabajador por el número de horas trabajadas individualmente o por el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones que este trabajador realice personalmente, respectivamente.

La remuneración colectiva, en cambio, es aquella que se entrega a dos o más trabajadores pertenecientes a una misma empresa en forma conjunta. Ejemplos de ésta son la gratificación y el bono por asistencia, que suele aplicarse en forma transversal. Asimismo, también existen los bonos de producción o por cumplimiento de metas.

5) Según su dependencia: remuneración principal o accesorio.

La remuneración principal es aquella que subsiste por sí misma, independientemente de otra remuneración. En cambio, la remuneración accesorio es aquella que se fija de acuerdo a otra remuneración, como son por ejemplo, las horas extraordinarias. De acuerdo al artículo 32 inciso tercero, “las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria”.

2.2. Las remuneraciones participativas

Nos detendremos en las remuneraciones participativas, que en el número 3 letra a) del punto anterior, definimos como aquellas “remuneraciones variables que tienen como base de cálculo las utilidades de la empresa”. Queremos profundizar en este concepto, explicando su dinámica y naturaleza, para así desarrollar nuestra hipótesis.

2.2.1. Concepto

En base a lo anterior y al artículo 41 del Código del Trabajo, que define a la remuneración, se puede conceptualizar la remuneración participativa como aquella “contraprestación variable consistente en dinero y en las adicionales en especies avaluables en dinero, que percibe el trabajador por causa del contrato de trabajo o por disposición de la ley, y cuya base de cálculo es las utilidades percibidas por la empresa”. De esta forma el trabajador participa también de las utilidades de la empresa, lo que le da el nombre al concepto de remuneración participativa.

2.2.2. Características

Las remuneraciones participativas, además de contar con las características propias – ya analizadas – de toda remuneración por tratarse de una subclasificación de ellas, se pueden clasificar como:

- 1) Es una remuneración en dinero, ya que depende de las utilidades monetarias de la empresa.
- 2) Es una remuneración variable. Como se ha señalado anteriormente, la remuneración variable “es aquella cuyo pago queda subordinado al acaecimiento de determinados supuestos condicionantes que pueden o no ocurrir, o cuya magnitud es imprevisible”⁶⁶. Los “supuestos condicionantes” a los que se refiere la definición corresponden, en primer lugar, a la existencia de utilidades y, en segundo lugar, a la cantidad de utilidades que se generen. Por un lado, la presencia de

⁶⁶ THAYER ARTEAGA y Novoa Fuenzalida, Op. cit., p. 162.

utilidades es, a su vez, requisito de existencia de las remuneraciones participativas, pues aconteciendo este supuesto, nacen este tipo de remuneraciones como un hecho real. Por el otro, la cantidad de utilidades determinará la cantidad a repartir, que puede ser en montos equivalentes o a prorrata de la remuneración de cada trabajador.

Su base de cálculo son las utilidades que la empresa genere. Como ya hemos señalado, las utilidades son requisito de existencia de las remuneraciones participativas. Pero además, en base a las utilidades se determinará el quantum de este tipo de remuneraciones, es decir, el monto a repartir.

El concepto de utilidad puede cambiar dependiendo de la remuneración participativa de que se trate. Por ejemplo, en el caso de la gratificación, el Código del Trabajo define lo que se entiende por utilidad líquida, mientras que en la participación lo deja a la voluntad de las partes. Sin perjuicio de ello, una definición completa de utilidad es el “beneficio obtenido fruto de una inversión o transacción, que es determinada, por lo general, como el valor del producto vendido, descontando el costo de los insumos y la depreciación, menos el pago de los factores contratados, tales como salarios, intereses y arriendos”.⁶⁷ En definitiva, utilidad es la ganancia que deja el precio de un bien vendido, descontándole su costo.

- 3) Su procedencia puede ser obligatoria o voluntaria. Las remuneraciones participativas pueden estar establecidas por el legislador de forma obligatoria, o bien pueden ser un acuerdo entre el trabajador y el empleador establecido en el contrato de trabajo correspondiente. Ejemplo claro de una remuneración participativa obligatoria es la gratificación establecida en el artículo 47 del Código del Trabajo. Un ejemplo de la remuneración participativa voluntaria, es la participación establecida en el artículo 42 letra d) del mismo código.

⁶⁷ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Diccionario Básico Tributario Contable [en línea] <http://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_p.htm> [consulta: 31 de diciembre de 2010]).

- 4) Puede ser una remuneración individual o colectiva, de acuerdo a lo que se establezca en el punto 3 anterior.
- 5) Por último, es una remuneración principal, ya que nunca va a depender de otra remuneración, dado que dependen de las utilidades, las cuales no tienen la naturaleza jurídica de remuneración.

2.2.3. Fundamentos

Para comprender mejor el concepto de remuneraciones participativas, haremos un paralelo con los fundamentos de las remuneraciones variables cuya base de cálculo depende de la producción o ventas, definidas en los puntos 2.1.3.2., letra b y c, respectivamente. Estas últimas las llamaremos, para estos efectos, “incentivos”. Ambas tienen la particularidad de ser remuneraciones variables, pero tienen distintos fundamentos y objetivos, lo que determina que sus bases de cálculo sean solamente los precios o niveles de producción (en el caso de los incentivos) o las utilidades (en el caso de las remuneraciones participativas), yendo un paso más allá en el esquema habitual de las relaciones laborales y sus estructuras remunerativas.

Por un lado, los incentivos tienen claramente un objetivo motivador del trabajo, ya que “juega un rol muy importante en la posibilidad de generar en los trabajadores un verdadero estímulo por hacer mejor las cosas, así como un real compromiso de éstos para con los resultados del negocio. Objetivo éste altamente deseado por todos los empleadores”⁶⁸. Es claro que si un trabajador recibe una mejor remuneración si vende o produce más, será una motivación para vender o producir más. Por otro lado, el

⁶⁸ BERG, HUBERTO. Salarios participativos. Una herramienta para el compromiso. Guía práctica para PYMES. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago, Chile. 2007. p. 16

empleador también le interesa que el trabajador venda o produzca más, por lo que también le interesará esta forma de remuneración. Es un sistema donde ambos actores (trabajador y empleador) pueden resultar beneficiados. Como concluye Berg, “este sistema termina en forma categórica con el viejo mito de que los objetivos de empleadores y trabajadores siempre serán contrapuestos, ya que la ganancia de uno `requeriría´ invariablemente la pérdida del otro. (...) Por el contrario, lo que surge en forma natural y espontánea como consecuencia de la implementación de este tipo de sistema de salarios es un enfoque ganar- ganar”⁶⁹.

Si bien es cierto que es un sistema en que los intereses de los actores coinciden en una mayor venta o producción, no deja de ser cierto que se mantiene el antiguo conflicto de intereses en determinar una mayor o menor remuneración por venta o producto. Claramente el trabajador querrá una mayor remuneración por producto vendido o producido, mientras que el empleador preferirá una menor remuneración por su trabajo, para así tener menores costos y mayores ganancias. Es una cuestión de distribución (primaria) de ingresos, que subyace a la relación laboral. Sin embargo, cabe destacar este modo de remunerar, ya que la empresa podrá “adaptarse a las fluctuaciones del mercado”⁷⁰ y “ajustar sus costos salariales a las situaciones de demanda o de precios que enfrente en diferentes momentos”⁷¹. Por esto, “en períodos de crisis económica, los trabajadores tienen una menor posibilidad de perder el empleo que si tuvieran sólo salario fijo”⁷². Asimismo, el trabajador tendrá la motivación de poder aumentar sus remuneraciones según lo que venda o produzca, lo que dependerá directamente de él. Esta motivación en el trabajo es un elemento clave no solo en el aspecto económico del trabajo, sino también en su aspecto humano,

⁶⁹ BERG, HUMBERTO. Op. Cit. p. 23.

⁷⁰ BERG, HUBERTO. Op. cit. p. 18

⁷¹ BERG, HUBERTO. Op. cit. p. 21

⁷² BERG, HUBERTO. Op. cit. p. 23

dándole sentido a la labor hecha⁷³. Por lo tanto, los incentivos no solo significan una importante estrategia de recursos humanos, sino que también ayudan a la empresa a ser más competitivo dentro de la economía de mercado actual.

Por su lado, las remuneraciones participativas también tienen un componente variable y motivador, ya que el trabajador también verá aumentadas sus remuneraciones en cuanto la empresa tenga mayores utilidades. Sin embargo, a diferencia de las ventas o la producción, las utilidades parecen mucho más lejanas de lo que depende de su trabajo. Las utilidades no están relacionadas solo con el trabajo, sino también de las decisiones administrativas, comerciales y financieras que tome el empleador. Esta facultad, en nuestra legislación, está reservada solamente al empleador. Detengámonos un momento en esta afirmación.

La libertad económica está ampliamente protegida en nuestra constitución. Así, el artículo 19 N° 21 establece “el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Para desarrollar esta actividad económica es necesario tener “toda clase de bienes corporales e incorporales”, cuyo derecho de propiedad está protegido por el N° 24 del mismo artículo. Por último, para consagrar esta protección, la Constitución establece en el N° 16 del artículo 19 “la libertad de trabajo”. Aunque pareciera ser una garantía meramente laboral, “se trata de una garantía amplia y aplicable tanto a trabajadores dependientes como independientes, de corte liberal, que reafirma la idea de autonomía para realizar cualquier actividad

⁷³ “Las compañías que están modificando la modalidad de programas de compensación tradicional, permiten a los trabajadores la oportunidad de beneficiarse de los esfuerzos de sus labores, lo que les puede ayudar a renovar las motivaciones en sus trabajos” (Valenzuela, Elena y Berg, Huberto (2001): “Remuneración Variable en Empresas chilenas. Su relación a la creación de valor”. III Congreso Internacional La Gestión de los Recursos Humanos: ¿En qué hemos cambiado?. Sevilla. España, Mayo.)

productiva lícita”⁷⁴, como lo establece el N° 21 del mismo artículo, ya citado. Esta libertad económica está recogida en nuestro Código del Trabajo, específicamente en el concepto de empresa. El artículo 3° inciso tercero “entiende por empresa toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección (...)”. Esta facultad de dirección sobre los medios de producción está reservada para el titular del trabajo, de los bienes corporales y bienes incorporales, respectivamente. En cuanto al trabajo, el titular se llama `empleador`, que el artículo 3° letra a) del Código del Trabajo lo define como “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. En cuanto a los bienes corporales e incorporales, el titular será quien ejerza el derecho de propiedad o cualquier otro título que le otorgue el uso sobre ellos⁷⁵. Este titular coincidirá generalmente con la persona del empleador, ya que el Código del Trabajo, en distintas disposiciones, propende a eso. Así, su artículo 507 prohíbe el suministro de trabajadores por parte de terceros y lo limita solamente a los casos de subcontratación o servicios transitorios que contrate según el artículo 183-A y siguientes. El artículo 4° incluso establece una presunción de derecho que quien representa al empleador es “la persona que ejerce habitualmente funciones de

⁷⁴ IRURETA, PEDRO. Constitución y Orden Público Laboral. Colección de Investigaciones Jurídicas N° 9, Universidad Alberto Hurtado. Santiago, Chile. 2006. p. 47

⁷⁵ El artículo 4 inciso segundo señala que los nuevos empleadores serán los nuevos dueños, poseedores o meros tenedores de la empresa, sin distinguir por el título que se trate.

El artículo 102 del Código del Trabajo señala, a propósito de la gente de mar o trabajadores portuarios eventuales, que el empleador es “todo dueño o armador u operador a cualquier título de un buque mercante nacional”.

En una relación laboral más indirecta, como en la subcontratación, esta materia está presente en el artículo 183-A que define a la empresa principal como aquella “tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena”. Al respecto, el prof. Palavecino señala que “la relación de la empresa principal con el lugar en que se prestan los servicios no tiene por qué interpretarse en un sentido estrictamente dominical, sino también como una relación posesoria o de mera tenencia u ocupación amparadas por alguna clase de título; o bien interpretarse que la condición de dueño se refiere a los derechos, cualquiera sea su naturaleza, que la empresa principal tiene sobre el espacio físico en que se prestan los servicios y no necesariamente al derecho de propiedad sobre ese espacio físico” (PALAVECINO, CLAUDIO. El elemento locativo en la subcontratación laboral. Revista Laboral Chilena N°160. Santiago, Chile. Octubre, 2007. p. 78). Así lo entendió también la Corte Suprema (ver CS, 10.2000, GJ 244 (2000), p. 200).

dirección”. Por lo tanto, podemos concluir que efectivamente las decisiones administrativas de la empresa las toma el empleador, facultad sobre la cual incluso está prohibido negociar colectivamente (artículo 306, inciso segundo del Código del Trabajo)⁷⁶. En definitiva, el empleador, quien es el dueño también de la empresa, administrará el trabajo y sus bienes. De esta administración, sin duda, dependerá que la empresa tenga más o menos utilidades y, por lo tanto, si su remuneración depende de ellas, el componente motivador se diluye para el trabajador.

¿Cuál es el fundamento entonces de las remuneraciones participativas? Si bien las utilidades no dependen directamente del trabajador, esto no significa que el trabajo no sea fundamental para la marcha de la empresa y, en definitiva, para la obtención de utilidades. “Se ha logrado establecer, en sectores muy amplios de la humanidad, que el trabajo es el factor principal de producción y sin él toda la organización material de la industria es inútil”⁷⁷. “La técnica y la experiencia (...) son hoy el secreto para multiplicar la riqueza”⁷⁸. En esto radica, justamente, el fundamento principal de las remuneraciones participativas: en el valor y dignidad que tiene el trabajo dentro de la empresa y dentro de la sociedad. Alejándose del capitalismo que, como señala su nombre, le entrega toda preeminencia al capital, se encuentra la concepción “inspirada en la justicia social, que reconoce y protege los derechos legítimos del capital y del trabajo en todo el proceso empresarial y en sus resultados. De tal modo, que respeta tanto el aporte original del uno como el esfuerzo del otro”⁷⁹. Esta teoría habla del concepto jurídico de “derechos legítimos” que, como vimos, está ampliamente

⁷⁶ Esta facultad está enraizada en la potestad de mando, consagrada en la subordinación del trabajador al empleador en la prestación de servicios. Esto está presente en la estructura misma de la relación laboral, en el artículo 7° del Código del Trabajo: “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada” (el subrayado es nuestro).

⁷⁷ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit. p. 18

⁷⁸ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit. p. 17

⁷⁹ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit. p. 15

reconocido en nuestra legislación para el propietario de los bienes que componen la empresa, dentro de los cuales se encuentra el trabajo, no reconociéndole ningún título ni derecho legítimo al trabajador. Para poder acoger una concepción distinta a ésta, sería necesario cambiar nuestra legislación, empezando por el concepto actual de empresa. Como citamos anteriormente, el Código del Trabajo, a diferencia de otros cuerpos legales, entrega una definición de empresa. Lo hace en su artículo 3° inciso tercero, definiéndola como “toda organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada”. A esta concepción centrada en los bienes o medios que componen la empresa, se contraponen una concepción más sociológica, que entiende que “la empresa en sí, y en su operatividad, es el resultado de un conjunto de actividades humanas”⁸⁰. Sobre esta base podríamos encontrar un título legítimo para los trabajadores sobre los resultados de la empresa, ya que el derecho de propiedad “es para todos los hombres, y debe reconocérseles y garantizárseles, siempre que se apoye sobre título legítimo. ¿Y qué más legítimo que el humano del trabajo?”⁸¹. Otro cambio, más profundo, sería el de la estructura propia de la relación laboral, que se encuentra en el artículo 7° del Código del Trabajo: Dice que “contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”⁸². La dependencia, presente en esta definición, apela también a la ajenidad del trabajador en los riesgos, beneficios y pérdidas del negocio del empleador⁸³. Para que el trabajador también participe de los beneficios, sería necesario revisar también su participación en los riesgos y pérdidas

⁸⁰ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit. p. 18

⁸¹ LONDOÑO, CARLOS MARIO. Op. cit. p. 19.

⁸² El subrayado no corresponde al texto original.

⁸³ “La idea de dependencia en el contrato de trabajo subraya su naturaleza complementaria e interdependiente del requisito de ajenidad.” (LUJAN ALCARAZ, José. El Ámbito Subjetivo del Estatuto de los Trabajadores. Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 2005. p.31).

del negocio. Todo esto debe ser objeto de discusión, para determinar cuán variable puede ser la remuneración de un trabajador, considerando su carácter vital y alimenticio para el trabajador y su familia.

Aunque las remuneraciones participativas no tengan acogida en estas leyes laborales, lo importante es si la Constitución acoge a una remuneración de este tipo. No encontramos disposición alguna que lo impida, dado que se puede dar una reinterpretación a la `justa retribución´ con que termina el inciso segundo del n° 16 del artículo 19 de la Constitución Política. Éste señala que “toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, con una justa retribución”. “Se trata de una frase con un fuerte matiz axiológico, más trascendente, con referencia a valores no meramente económicos del trabajo, y que pretende entregar una señal programática y finalista”⁸⁴. Dentro de la Comisión Ortúzar incluso se entendió “que la palabra `retribución´ comprende toda forma de remuneración o compensación, y, por lo tanto, la posible participación en los beneficios”⁸⁵. Esta historia fidedigna de su establecimiento está inspirada en el concepto de empresa que señalábamos y que está reflejada en el inciso tercero N° 20 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3, del 11 de Septiembre de 1976: Dice que “la ley establecerá mecanismos que contemplen las formas de participación del trabajador en la comunidad humana de trabajo que constituye la empresa”. Esta comunidad humana de trabajo se puede complementar con la `función social´ que limita al derecho de propiedad en el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución, que señala: “Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. El interés general de la Nación está presente en las leyes dictadas, ya que, según el artículo 5° inciso primero de la

⁸⁴ IRURETA, PEDRO. Op. cit. p. 67.

⁸⁵ ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE. Sesión 199ª, celebrada en 7 de Abril de 1976. p. 30

Constitución, su soberanía está radicada en las “autoridades que esta Constitución establece”, incluidos el Poder Ejecutivo y el Congreso. El interés general de la Nación en el mundo laboral está presente en el artículo 2° del Código del Trabajo, donde justamente reconoce “la función social que cumple el trabajo”.

Creemos que, siendo lo más importante, existe el marco constitucional para acoger las remuneraciones participativas. Sin embargo, no existen las leyes laborales que permitan que las remuneraciones participativas tengan pleno vigor en Chile. Como veremos a continuación, las remuneraciones participativas tienen poco reconocimiento dentro de la estructura remunerativa del Código del Trabajo, ya que, como sostenemos en nuestra hipótesis, tienen como principio de aplicación la discrecionalidad del empleador.

2.3. Análisis y relación del artículo 42 del Código del Trabajo con las remuneraciones participativas

Como revisamos en el punto 2.1.1, las remuneraciones se encuentran definidas por el legislador en el artículo 41 del Código del Trabajo, el cual señala que “se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie valuables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo”. En su inciso segundo, excluye del concepto aquellos ingresos que no tienen como causa directa la prestación de servicios personales bajo subordinación o dependencia, o sea, el contrato de trabajo. Luego, el artículo 42 señala que “constituyen remuneración, entre otras, las siguientes:” a) sueldo; b) sobresueldo; c) comisión; d) participación y e) gratificación. El encabezado de este artículo deja claro que no se trata de una enumeración taxativa al ocupar la acepción “entre otras”. Detengámonos en cada una para analizar su relación con el concepto de

remuneraciones participativas y así poder dimensionar la acogida que tienen dentro del Código del Trabajo.

2.3.1. Sueldo

“a) sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo (...)”. Esto será “sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10”, el cual se refiere a “los beneficios adicionales que suministrará el empleador en forma de casa habitación, luz, combustible, alimento u otras prestaciones en especie o servicios”.

Las características que se desprenden de esta definición, y que catalogan a una remuneración como sueldo, son las siguientes:

- a) Es una remuneración en dinero. Así lo señala expresamente el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo señalado por el artículo 10 inciso segundo del mismo cuerpo legal: “los beneficios adicionales que suministrará el empleador en forma de casa habitación, luz, combustible, alimento y u otras prestaciones en especie o servicio”. Estos beneficios deben cumplir con los mismos requisitos que hemos expuesto para tener la naturaleza jurídica de sueldo, y además, deben poder ser avaluables en dinero, como lo señala el artículo 41 al definir la remuneración.
- b) Es una remuneración fija. El sueldo debe estar determinado concretamente en el contrato, o establecerse las bases para su determinación. Esto idea la refuerza el artículo 10 señalando que “el contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: 5.- monto, forma y período de pago de la remuneración

acordada”. A diferencia de la remuneración participativa, no se trata de una remuneración variable.

- c) Es una remuneración obligatoria. Es una remuneración obligatoria para todo trabajador que cumpla con una “jornada ordinaria de trabajo” y que se encuentre obligado a ello⁸⁶. Sin perjuicio de ello, su monto dependerá del acuerdo de voluntades entre el empleador y el trabajador. En todo caso, el legislador se encarga de poner un mínimo al monto acordado, señalando el artículo 44 inciso tercero del Código del Trabajo que “el monto del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se convinieren jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo”⁸⁷. El ingreso mínimo mensual se fija anualmente

⁸⁶ El artículo 22 inciso segundo y siguientes establece los trabajadores que se encuentran exceptuados de cumplir con una jornada de trabajo. Estos son “los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento. También quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que se desempeñen a bordo de naves pesqueras. Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones. La jornada de trabajo de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas se organizará por el cuerpo técnico y la entidad deportiva profesional correspondiente, de acuerdo a la naturaleza de la actividad deportiva y a límites compatibles con la salud de los deportistas, y no les será aplicable lo establecido en el inciso primero de este artículo”, esto es, que “la duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales”. Este artículo está complementado por lo señalado en la misma letra a) del artículo 42, donde se establece una presunción del trabajador “afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.”

⁸⁷ La jornada parcial está definida en el artículo 40 bis como “aquéllos en que se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria, a que se

por el Ministerio de Hacienda y el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, con acuerdo del Congreso⁸⁸.

- d) Es una remuneración individual, ya que el artículo en cuestión habla de “el trabajador”. Por lo anterior, este estipendio es diferente para cada trabajador, ya que el empleador goza de libertad para pactar un sueldo distinto con cada uno, teniendo como única limitación que no sea inferior al ingreso mínimo mensual.
- e) Por último, es una remuneración principal, ya que no depende de ninguna otra remuneración para su determinación.

2.3.2. Sobresueldo

“b) sobresueldo, que consiste en la remuneración de horas extraordinarias de trabajo;”.

Las horas extraordinarias, tal como dice su nombre, son las que pertenecen a la

refiere el artículo 22”. La jornada ordinaria a que se refiere el artículo 22 es “cuarenta y cinco horas semanales”, por lo tanto, la jornada parcial no debe superar las 30 horas semanales. Sin embargo, la Dirección del Trabajo ha señalado que son jornadas parciales también “todas aquellas inferiores a la máxima de 45 hrs. semanales” (Dictamen N° 4550/077, del 18 de Octubre de 2010), incluyendo así a las jornadas entre 31 y 44 horas. De este modo, el ingreso mínimo proporcional se podría aplicar a todo trabajador que tenga una jornada de 44 horas o inferior, ignorando el umbral de 30 horas que estableció la ley en el artículo 40 bis citado.

⁸⁸ Según el artículo 65, inciso cuarto, número 4° de la Constitución Política de la República, el Presidente de la República tiene iniciativa exclusiva para “fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado”. Su último inciso agrega que “El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar.” dicho sueldo mínimo. Para esta tarea, el año 2010 el Presidente de la República creó la “Comisión Asesora Laboral de Salario Mínimo”, donde también participa la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). GOBIERNO INFORMA. [en línea] <<http://www.gob.cl/informa/2010/07/28/lanzan-comision-asesora-de-salario-minimo.htm>> [consulta: 17 de Enero de 2011].

jornada extraordinaria de trabajo, la cual se encuentra definida en el artículo 30 del Código del Trabajo. Este artículo establece que “se entiende por jornada extraordinaria la que excede del máximo legal o de la pactada contractualmente, si fuese menor”. El máximo legal, a su vez, se encuentra determinado en el artículo 22 del mismo cuerpo legal, el cual señala que “la duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales”. En el caso en que la jornada sea menor al máximo legal, el trabajador también tendrá derecho al pago de sobresueldo por las horas extraordinarias trabajadas más allá de la jornada “pactada contractualmente”. El artículo 40 bis del Código del Trabajo se pone en aquellos casos en que “se ha convenido una jornada de trabajo no superior a dos tercios de la jornada ordinaria”, esto es 30 horas. Para este tipo de contrato también “se permitirá el pacto de horas extraordinarias”, señala el artículo 40 bis A⁸⁹.

El inciso tercero del artículo 32 del Código del Trabajo establece que “las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria”. Además, el inciso primero del artículo 31 establece un máximo de horas “de dos por día” y solamente “en las faenas que, por su naturaleza, no perjudiquen la salud del trabajador”.

El sobresueldo tiene una naturaleza similar al sueldo, en cuanto a que también retribuye una jornada de trabajo, siendo en este caso una “jornada extraordinaria”, como señala el artículo 30 ya citado. Por esto, al igual que el sueldo, no tiene relación alguna con la remuneración participativa.

⁸⁹ El inciso segundo de este artículo señala que “La base de cálculo para el pago de dichas horas extraordinarias, no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual que determina la ley, calculado proporcionalmente a la cantidad de horas pactadas como jornada ordinaria”. Por esto, es también pertinente la discusión presentada en el pie de página número 87.

Como características particulares del sobresueldo, se pueden señalar las siguientes:

- a) Es una remuneración en dinero, ya que se fija en base al sueldo
- b) Es una remuneración variable. El pago del sobresueldo queda condicionado a una unidad de tiempo, como es la cantidad de horas extraordinarias trabajadas. Así lo establece el artículo 31 inciso primero primera parte del Código del Trabajo al señalar que “las horas extraordinarias sólo podrán pactarse para atender necesidades o situaciones temporales de la empresa”.

Sin bien el sobresueldo comparte esta característica de variabilidad con las remuneraciones participativas, la base de cálculo de ambas es distinta.

- c) Es una remuneración obligatoria. Esto pues, en la medida que existan horas extraordinarias trabajadas, el empleador deberá pagar sobresueldo. El legislador incluso compensa al trabajador por el exceso de horas trabajadas, dándole un mayor valor que a las horas ordinarias – que son aquellas que remuneran la jornada ordinaria de trabajo –. Así lo establece el artículo 32 inciso tercero al señalar que “las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo período”.
- d) Puede ser pactada individual o colectivamente. Debe existir un pacto de sobresueldo, el cual debe constar por escrito y mediar acuerdo de ambas partes. Así lo establece el artículo 31 inciso primero segunda parte: “Dichos pactos deberán constar por escrito y tener una vigencia transitoria no superior a tres meses, pudiendo renovarse por acuerdo de las partes”. Para atender las “necesidades o situaciones temporales de la empresa” – como señala el artículo 32 del Código del Trabajo – puede que se necesite a algunos trabajadores individuales

o a todo el colectivo de trabajadores. En todo caso, el inciso segundo agrega que “no obstante la falta de pacto escrito, se considerarán extraordinarias las que se trabajen en exceso de la jornada pactada, con conocimiento del empleador”.

- e) Por último, es una remuneración accesorio, ya que depende directamente del monto del sueldo de cada trabajador.

2.3.3. Comisión

“c) comisión, que es el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador;”.

La comisión tiene como características principales:

- a) Es una remuneración en dinero, ya que depende de operaciones monetarias, como compras o ventas.
- b) Es una remuneración variable. Esto pues, al tener como base de cálculo el precio de las ventas o compras que el trabajador realice, el monto de la comisión dependerá de ésta cantidad. Profundizaremos en esta característica en el próximo párrafo.
- c) Es una remuneración de carácter voluntario. No existe norma legal que obligue a su pago. Sin perjuicio de ello, “es un sistema ampliamente utilizado para los trabajadores del área de ventas”.⁹⁰

⁹⁰ BERG, HUBERTO. Op. cit. p. 29.

- d) Es individual. El trabajador que realiza la compra o venta será quien reciba como remuneración el porcentaje sobre el precio de dichas compras o ventas. Sin perjuicio, existe en el caso de trabajadores de restaurantes (“mozos”), una práctica en que las propinas (que son comisiones, por ser una parte de las ventas) se integran a un fondo común, que luego se reparte entre todos los trabajadores.
- e) Por último, es una remuneración principal, ya que depende del precio de compra o venta, las cuales no cumplen con la naturaleza jurídica de remuneración.

En base a la definición de comisión que entrega el legislador, se puede concluir que ella no tiene el carácter de remuneración participativa. En primer lugar, la comisión no tiene relación con las utilidades. ‘Precio’ y ‘utilidad’ son dos conceptos distintos: el precio se entiende como la “medida del valor de una mercancía o servicio en términos monetarios o en cualquier otro medio de pago aceptado”⁹¹, mientras que, como ya señalamos, la utilidad es “el beneficio obtenido fruto de una inversión o transacción, que es determinada, por lo general, como el valor del producto vendido, descontando el costo de los insumos y la depreciación, menos el pago de los factores contratados, tales como salarios, intereses y arriendos”⁹². Dentro de esta definición de utilidad se puede entender que el precio es el “valor del producto vendido”, pero a este ingreso recibido hay que descontarles todos los “costos de los insumos y la depreciación” propia del bien, además de los “factores contratados, tales como salarios, intereses y arriendos”. Por lo tanto, el precio se compone de costo y utilidad – si ésta existiera –, siendo entonces la utilidad un componente más del concepto amplio de precio. Si un trabajador recibe un porcentaje sobre el precio, cabe preguntarse si ese porcentaje es sobre la parte del costo o sobre la utilidad o sobre ambos. Pues bien, el precio es algo más amplio que la utilidad y no deben confundirse.

⁹¹ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Op. cit.

⁹² SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Op. cit.

En definitiva, el empleador que paga una comisión, está aumentando sus costos y reduciendo, por consiguiente, sus utilidades. Sin embargo, el hecho de que el empleador gane menos utilidades por pagarle más al trabajador no significa que el trabajador esté participando de las utilidades. Si así fuera, todo costo salarial significaría una participación de las utilidades y eso no es así. De esto se hace cargo el artículo 51 del Código del Trabajo haciendo una clara diferencia entre una remuneración participativa, como es la gratificación – que se analizará más adelante –, y otras remuneraciones, señalando que “se deducirán de las gratificaciones legales cualesquiera otras remuneraciones que se convengan con imputación expresa a las utilidades de la empresa”. Sería impensado concluir que las comisiones se deben deducir de las gratificaciones legales. Ya vimos los fundamentos y objetivos de la remuneración participativa y ella actúa en la distribución primaria, en los resultados de la empresa, en sus utilidades finales y no en sus costos intermedios, como la comisión.

2.3.4. Participación

“d) participación, que es la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma”.

Del concepto de participación que entrega el legislador se puede ver claramente que la participación es un tipo de remuneración participativa, pues se trata de una “proporción en las utilidades” que el empleador entrega al trabajador.

Algunas características de la participación en las utilidades son las siguientes:

- a) Es una remuneración en dinero, ya que depende de las utilidades monetarias.
- b) Es un tipo de remuneración variable y participativa. El empleador comparte un porcentaje de las utilidades obtenidas en “un negocio determinado o empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma” con los trabajadores. Dicho porcentaje y utilidad puede variar. En cuanto a esto último, el legislador, a diferencia de lo que ocurre con la gratificación, no ha regulado este tema. Por lo tanto, esta base de cálculo la determinan libremente las partes en el contrato de trabajo. Éstas pueden señalar qué se entenderá por utilidad para efectos del cálculo de la participación, pudiendo establecer como base de cálculo las utilidades brutas que obtenga la empresa o las líquidas. Además, tal como lo señala la ley, puede calcularse sobre las utilidades de “un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma”.
- c) Es una remuneración voluntaria, ya que tiene origen contractual. El legislador sólo define la participación, pero deja su procedencia, regulación y determinación a la entera voluntad de las partes. Por lo tanto, su procedencia es contractual y no legal.
- d) Por lo anterior, es una remuneración que puede ser individual o colectiva, pudiendo corresponder a un trabajador en particular o a un sindicato, por ejemplo.
- e) Es un tipo de remuneración principal, ya que depende de las utilidades de la empresa, las cuales no tienen la naturaleza jurídica de remuneración.

El hecho de que la participación se trate de una “proporción de las utilidades de un negocio o de una empresa” que comparten el empleador con el trabajador, podemos encontrar una similitud con la definición del contrato de sociedad, el cual está establecido en el artículo 2053 del Código Civil: “La sociedad o compañía es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de

repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”⁹³. Agrega el artículo 2055 inciso segundo que no “hay sociedad sin participación de beneficios” e inciso tercero que “No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero.”

En la práctica, la modalidad de participación más utilizada es la de Opción de Compra de Acciones de la Empresa o “Stock Options”. Ésta “es una modalidad bastante difundida en Estados Unidos”⁹⁴ y también “se ha abierto camino en las empresas chilenas” con el “objetivo que el beneficiario permanezca en la compañía un largo plazo y a su vez agregue más valor a ésta”⁹⁵. Sin embargo, esta modalidad no se extiende a la generalidad de los trabajadores, sino “generalmente con altos ejecutivos (...) que las compañías buscan retener”⁹⁶. De hecho, en Chile solamente la aplican el 0,5% de las empresas⁹⁷. Profundizaremos en este tipo de remuneración en el próximo capítulo.

2.3.5. Gratificación

“e) gratificación, que corresponde a la parte de utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador”.

⁹³ El subrayado no corresponde al texto original.

⁹⁴ BERG, HUBERTO. Op. cit. p. 39

⁹⁵ CAPITAL HUMANO, REVISTA GESTIÓN. Stock Options: Resultados y Compensación en Línea. [en línea] <<http://www.gestion.cl/403/capital.php>> [consulta: 29 de septiembre de 2009]

⁹⁶ CAPITAL HUMANO, REVISTA GESTIÓN. Op. cit.

⁹⁷ DIVISIÓN ESTUDIOS, DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ENCLA 2008. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-95958_archivo_fuente.pdf> [consulta: 19 de Septiembre de 2012] p. 96.

Se puede concluir, de la simple lectura de este artículo, que la gratificación es una remuneración participativa, ya que es una “parte de utilidades”.

Algunas características de este tipo de remuneración son las siguientes:

- a) Es una remuneración en dinero, ya que depende de las utilidades monetarias.
- b) Es una remuneración variable y participativa. Esta característica se desprende de la propia definición entregada dada por el legislador cuando señala que es “la parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador”.

Tiene como base de cálculo utilidades líquidas. El concepto de utilidad para el cálculo de la gratificación está establecido por el mismo legislador, no así en la participación, donde las partes tienen la libertad de determinarlo. Así, el artículo 48 del Código del Trabajo establece que “para estos efectos se considerará utilidad la que resulte de la liquidación que practique el Servicio de Impuestos Internos para la determinación del impuesto a la renta, sin deducir las pérdidas de ejercicios anteriores; y por utilidad líquida se entenderá la que arroje dicha liquidación deducido el diez por ciento del valor del capital propio del empleador, por interés de dicho capital”. Para esto, “el Servicio de Impuestos Internos determinará, en la liquidación, el capital propio del empleador invertido en la empresa”, complementa el artículo 49⁹⁸. Termina el artículo 48 señalando que, “respecto de los empleadores exceptuados del impuesto a la renta, el Servicio de Impuestos Internos practicará, también, la liquidación a que se refiere este artículo para los efectos del

⁹⁸ El capital propio es un elemento que puede distorsionar seriamente la eficacia de las gratificaciones como medida distributiva. “En efecto, a través de un elevado capital propio, las empresas pueden declarar utilidades líquidas muy pequeñas e incluso negativas (pérdidas tributarias). A través del ‘efecto capital propio’, serán los trabajadores, los únicos perjudicados en el marco de un proceso de distribución de ganancias.” (DURÁN, GONZALO. Caracterización y Propuestas de Cambio al Sistema de Gratificaciones en Chile. Cuadernos de Investigación N° 13, Fundación Sol. Santiago, Chile. 2009. p. 44)

otorgamiento de gratificaciones. Los empleadores estarán obligados a pagar las gratificaciones al personal con el carácter de anticipo sobre la base del balance o liquidación presentada al Servicio de Impuestos Internos, en tanto se practica la liquidación definitiva”.

- c) Es una remuneración obligatoria, sin perjuicio de que las partes puedan pactar otras formas de gratificación. Esto se desprende del artículo 46 del Código del Trabajo cuando señala que “si las partes convinieren un sistema de gratificaciones, ésta no podrán ser inferiores a las que resulten de la aplicación de las normas siguientes”. El legislador da la posibilidad de pactar otro criterio de gratificación, siempre estableciendo como base lo señalado por el artículo 47 y siguientes del mismo cuerpo legal. Profundizaremos en esta característica en el próximo párrafo, ya que esta obligatoriedad desaparece por una alternativa que exime de su pago, lo que es fundamental para la hipótesis de este trabajo.
- d) Es una remuneración individual, ya que el artículo en cuestión establece que “beneficia el sueldo del trabajador”.
- e) Es una remuneración principal, ya que, al igual que la participación, no depende de otra remuneración, sino que de las utilidades de la empresa.

Este artículo 47 del Código del Trabajo establece la obligatoriedad del pago de la gratificación, ya que determina que “los establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas y cualesquiera otra que persiga fines de lucro, y las cooperativas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros, tendrán la obligación⁹⁹ de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción no inferior al treinta por ciento de dichas utilidades o excedentes”. Sin embargo, el empleador queda relevado de esta obligación

⁹⁹ Subrayado no corresponde al texto original.

si opta por la alternativa que le presenta el artículo 50 del mismo cuerpo legal, puesto que éste establece que “el empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo 47¹⁰⁰, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere”¹⁰¹. Como se puede ver, el artículo 50 depende de lo establecido en el artículo 47, no es independiente ni menos se trata de una gratificación, ya que no cumple con la naturaleza participativa que establece la definición legal de gratificación en el artículo 42 letra e, teniendo como base de cálculo las remuneraciones del trabajador y no las utilidades de la empresa. El único vínculo que tiene el artículo 50 con las utilidades es que también es necesario que existan utilidades para proceder a su pago, ya que de lo contrario no existiría “obligación establecida en el artículo 47” de la cual eximirse¹⁰². La frase con que termina el artículo 50 – “sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere” – podría llevar a la errada conclusión de que las utilidades son irrelevantes en cuanto a su existencia, pero éstas, sin embargo, sólo son irrelevantes en cuanto a su monto, siendo las utilidades un requisito de procedencia tanto en el caso del artículo 47 como en el artículo 50. Este último artículo no le da importancia a la cantidad de utilidades que se obtenga, sean ellas de \$1 o \$1.000.000¹⁰³, ya que el empleador no tendrá que gratificar en el 30% de ellas, de lo contrario, el legislador hubiera utilizado una frase como “tenga o no utilidades la empresa”¹⁰⁴. Sin embargo, se está poniendo en el caso de que ya

¹⁰⁰ Subrayado no corresponde al texto original.

¹⁰¹ Además, el artículo 50 establece a continuación un tope consistente en “cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales”.

¹⁰² Así lo ha establecido la jurisprudencia administrativa (dictámenes ORD. N° 4.980/288 del 22 /09/99 y ORD. N° 6.112/389 del 20/12/1999), como también la jurisprudencia judicial (Corte Suprema, año 2006, N° Identificador Legal Publishing: CL/JUR/8331/2006 y año 2007, N° Identificador Legal Publishing: CL/JUR/4758/2007; Corte de Apelaciones de Santiago, año 2005, Identificador Legal Publishing: CL/JUR/4924/2005 y año 2006, Identificador Legal Publishing: CL/JUR/6787/2006).

¹⁰³ “Bajo el artículo 50°, bastaría que la empresa declarase \$1 de utilidad líquida y le correspondería pagar gratificación.” (DURÁN, GONZALO. Op. cit. p. 28).

¹⁰⁴ Este término fue utilizado antes por la misma ley, en la Resolución N° 670 de Septiembre de 1975, para establecer la gratificación garantizada de los “Empleados Particulares

existan utilidades líquidas y, por lo tanto, existe la obligación del artículo 47 de la cual eximirse, por lo que sin artículo 47 no existiría artículo 50, pero sí podría existir el artículo 47 solo e independiente. Por lo tanto, la gratificación del artículo 47 subsiste por sí sola, sin embargo, la eximición del artículo 50 le quita toda su fuerza legal y facultad de imperio como obligación legal.

Gracias a la eximición del artículo 50, la gratificación del artículo 47 se transforma en voluntaria, al igual que la participación, confirmando así nuestra tesis de la discrecionalidad como principio de aplicación de las remuneraciones participativas. Profundizaremos en esto en el próximo capítulo.

2.3.6. Otros tipos de remuneraciones

Como señalamos anteriormente al iniciar el punto 2.3., el artículo 42 no constituye una enumeración taxativa de los distintos tipos de remuneración, ya que ocupa la acepción “entre otras”, para dejar abierta la naturaleza remuneratoria a otros tipos de ingresos distintos al sueldo, sobresueldo, comisión, participación o gratificación. Una remuneración que no se encuentra dentro de esta tipificación es la llamada remuneración “a trato” o por producción. Este nombre se encuentra recogido en varias partes del Código del Trabajo, como en el artículo 45 inciso primero (a propósito de la semana corrida) y el artículo 71 inciso tercero (a propósito del pago del feriado). Como ya indicamos en la clasificación del punto 2.1.3.2, letra b, esta remuneración se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 44 del Código del Trabajo, que señala que “la remuneración podrá fijarse por unidad de tiempo, día,

de la actividad de la construcción del sector privado”: Su artículo 18 establecía que “los empleados particulares tendrán derecho a percibir por concepto de gratificación el 25% de sus sueldos percibidos en el año calendario, tenga o no utilidades la empresa. Sin embargo, si el monto determinado sobrepasare el equivalente a 4,75 ingresos mínimos, se limitará a dicha cantidad”. El subrayado es nuestro.

semana, quincena o mes o bien por pieza, medida u obra (...). La remuneración que se fija por “pieza, medida u obra” es justamente lo que define a la remuneración a trato. Este “es un sistema bastante antiguo que se basa en el número de artículos o unidades producidas por cada trabajador en una unidad de tiempo determinada. Por ejemplo, unidades por día, unidades por hora”¹⁰⁵. El inciso primero del artículo 44 termina diciendo que esto es “sin perjuicio de lo señalado en la letra a) del artículo 42”, o sea, el empleador tendrá que pagar también un sueldo si el trabajador está bajo jornada de trabajo, como señalamos en el punto 2.3.1. anterior.

La remuneración a trato tiene como características principales:

- a) Es una remuneración que puede ser en dinero o en especies valuables en dinero, ya que debe atenerse a la definición de remuneración establecida en el artículo 41.
- b) Es una remuneración variable. Esto pues, al tener como base de cálculo las piezas, medidas u obras que el trabajador produzca, el monto del trato dependerá de ésta cantidad. La remuneración a trato (traducida en la producción de piezas, medidas u obras que fabrique un trabajador), no tiene una relación directa con las utilidades de la empresa y, por lo tanto, no tiene el carácter de remuneración participativa. La producción llegará a transformarse en utilidades solamente si se llega a vender a un precio determinado, por lo que faltaría un eslabón para llegar a ese nivel. En todo caso, como analizamos en el caso de la comisión en el punto 2.3.3., el precio tampoco tiene una relación directa con las utilidades.
- c) Es una remuneración voluntaria, ya que no existe norma legal que obligue a su pago y, por lo tanto, debe estar determinada en el contrato de trabajo.

¹⁰⁵

BERG, HUBERTO. Op. cit. p. 27

- d) Es individual. En general, el trabajador que produzca las piezas, medidas u obras será quien reciba como remuneración el trato calculado en base a aquellas piezas, medidas u obras, sin perjuicio de que se puede pactar colectivamente.
- e) Por último, es una remuneración principal, ya que depende de las piezas, medidas u obras, que ninguna relación tienen con las remuneraciones.

CAPÍTULO III:
**LA DISCRECIONALIDAD COMO PRINCIPIO DE APLICACIÓN DE LAS
REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS**

En este capítulo profundizaremos sobre lo esbozado en los puntos 2.3.4. y 2.3.5. anteriores, para así desarrollar nuestra hipótesis que da nombre a este capítulo.

3.1. La discrecionalidad en la aplicación de la gratificación

Tal como señalamos en el capítulo anterior, se cuestiona la obligatoriedad en la aplicación de la gratificación.

Recapitulando, el legislador laboral, en el artículo 42 letra e) del Código del Trabajo, define las gratificaciones como “la parte de las utilidades con que el empleador beneficia al trabajador”. Luego establece en el artículo 47 la forma cómo se pagará la gratificación, señalando que “Los establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas y cualesquiera otros que persigan fines de lucro, y las cooperativas, que estén obligados a llevar libros de contabilidad y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros, tendrán la obligación de gratificar anualmente a sus trabajadores en proporción inferior al treinta por ciento de dichas utilidades o excedentes. La gratificación de cada trabajador con derecho a ella será determinada en forma proporcional a lo devengado por cada trabajador en el respectivo período anual, incluidos los que no tengan derecho”.

Hasta este punto se entiende que la gratificación se calcula y paga en base a las utilidades, teniendo perfecta concordancia los artículos 42 letra e) y 47. Sin

embargo, el legislador, a modo de alternativa en el pago de las mismas, señala en el artículo 50 que “El empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo 47, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales. Para determinar el veinticinco por ciento anterior, se ajustarán las remuneraciones mensuales percibidas durante el ejercicio comercial conforme a los porcentajes de variación que hayan experimentado tales remuneraciones dentro del mismo”. Esta norma pone en jaque el sistema de gratificaciones chilenos, por cuanto, por un lado, genera una discusión respecto a la naturaleza jurídica del pago establecido en el artículo 50, toda vez que el pago de ésta se basa en la remuneración y no es las utilidades como define el artículo 42 letra e), y, por otro lado, pone en conflicto la obligatoriedad del pago de la gratificación, entendiéndose ésta tal como la ha definido el legislador, en cuanto genera una alternativa al pago de aquella parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador, y a su vez se vuelve un excepción a la regla del artículo 47.

3.1.1. Discusión sobre la naturaleza jurídica del pago del artículo 50 del Código del Trabajo

En este punto expondremos las distintas posiciones que existen sobre lo establecido en el artículo 50 del Código del Trabajo.

3.1.1.1. Doctrina mayoritaria: el pago del artículo 50 tiene naturaleza de gratificación

Esta posición tiene una amplia aceptación, en la doctrina nacional, y está resumida en lo establecido por el profesor William Thayer, quien señala que “si bien el art. 42, letra e), define la gratificación legal como una parte de las utilidades, se trata de un texto legal genérico, sobre el cual debe primar – de acuerdo con las normas comunes de interpretación de la ley – la norma específica del art. 50, según la cual hasta el veinticinco por ciento de lo devengado, con tope de 4,75 i/m es también gratificación, porque así lo define expresamente el citado artículo 50”.¹⁰⁶

La doctrina mayoritaria, entonces, considera que el pago del artículo 50 es una gratificación, y que el empleador cumple con su obligatoriedad de pago de la misma abonando o pagando a sus trabajadores el 25% de lo devengado por concepto de remuneraciones mensuales, con los máximos y los requisitos establecidos por la ley. No existiría conflicto alguno en el cambio de la base de cálculo de la gratificación, por cuando el artículo 50, al ser una norma especial, primaría por sobre la general.

Esta posición ha sido ampliamente apoyada por la jurisprudencia judicial, con algunas excepciones emblemáticas que desarrollaremos posteriormente.

¹⁰⁶ THAYER, WILLIAM. Texto y Comentario del Código del Trabajo. Santiago de Chile, Ed. Jurídica, 2002. p. 108. El subrayado del cuerpo del texto es nuestro.

3.1.1.2. Doctrina minoritaria: el pago del artículo no tiene naturaleza de gratificación

El principal exponente de esta doctrina minoritaria ha sido el profesor Francisco Walker, quien ha señalado que el pago del artículo 50 del Código del Trabajo no constituye gratificación. Argumenta su postura señalando que el artículo 50 “al desligarse claramente del resultado de la empresa, la gratificación deja de constituir un sistema participativo para transformarse en una bonificación más”.¹⁰⁷ No siendo el artículo 50 una norma especial, hace patente la disociación entre ese pago y la definición de gratificación dada por el mismo legislador en el artículo 42 letra e). No existe razón para cambiar la naturaleza de una gratificación que fue definida legalmente, definición a la cual hay que atenerse tal como lo ordena el artículo 20 del Código Civil al establecer que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

El profesor Walker establece que el pago del artículo 50 se transforma en “una bonificación más”, término que parece bastante etéreo y general, en cuanto podría confundirse con las asignaciones de movilización o colación a que se refiere el artículo 41 inciso segundo del Código del Trabajo, asignaciones que, según el mismo artículo señala, “no constituyen remuneración” y que también son conocidas como “bonos de movilización y colación”.¹⁰⁸ Siguiendo con este análisis, si se determina que el pago del artículo 50 no constituye remuneración, traería un gran problema práctico, ya que históricamente se le ha conocido como ‘gratificación’ y, por lo tanto, como

¹⁰⁷ WALKER, FRANCISCO. Derecho de las Relaciones Laborales: un derecho vivo. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 2003. p. 339

¹⁰⁸ Los dictámenes N° 3802/208 del 27 de Junio de 1997 y el N° 2231/157 del 19 de Mayo de 1998 utilizan esos términos, reflejando lo que sucede en la práctica.

remuneración imponible. El pago del artículo 50 no apunta al mismo fin de los bonos que menciona el artículo 41 inciso segundo, ya que estos últimos tienen por objeto solventar los “gastos en que se incurra por causa del trabajo”, como señala la misma norma. En esto radica la diferencia entre un ingreso que es remuneración y otro que no lo es: si busca compensar los servicios prestados por causa del contrato de trabajo o si, en cambio, busca solventar los gastos extras en que incurren los trabajadores para prestar dichos servicios. El pago del artículo 50 busca compensar el servicio prestado, por haber obtenido utilidades la empresa, por lo tanto, se trata de una remuneración más.

3.1.1.3. Nuestra opinión

El pago del artículo 50 del Código del Trabajo no constituye gratificación. La aplicación de este artículo no implica una prevalencia del principio de especialidad en la aplicación de la ley, el cual invoca el profesor Thayer.

El citado principio lo establece el artículo 13 del Código Civil, de aplicación general y supletoria, el cual señala que “Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”. Es evidente que en este caso existe una oposición, sin embargo, el artículo 50 del Código del Trabajo no se refiere a ninguna “cosa o negocio particular” en la aplicación de la gratificación, pues, como ya se ha señalado, el pago en virtud del artículo 50 procede con los mismos requisitos generales de la gratificación del artículo 47, esto es, cuando las empresas señaladas “obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros”, por lo tanto, no se modifica en ningún aspecto la procedencia fáctica de la obligación de pagar gratificaciones, por lo que no se refiere a ningún caso en específico.

Distinta es la discusión por el concepto de última remuneración, entre los artículos 41 y 172, que ya fue explicada anteriormente. En este ejemplo sí se aplica el principio de especialidad, ya que el artículo 172 se refiere a un caso específico de aplicación de la remuneración, el cual es “para los efectos del pago de las indemnizaciones”. En definitiva, no existiendo norma específica, no es posible aplicar dicho principio de especialidad en la aplicación de la ley.

A su vez, dentro de la posición que considera el pago del artículo 50 como gratificación “se ha creado en el último tiempo una controversia en relación a cuál sería el exacto alcance del artículo 50 del Código del Trabajo; en efecto, una corriente de pensamiento sostiene que en caso de que el empleador optase por dicha opción, la gratificación tendría el carácter de garantizada. (...) Creemos que el real sentido de la normativa radica en que se determine que las tres condiciones que al efecto consigna la ley, esto es: que se trate de establecimientos mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas y cualesquiera otros que persigan fines de lucro; que estén obligados a llevar libros de contabilidad y que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros. Una vez cumplidos estos requisitos, nacerá para el empleador la opción que contempla el Código. La sola circunstancia de que el empleador decida optar por la del artículo 50 no significa que le esté otorgando el carácter de garantizada o pagadera a todo evento, ya que en caso de acreditar que no se dan a su respecto los requisitos señalados, quedará eximido totalmente de la citada obligación”¹⁰⁹. Todo esto es sin perjuicio de que el empleador pueda garantizar su pago voluntariamente, existan o no utilidades.

¹⁰⁹ HUMERES NOGUER, HÉCTOR. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 18° edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2009. p. 222-223

Otro conflicto se suscita con el “abono” que el empleador puede hacer a sus trabajadores, autorizado por el artículo 50. ¿Qué sucede si el empleador realiza el pago del artículo 50 mes a mes, tal como la norma lo faculta? Si el empleador finalmente no obtiene utilidades en sus giros, ¿los trabajadores tendrían que devolverle el pago “abonado”? La Dirección del Trabajo ha establecido que sí se debería devolver el pago realizado, pues no cumpliría con los requisitos de procedencia para la aplicación del pago de la mencionada norma. Sin perjuicio de lo anterior, “la única forma en que el empleador puede descontar aquellos anticipos de gratificación indebidamente pagados, es procediendo en las condiciones previstas en el inciso 2° (actual inciso 3°) del artículo 58 del Código del Trabajo. Sólo puede hacerse efectiva la restitución de los anticipos otorgados, sin sujetarse a la referida norma, cuando el descuento se realiza de la indemnización por años de servicio o de otra indemnización que proceda con ocasión de la terminación del vínculo laboral, por no tener éstas el carácter de remuneración. Este descuento, en todo caso, requiere el acuerdo del trabajador al momento de suscribir el finiquito”¹¹⁰. En definitiva, en ambos casos entonces se requiere de la voluntad del trabajador para ese descuento, ya que el mencionado actual inciso tercero del artículo 58 del Código del Trabajo comienza señalando que “Solo con acuerdo del empleador y del trabajador que deberá constar por escrito, podrán deducirse de las remuneraciones sumas o porcentajes determinados (...)”. Esta interpretación parece ser la más adecuada, ya que si el pago del artículo 50 se hace anualmente¹¹¹ y la empresa no obtiene utilidades, claramente el empleador no efectuaría dicho pago y no sería garantizada. No puede ser garantizado para el pago mensual y eventual para el pago anual.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, la cuestión de fondo radica en la interpretación de la frase “sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere” del artículo

¹¹⁰ Dictamen Nº 3279/92 del 12 de Agosto de 2003.

¹¹¹ Según la Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo (ENCLA) del año 2006, ya citado, un 9,1% de las empresas pagan anualmente.

50, en cuanto si es requisito o no la existencia de utilidades para proceder a su pago en virtud de esta norma. En diversos reglamentos sectoriales el legislador se refiere derechamente a una “gratificación garantizada” cuando así ha querido establecerla. Por ejemplo, la Resolución N° 730 del año 1976 que fijaba las condiciones de remuneraciones “para el sector de empleados y obreros de las empresas de la actividad fideera del sector privado del país”, estableció en su artículo 6° que “los obreros fideeros percibirán por concepto de gratificación garantizada, el equivalente a 3 días de salario mínimo industrial fijado en esta resolución”¹¹². Si el legislador hubiera querido establecer una gratificación garantizada, hubiera utilizado términos más inequívocos el año 1978 – en el Decreto Ley 2.200, que estableció el pago del artículo 50 –, como los que utilizó previamente en aquella Resolución del año 1976.

Otra alternativa sería considerar al pago garantizado del artículo 50 como una gratificación convencional¹¹³, en los términos del artículo 46 del Código del Trabajo, el cual señala que “Si las partes convinieren un sistema de gratificaciones, éstas no podrán ser inferiores a las que resulten de la aplicación de las normas siguientes”, normas que se refieren tanto a la gratificación del artículo 47 como al pago del artículo 50. El pago del artículo 50, no siempre será superior a la gratificación del artículo 47, por lo que también se debe desechar como una alternativa.

¹¹² El subrayado no corresponde al texto original. A mayor abundamiento, ver nota al pie número 35.

¹¹³ “Dentro de la gratificación convencional se puede garantizar la gratificación legal. Es decir, transformarla a “todo evento” y que no dependa de la existencia de utilidades. Lo anterior tiene mayor sentido cuando se opta por pagarla a través del artículo 50, el cual no genera dependencia en el monto de las utilidades, pero sí en el signo matemático de las mismas (si es negativa no corresponde pagarla). Si este fuera el caso, se obtiene una gratificación legal garantizada que no depende de la existencia de utilidades líquidas en la empresa (en esencia es “convencional”, pues va más allá de lo estipulado en los Artículos 47 y 50)” (MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Antecedentes del sistema de gratificaciones en Chile. Observatorio Laboral N° 34. Santiago, Chile. 2009. p. 7).

Por último, si se determina que las utilidades son indiferentes para la procedencia del pago del artículo 50, considerándose éste como garantizado, se terminaría por desvincular totalmente el pago del artículo 50 de la gratificación del artículo 47 y de las utilidades como su requisito de procedencia. Creemos que se tiene que optar por una interpretación más sistemática de los artículos y no atomizarlos. De otra forma, se crearían dos obligaciones alternativas – en los términos del artículo 1499 del Código Civil¹¹⁴ –y la legislación se tendría que hacer cargo del pago del artículo 50 como una remuneración distinta e independiente, definiendo su propia naturaleza y aclarando sus requisitos de procedencia.

En conclusión, si el pago del artículo 50 no tiene naturaleza jurídica de gratificación, ¿de qué tipo de remuneración se trata entonces? La Corte de Apelaciones de Santiago se ha referido al respecto, en el caso “Cortés Aguirre con INP”, donde se intentó dilucidar si la eximición del artículo 50 tiene naturaleza de sueldo, para efectos de determinar si debía ser considerada para la reliquidación de la pensión demandada – según lo prescrito por el inciso tercero del artículo 4°, de la Ley N° 19260 del año 1993 –. En su sentencia del 24 de octubre de 1995, la Corte sentenció que la eximición del artículo 50 se acoge a la definición de sueldo, establecida en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, que define básicamente al sueldo como el “estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo”¹¹⁵. En base a este artículo, la sentencia del 24 de octubre de 1995, concluyó que “toda remuneración que sea incondicionada y que se pague regularmente mes a mes sin eventualidad alguna, aún cuando se le haya denominado gratificación, no tiene el carácter de tal sino que el de sueldo”. El fallo fundamenta su conclusión en que “es de la esencia de la naturaleza jurídica del

¹¹⁴ “Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras”.

¹¹⁵ A la fecha de la sentencia, el artículo citado era igual, pero sin la palabras “obligatorio y”, entre las palabras “estipendio” y “fijo”, lo que resulta irrelevante para estos efectos.

concepto de gratificación el que se trate de una remuneración eventual cuyo devengo está determinado por la existencia de utilidades en la entidad empleadora, y su pago es procedente, salvo estipulación expresa en contrario, anualmente”. En definitiva, es irrelevante que “denominen gratificación a una prestación que carezca de las características que le dan a aquella su identidad jurídica”¹¹⁶.

Compartimos la interpretación de esta sentencia, considerando el pago del artículo 50 como un sueldo y, conciliándolo con la doctrina del profesor Walker que recogimos, se trata de una “bonificación” al sueldo, ya que lo ocupa como su base de cálculo. En caso de que el trabajador reciba otro tipo de remuneraciones, como comisiones o sobresueldo, también se tratará de un bonificación que aumenta su base de cálculo con estas remuneraciones.

En definitiva, se trata de un suplemento al sueldo, o a la remuneración en su caso, que tiene naturaleza imponible, pero ninguna relación tiene con las utilidades y, por lo tanto, con las remuneraciones participativas como la participación y la gratificación. Como señala la Corte Suprema, el artículo 50 “está dirigido únicamente a extinguir la carga de pagar las gratificaciones que se estatuyen en el artículo 47 del Código del Trabajo”¹¹⁷.

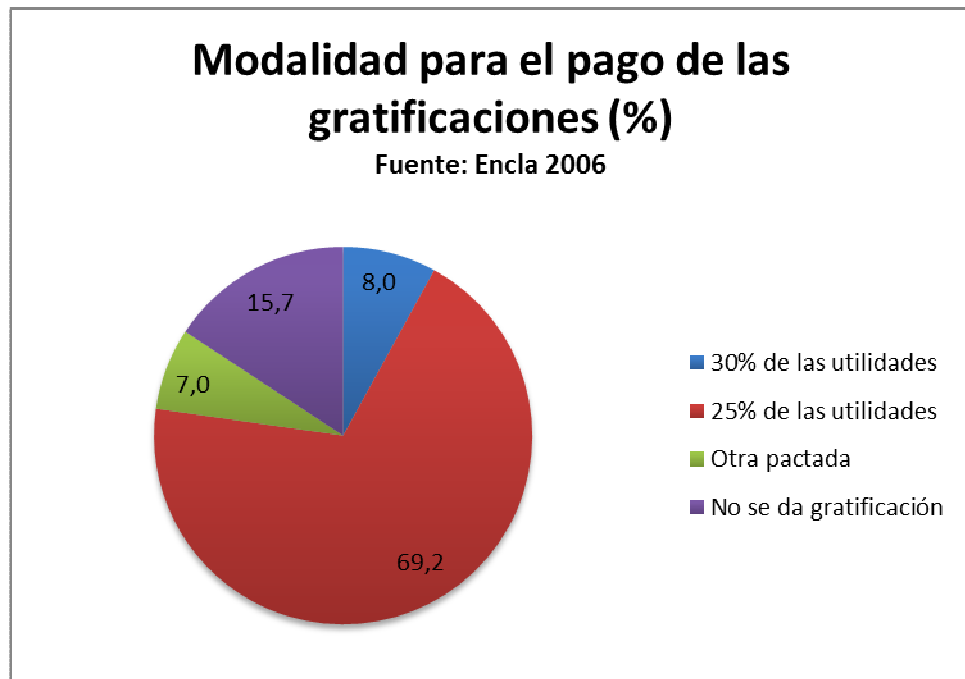
3.1.2. Datos estadísticos de la discrecionalidad en el pago de la gratificación.

En cuanto a la aplicación del artículo 47 y el artículo 50 del Código del Trabajo, la Encuesta Laboral de la Dirección del Trabajo (ENCLA) señaló que en el año 2006 un

¹¹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, año 1995, N° Identificador Legal Publishing 20484.

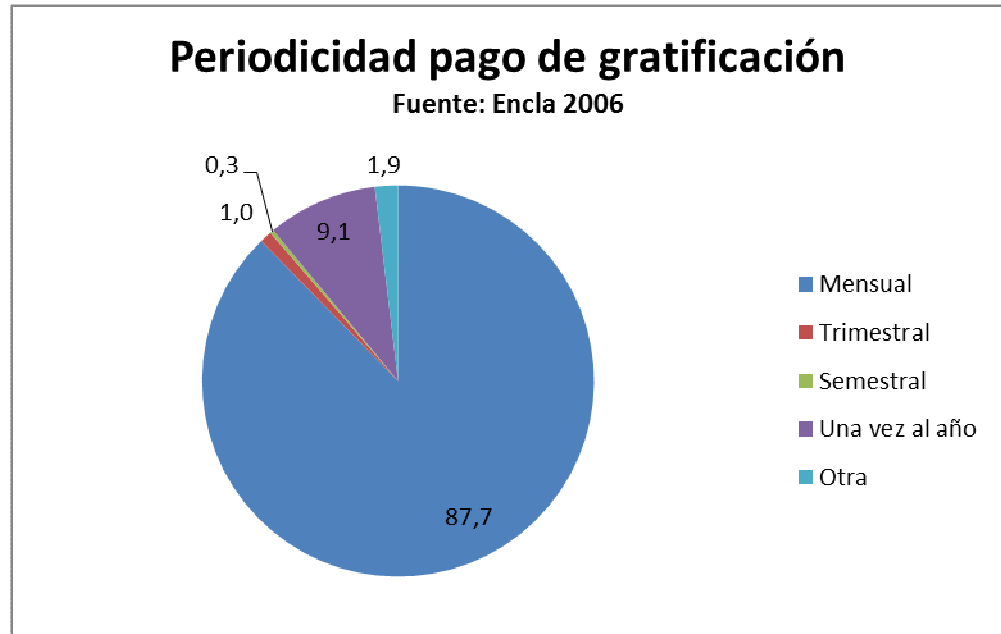
¹¹⁷ Corte Suprema, año 2008, N° Identificador Legal Publishing CL/JUR/6841/2008.

69,2% de las empresas encuestadas pagaba según la opción del artículo 50, o sea el 25% de las remuneraciones con un tope de 4,75 ingresos mínimos mensuales. En cuanto a la opción del artículo 47 – pago sobre el 30% de las utilidades – esta modalidad es pagada por solamente el 8% de las empresas encuestadas a lo largo de todo el país¹¹⁸. Así lo grafica la siguiente tabla:



¹¹⁸ DIVISIÓN ESTUDIOS, DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ENCLA 2006. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articles-95152_archivo_fuente.pdf> [consulta: 30 de abril de 2009], p. 60.

En la siguiente tabla, se muestra la periodicidad del pago de las gratificaciones:



Por último, cabe señalar que el empleador tiene total libertad para elegir entre una u otra opción, en consideración a que el pago del artículo 50 genera una alternativa para el mismo. Incluso es más, el empleador puede establecer distintas formas de pago para los distintos trabajadores de la misma empresa, ya que su aplicación es individual. Sin embargo, en los contratos colectivos, tal libertad se limita, ya que estos sí tienen aplicación general para los trabajadores contratantes, conforme al artículo 348 del Código del Trabajo.¹¹⁹

¹¹⁹ Artículo 348 inciso primero: “las estipulaciones de los contratos colectivos reemplazarán en lo pertinente a las contenidas en los contratos individuales de los trabajadores que sean parte de aquéllos y a quienes se les apliquen sus normas de conformidad al artículo 346”

3.1.3. Jurisprudencia

La regulación confusa del Código del Trabajo sobre las gratificaciones y el pago de las mismas, no ha estado exenta de controversias en la aplicación de sus artículos 47 y 50.

Esta controversia desembocó en el emblemático “Caso Madeco”, cuyo fallo de la Corte Suprema data del año 1995. Los Sindicatos N° 1, 2 y 3 de los Trabajadores de la Empresa de Manufacturas S.A. (en adelante Madeco) demandaron a su empleador en juicio laboral la suma proporcional que cada uno le correspondía del monto adeudado de \$3.342.822.752, o aquella que determinare el Tribunal, por concepto de gratificaciones devengadas en el año laboral 1989 y 1990, sumas equivalentes al 30% de las utilidades líquidas de los años tributarios 1990 y 1991, más sus reajustes e intereses legales. El fundamento de la demanda consistió en que en el contrato colectivo entre aquellos sindicatos y la empresa, la cláusula 11 bajo el subtítulo de gratificación señalaba que la empresa pagaría una gratificación los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre equivalente a la parte del sueldo o base mensual que se indica en cada una de las siguientes oportunidades, previa deducción de los descuentos. La misma cláusula termina señalando que "los montos pagados durante cada uno de los años 1990, 1991 y 1992, por concepto de estas gratificaciones contractuales, serán imputados al total de la gratificación que establece el Código del Trabajo, más cualquier otra gratificación o participación de carácter legal o contractual existente y/o futura, siendo también imputable a cualquier beneficio que establezca por disposición legal (...)"¹²⁰

¹²⁰ CS, 30.3.1995, RDJ, V. XCII (1995), T.I, sec. 3°, p.55

La Corte Suprema acogió el recurso de queja en contra de los jueces de alzada que habían revocado el fallo de primer grado, confirmando lo resuelto por el juez de primera instancia que dio lugar a la demanda de los sindicatos por la parte no pagada de las gratificaciones solicitadas en la demanda. La discusión se centró en la interpretación de la cláusula del contrato colectivo de trabajo ya citada, principalmente en aquellos pagos que “serían imputables al total de la gratificación que establece el Código del Trabajo”.¹²¹ La Corte Suprema estimó, en su considerando décimo, “Que los sentenciadores recurridos al argumentar que el sistema legal contiene dos formas de pagar la gratificación legal y que al disponer la ley que se puede convenir entre las partes una forma especial, siempre que con ello no se afecte a lo que sobre la materia dispone la ley, se está refiriendo a cualquiera de ellas, es decir, al reparto del 30% de las utilidades o bien a la forma sustitutivo de pago que contempla el artículo 49 de la Ley 18.620, no se atienen al sentido de la ley, claramente manifestado en su texto y en la historia de su establecimiento. En efecto, como se ha dicho precedentemente, la gratificación propiamente tal, en cuanto obligación del empleador, se encuentra consignada en el texto expreso del artículo 46 de la Ley 18.620, hoy artículo 47 del Código del Trabajo y consiste en distribuir en favor de los trabajadores el 30% de las utilidades. A su vez, la historia de su establecimiento revela que la gratificación, como obligación de distribuir utilidades, se contemplaba en el Código del Trabajo de 1931, según el cual artículo 144 "las gratificaciones convenidas entre el empleador y el empleado, no podrán ser inferiores a las establecidas en este título" y en el Título, sólo se consideraba el reparto del 20% de las utilidades, como única forma para el empleador de dar cumplimiento a la obligación legal de gratificar a sus trabajadores”¹²².

Este fallo fue relevante en la definición de la naturaleza jurídica del pago del artículo 50 del Código del Trabajo, pues sienta jurisprudencia en cuanto a que existe

¹²¹ CS, 30.3.1995, RDJ, V. XCII (1995), T.I, sec. 3°, p. 55

¹²² CS, 30.3.1995, RDJ, V. XCII (1995), T.I, sec. 3°, p. 57

sólo una gratificación propiamente tal y no dos, como ha sostenido parte de la doctrina nacional y de la jurisprudencia¹²³.

3.2. La discrecionalidad en la aplicación de la participación

El carácter discrecional de la participación en las utilidades está dado con claridad por su propia regulación – o más bien por la no regulación – que el legislador hace de ésta en el Código del Trabajo. Al respecto, el artículo 42 del Código Laboral señala la participación como un tipo de remuneración, y la define, en su d), como “la proporción en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la una o más secciones o sucursales de la misma”. En los artículos siguientes, el legislador laboral se centró en la regulación de la gratificación como tipo de remuneración, mas no de la participación. Esto hace concluir el carácter contractual y secundario que tiene la participación.

3.2.1. Tipos de participación

Doctrinariamente, se ha entendido que la participación en las utilidades consiste en “pagos adicionales realizados a los trabajadores en función de logro de un cierto beneficio por parte de sus empresas”.¹²⁴

¹²³ Luego de este caso se modificó el contrato colectivo de MADECO con su sindicato y se estableció expresamente que “la gratificación aquí estipulada (cuatro sueldos base) exime a la empresa de toda obligación por concepto de gratificación legal, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviese en el ejercicio comercial respectivo” [CS, 5.11.1998, RDJ, V. XCV (1998)], T.1, sec. 3º, p. 136). Así MADECO utilizó el derecho de opción que le otorga el Código del Trabajo y la Corte Suprema no volvió a acoger el recurso en 1998 como lo hizo en 1995.

¹²⁴ MARINAKIS, ANDRÉS. Op. cit. p. 72.

La Oficina Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que “las nuevas tendencias en materia de remuneraciones van hacia un sistema más individualizado en las relaciones del empleo y hacia recompensas variables”. Una de estas nuevas tendencias es, justamente, la participación, tipo de remuneración que puede adquirir diversas modalidades, según el parámetro sobre los cuales se define, su función y su ámbito de aplicación.

Dentro de las principales tipos de participación, la OIT ha señalado la participación accionaria en la empresa y el reparto de utilidades.

3.2.1.1. Participación accionaria en la empresa

Consiste en un tipo de retribución en virtud del cual se hace participar a los trabajadores “en el capital social de la empresa, es decir, en la propiedad”.¹²⁵ Esta forma de participación tiene submodalidades:

- a) La distribución de acciones entre los trabajadores, en virtud de la cual se les distribuye gratuitamente acciones de la empresa.
- b) Opción de compra de acciones de la empresa o *stock options*, mediante el cual los trabajadores pueden comprar un paquete de acciones de la empresa, ya sea a un menor precio establecido para estos fines, o bien a un precio de mercado. En algunos casos, la empresa establece además un plazo en el cual podrán vender las acciones adquiridas por los trabajadores, de tal forma de retener a los que ésta considera buenos elementos para su negocio. Este tipo de participación es muy

¹²⁵ BERG, HUMBERTO. Op. cit. p. 28

utilizado en Chile por grandes empresas de origen extranjero, tales como la compañía minera de origen británico-australiana BHP Billiton, y la compañía española de telefonía móvil perteneciente al grupo Telefónica, Movistar.

3.2.1.2. Participación en las utilidades

Este tipo de participación es el definido por nuestro Código del Trabajo, y consiste en una remuneración de carácter contractual, en virtud de la cual un porcentaje de las utilidades obtenida por la empresa en un periodo de tiempo previamente determinado es repartido a los trabajadores, según las partes – empleador y trabajador – hayan acordado.

El objetivo de esta modalidad de remuneración, tal como la señala el artículo 42, “es entregar a los trabajadores un ingreso adicional como respuesta a su participación de los logros globales de la empresa”, motivando a los mismos “con la gestión global de la empresa y no sólo con el área en la que él se desempeña”.¹²⁶

Sin perjuicio de la poca aplicación de esta forma de remuneración, se trata de una modalidad que implica “que la empresa trate a los trabajadores como socios colaboradores, más que como meros factores de producción”¹²⁷.

¹²⁶ BERG, HUMBERTO. Op. cit. p. 29.

¹²⁷ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Equidad y transformación productiva: un enfoque integrado. Santiago de Chile, 1992. p. 23

CAPÍTULO IV:
ALTERNATIVAS PARA UNA MEJOR APLICACIÓN DE LAS REMUNERACIONES PARTICIPATIVAS

En este último capítulo, nos abocaremos a exponer otros casos de países latinoamericanos que han implementado exitosamente remuneraciones participativas en América Latina, complementado por las propuestas y visiones de los organismos económicos y laborales a que pertenece Chile. Finalmente, revisaremos las propuestas que han nacido para cambiar la actual legislación chilena.

4.1. Casos exitosos en América Latina

4.1.1. México

El decreto por el cual se le otorgó a los trabajadores mexicanos el derecho de tener una participación en las ganancias de las empresas se publicó el 21 de Noviembre del año 1962 en el Diario Oficial de la Federación, incluyéndose como parte del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala en su apartado IX que “Los trabajadores tendrán derecho a una participación en las utilidades de las empresas, regulada de conformidad a las siguientes normas: A) Una comisión nacional, integrada con representantes de los trabajadores, de los patronos y del gobierno, fijará el porcentaje de utilidades que deba repartirse entre los trabajadores; B) La comisión nacional practicará las investigaciones y realizará los estudios necesarios y apropiados para conocer las condiciones generales de la economía nacional. Tendrá asimismo en consideración la necesidad de fomentar el desarrollo industrial del país, el interés razonable que debe percibir el capital y la necesidad de reinversión de capitales; C) La misma comisión podrá revisar el

porcentaje fijado cuando existan nuevos estudios e investigaciones que los justifiquen; D) La ley podrá exceptuar de la obligación de repartir utilidades a las empresas de nueva creación durante un número determinado y limitado de años, a los trabajos de exploración y a otras actividades cuando lo justifique su naturaleza y condiciones particulares; E) Para determinar el monto de utilidades de cada empresa se tomará como base la renta gravable de conformidad con las disposiciones de la ley del impuesto sobre la renta. Los trabajadores podrán formular, ante la oficina correspondiente de la secretaría de hacienda y crédito público, las objeciones que juzguen convenientes, ajustándose al procedimiento que determine la ley; F) El derecho de los trabajadores a participar en las utilidades no implica la facultad de intervenir en la dirección o administración de las empresas”.

La ley laboral mexicana dispone que “como mínimo se debe distribuir el 10% de los beneficios”¹²⁸, es decir, se usa como base la renta gravable de las empresas, 10% de la cual debe ser pagada a los trabajadores por ese concepto. Como dato importante, las empresas no pueden deducir pérdidas de los años anteriores para determinar las utilidades de las que participarán los trabajadores.

La comisión a la que hace mención la Constitución se debe reunir cada 10 años “con el único objetivo de ajustar el porcentaje de participación. Para ello, se establece una secretaría que prepara estudios basados en datos existentes o estadísticas específicamente recogidas, y analiza la respuesta de los actores sociales a cuestionarios que apuntan a conocer la opinión de las organizaciones de trabajadores y de empresarios”.¹²⁹

¹²⁸ MARINAKIS, ANDRÉS. Op. cit. p. 77.

¹²⁹ MARINAKIS, ANDRÉS. Op. cit. p. 77.

Sin perjuicio de la regulación constitucional, “la forma de distribución también está establecida por ley. La mitad de las utilidades en las que participan los trabajadores se distribuyen en proporción a los salarios de cada trabajador (...) y el resto se distribuye en montos idénticos entre los trabajadores”¹³⁰. El objetivo de estas medidas es, en el caso de la distribución en proporción a los salarios, incentivar al personal con los salarios más altos, y en el caso de la distribución igualitaria a todo el personal de la empresa, la redistribución de los ingresos.

El caso mexicano se basa en un criterio de flexibilidad del porcentaje a repartir de utilidades mediante la participación y, lo más relevante, tiene consagración constitucional. Sin perjuicio de lo anterior, pese a la larga trayectoria en la regulación de las remuneraciones participativas del país azteca, lo cierto es que este instrumento legal ha tenido una aplicación progresiva pero no completa, llegando recién en los años 90, según datos de la CEPAL, a su mayor valor de pago, cuando se distribuyó el 8,2%¹³¹ de las utilidades de las empresas a los trabajadores.

4.1.2. Brasil

La regulación brasileña sobre las remuneraciones participativas se presenta como una regulación innovadora dentro de la región, toda vez que Brasil es el único país de América Latina en que la propia legislación ofrece la posibilidad de optar entre un sistema de participación en las utilidades y uno de participación en los resultados o metas, teniendo ambas opciones incentivos tributarios.

¹³⁰ MARINAKIS, ANDRÉS. Op. cit. p. 75.

¹³¹ MARINAKIS, ANDRÉS. Op. cit. p. 77.

Brasil reglamenta constitucionalmente las remuneraciones participativas en virtud de la Medida Provisional 794 del año 1994, la cual establece “la participación de los trabajadores en los lucros o resultados de las empresas. (...) Sus términos son bastante flexibles: los actores sociales pueden definir los criterios de participación mediante la negociación, y pueden optar por un sistema ligado al lucro de la empresa, a resultados específicos, o bien a indicadores mixtos”¹³².

La ley vigente estipula que “las empresas que obtengan utilidades deben negociar con sus empleados una forma de participación para estos últimos”¹³³. Así lo señala el artículo 2º, *Lei N° 10.101, Dezembro 2'*: “La participación en los lucros o resultados será objeto de negociación entre las empresas y sus empleados, mediante comisión elegida por estos, integrada además por un representante indicado por el sindicato de la categoría respectiva”.

Una diferencia importante con entre la legislación brasileña y el resto de las legislaciones latinoamericanas sobre la materia, es que en el caso brasileño si bien es posible fijar la participación en las ganancias o lucro en un porcentaje determinado, no es posible respecto de la participación en los resultados, cuestión que queda únicamente en la competencia de la empresa y existiendo muchas posibilidades al respecto. Otra diferencia entre ambas legislaciones es que en la brasileña “no establecen formas de distribución entre los trabajadores, precisamente para dar mayor libertad en el caso de que una empresa elija la participación en los resultados”¹³⁴.

¹³² MARINAKIS, ANDRÉS. Op. cit. p. 72.

¹³³ DURÁN, GONZALO. Op. cit. p. 18.

¹³⁴ MARINAKIS, ANDRÉS. Op. cit. p. 76.

Quedan exceptuadas de este sistema de remuneraciones participativas las instituciones sin fines de lucro.

4.2. Propuestas para Chile

Antes de terminar, expondremos la visión de algunas organizaciones mundiales de las cuales Chile es miembro y también expondremos qué iniciativas han nacido dentro del país.

4.2.1. Visión de la OCDE

Como señaláramos en la introducción, dada la incorporación de Chile a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), institución que tiene como principal objetivo “promover las políticas que mejoran el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo”¹³⁵, conviene interiorizarse en su visión económica en particular sobre el objeto de este trabajo.

En un trabajo titulado “*Profit-sharing in OECD countries*”, la OCDE concluyó que “las empresas con participación en las utilidades tienden a mostrar mejores niveles de productividad que las empresas que no la tienen.”¹³⁶ Por otro lado, desde un punto más

¹³⁵ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. [en línea] <<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>> [consulta: 9 de Noviembre de 2011].

¹³⁶ OECD. International Development Statistics (IDS) online databases on aid and other resource flows. [en línea] <www.oecd.org/dataoecd/3/37/2409883.pdf> [consulta: 9 de Noviembre de 2011].

Traducción propia, para efectos de esta Memoria, del siguiente texto: “firms with profit-sharing tend to display higher levels of productivity than comparable firms without”.

bien de Recursos Humanos, la participación en las utilidades “entrega una forma de asociar a los empleados más fuertemente con los negocios y la suerte de su empresa. Desde un punto de vista económico, esto puede que sea más importante en los años venideros, donde la competencia aumentará y las técnicas modernas de producción demandará esfuerzos más concertados y cooperativos de una fuerza de trabajo mirada como una unidad.”¹³⁷

Cabe señalar que este análisis de la OCDE se centra mayormente en los beneficios que le puede traer a las empresas, dejando de lado los beneficios que podría significar para el Estado y para los trabajadores el incentivo de las remuneraciones participativas dentro de una empresa. De hecho, afirma que “por sí solo, la mayor productividad no es necesariamente un argumento para desembolsos del fondo público. Cuando una empresa aumenta sus niveles de productividad, la mayoría de los beneficios son para la empresa”¹³⁸. Este hecho es importante, ya que en un eventual diálogo político y económico, las empresas también obtienen beneficios de la participación de las utilidades y no solamente costos y desventajas, como podría pensarse.

¹³⁷ OECD. International Development Statistics (IDS) online databases on aid and other resource flows. Op. cit.

Traducción propia, para efectos de esta Memoria, del siguiente texto: “it provides a way of associating employees more strongly with the affairs and fortunes of their companies. From an economic point of view, this may become more important in the years to come, as increased competition and modern production techniques demand more concerted and co-operative efforts from the workforce as a whole”.

¹³⁸ OECD. International Development Statistics (IDS) online databases on aid and other resource flows. Op. cit.

Traducción propia, para efectos de esta Tesis, del siguiente texto: “However, by itself, higher productivity is not necessarily an argument for outlays from the public purse. When a firm raises its level of productivity, most, or all of the ensuing benefits accrue to the firm concerned.”

4.2.2. Visión de la OIT

Otro organismo del cual Chile es miembro desde sus inicios en 1919 es la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual pertenece a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y cuya principal misión es “promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo”¹³⁹.

Esta institución también tiene una visión positiva respecto a las remuneraciones participativas. A mayor abundamiento, “desde hace algún tiempo se han venido publicando por la Oficina Internacional del Trabajo, distintos artículos y estudios que abordan desde diferentes perspectivas basados en desempeño, en ganancias de productividad, en una participación en las utilidades o resultados de la empresa. (...) Un trabajo muy interesante y más cercano a nuestra realidad y al objetivo de este texto es el realizado por Andrés Marinakis”. Este autor es Especialista en Políticas del Mercado de Trabajo e Instituciones Laborales de la OIT y publicó en la revista de la Cepal el trabajo llamado “Participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de las empresas en América Latina”. En este documento el autor expone, en primer lugar, que la participación en las utilidades es una eficiente herramienta para adecuar los costos de la empresa antes los periodos de crisis: “Los sistemas ‘puros’ de participación en las utilidades, el aspecto que mejor se adapta a las nuevas exigencias es la flexibilidad a la baja de este costo, lo cual cuadra con esquemas de tipo ‘defensivo’ de corto plazo. Ante una reducción en la demanda que afecte a las utilidades, la primera reacción de las empresas es ajustar los costos. En este caso, el componente de participación en las utilidades se ajusta en forma automática”. Sin embargo, esta misma característica de fijeza puede acarrear problemas al no adaptarse adecuadamente a la realidad de las distintas empresas. “La aplicación de un

¹³⁹ Organización Internacional del Trabajo [en línea] <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>> [consulta: 9 de Noviembre de 2011]

coeficiente único de participación en las utilidades para empresas de muy diversas características no parece ser suficientemente flexible. Por ejemplo, distribuir 10% de las utilidades por concepto de participación no significa lo mismo para una empresa dominante en su mercado que para otra con un mercado atomizado, ni tampoco es igual para una empresa que está en fase inicial de crecimiento que para otra consolidada en su sector. La imposibilidad de adaptar el instrumento a la realidad de la empresa limita fuertemente su utilización como sistema de incentivos, ya que se asemeja más a un derecho adquirido de los trabajadores”.¹⁴⁰

Esta última concepción sobre derechos adquiridos, más que un sistema de incentivos, es la que se ha recogido en un proyecto de ley en Chile, que pasamos a exponer.

4.2.3. Proyecto de ley sobre reforma constitucional

El 19 de Agosto, 2010 nació una moción en la Cámara de Diputados que propone un proyecto de reforma constitucional titulado “Reforma constitucional que establece el reparto de utilidades, con el objeto de mejorar la distribución de la riqueza”. De acuerdo a lo señalado en él, “el sector privado debe compartir los frutos de los aumentos de la productividad con sus trabajadores. Así lograríamos mejorar la distribución de los ingresos y descongelar esta extrema concentración de la riqueza que existe en Chile. Este es uno de los mecanismos que otros países, como México, Brasil y Perú, han utilizado para mejorar la distribución de los ingresos”, que son algunos de los ejemplos que expusimos en el punto anterior. Concretamente, el proyecto consiste en lo siguiente: “Artículo Único: Incorpórese al inciso 16 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el siguiente inciso nuevo:

¹⁴⁰ Todas las citas pertenecen a: BERG, HUBERTO. Op. cit. p. 31-32

“Los trabajadores tendrán derecho a una participación de al menos un 10% en las utilidades de las empresas. Una ley especial deberá regular los trabajadores comprendidos, la forma de distribuir el monto establecido y las empresas que por su condición económica podrán exceptuarse de la obligación de repartir sus utilidades.”¹⁴¹

Más allá del porcentaje que proponga este proyecto, su aprobación favorecería una existencia real de remuneraciones participativas como la participación y, especialmente, la gratificación, ya que normas como el artículo 50 del Código del Trabajo, se tornarían inconstitucionales. Podría atacarse su inaplicabilidad por inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, según el artículo 93 número 6 de la Constitución Política de la República.

¹⁴¹ Todas las citas pertenecen a: Cámara de Diputados de Chile [en línea] <http://www.diputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7547&prmBL=7145-07> [consulta: 15 de Septiembre de 2012]

CONCLUSIONES

A través de esta Memoria hemos podido revisar el origen y la historia de las remuneraciones participativas y su origen y desarrollo legislativo en el país, tanto en materia constitucional como en el Código del Trabajo.

Con los antecedentes que recabamos pudimos comprobar nuestra hipótesis, llegando a la conclusión de que, en la práctica, el empleador cuenta con la discrecionalidad para decidir si paga o no las remuneraciones participativas que contempla el Código del Trabajo, ya sea la participación que por su propia naturaleza es voluntaria, ya sea la gratificación, que tiene una excepción a la obligatoriedad de su pago en el artículo 50 del Código de Trabajo. Comprobada esta hipótesis, revisamos el derecho comparado en otros países latinoamericanos, como México y Brasil, y recogimos las visiones de organizaciones a las que pertenece la República de Chile, tanto económicas (la OCDE), como laborales (la OIT).

En definitiva, pudimos desmenuzar el sistema de remuneraciones participativas en el Código del Trabajo y dar cuenta de la pobre regulación que existe. Por un lado, contamos nominalmente con la participación, la cual se aplica voluntariamente por el 0,5% de las empresas chilenas¹⁴². Por otro lado, contamos con la gratificación, equivalente al 30% de las utilidades que se reparten a prorrata de las remuneraciones de los trabajadores. La gratificación se supone obligatoria, sin embargo, existe el pago del artículo 50, con el cual el empleador se exime de pagar la gratificación. Este pago del artículo 50, nada tiene que ver con la naturaleza de la gratificación, ya que su base de cálculo son las remuneraciones y no las utilidades. En la práctica, su único beneficio consiste en evitar que el sueldo bruto pactado se vea disminuido por las deducciones

¹⁴² Ver pie de página número 97.

de las cotizaciones previsionales. Por ejemplo, si a un sueldo bruto de \$200.000 le restamos las cotizaciones previsionales (aproximadamente un 20%¹⁴³) nos quedaría un sueldo líquido de \$160.000. En cambio, si a este mismo sueldo bruto de \$200.000 le agregamos una bonificación de su 25%, nos quedaría un sueldo bruto de \$250.000, con lo que quedaría en el mismo monto de \$200.000 líquidos, luego de deducirse las cotizaciones previsionales. De esta forma, lo que logra el artículo 50 es que las empresas que obtengan utilidades carguen con las cotizaciones previsionales de los trabajadores. Sin embargo, este beneficio tiene un límite: que este pago no exceda el tope de 4,75 ingresos mínimos mensuales al año.

La discusión que subyace en torno a las remuneraciones participativas, al igual como subyace también en las discusiones en torno al sueldo mínimo o a las reformas tributarias, es el valor que le damos al Trabajo dentro de la empresa y, en definitiva, el valor que le damos al Trabajo y a los trabajadores dentro de la sociedad. Esta discusión tiene real incidencia, junto a otros factores, en la distribución de los ingresos que una sociedad produce. Si se mejorara el sistema de remuneraciones participativas, se estaría mejorando el mecanismo de distribución allí mismo donde se producen principalmente las riquezas: en las empresas. De esta forma mejoraríamos en los índices que nos hemos autoimpuesto al ingresar a la OCDE y podríamos dejar de aplicar la simple y burlesca caracterización que hizo nuestro poeta Nicanor Parra sobre nuestra renta per cápita: "Hay dos panes. Usted se come dos. Yo ninguno. Consumo promedio: un pan por persona".

¹⁴³ 10% AFP + 1,51% comisión aprox. + 1,49% seguro de invalidez y sobrevivencia + 7% salud = 20% aproximadamente.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS

- BERG, HUBERTO. Salarios participativos. Una herramienta para el compromiso. Guía práctica para PYMES. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago de Chile, 2007.
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Equidad y transformación productiva: un enfoque integrado. Naciones Unidas. Santiago de Chile, 1992.
- DURÁN, GONZALO. Caracterización y Propuestas de Cambio al Sistema de Gratificaciones en Chile. Cuadernos de Investigación N° 13, Fundación Sol. Santiago, Chile. 2009.
- EVANS, ENRIQUE. Los derechos constitucionales, tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1986.
- FUENTES PUELMA, CARLOS. Estudios sobre el derecho del trabajo y las relaciones laborales. Edeval. Valparaíso, 1996.
- GAETE BERRIOS, ALFREDO. Estatuto de los Trabajadores del Cobre. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 1971.
- HUMERES M, HÉCTOR Y HUMERES N, HÉCTOR. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 14° edición. Editorial Jurídica de Chile. 1994. p. 68

- HUMERES NOGUER, HÉCTOR. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decimoctava edición ampliada y actualizada. Editorial Jurídica de Chile. 2009.
- IRURETA URIARTE, PEDRO. Constitución y Orden Público Laboral. Un análisis del artículo 19 N° 16 de la Constitución chilena. Colección de investigaciones jurídicas. Santiago, Chile. 2006.
- KOCH GONZÁLEZ, OTTO. La participación de los empleados en las utilidades de una empresa según nuestra legislación. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 1960.
- LANATA FUENZALIDA, GABRIELA. Contrato individual de trabajo. Lexis Nexis. 2006.
- LONDOÑO, CARLOS MARIO. La participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, 1962.
- LUJAN ALCARAZ, José. El Ámbito Subjetivo del Estatuto de los Trabajadores. Centro de Publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 2005.
- MARINAKIS, ANDRÉS E. Participación de los trabajadores en las utilidades o resultados de las empresas en América Latina. Revista de la CEPAL, Diciembre 1999.
- RODRÍGUEZ BURR, MATÍAS. Participación en las utilidades y justicia salarial. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2009.

- SALAMERO ROJAS, ALVARO. Las gratificaciones en el derecho laboral chileno, Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1999.
- SÉRUZIER, MICHEL. Medir la economía de los países según el sistema de cuentas nacionales. Cepal en coedición con Alfaomega Colombiana S.A. Bogotá, Colombia. 2003.
- THAYER ARTEAGA, WILLIAM. Texto y comentario del Código del Trabajo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2002
- THAYER ARTEAGA, WILLIAM. Dimensión histórica del Código del Trabajo. Ediciones Universidad del Desarrollo. Santiago de Chile, 2008.
- THAYER ARTEAGA, WILLIAM; NOVOA FUENZALIDA, PATRICIO. Manual de derecho del trabajo – Tomo III. Quinta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. 2010
- VALENZUELA ROJAS, ARMANDO; RUIZ DE GAMBOA ALBERTO. Consultor práctico de la legislación chilena del trabajo. Santiago, Chile. 1933.
- VEGA RUÍZ, MARÍA LUZ. La Reforma Laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado. Lima, Perú, Oficina Regional para América Latina y el Caribe OIT. 2005.
- VERDUGO MARINKOVIC, MARIO; PFEFFER URQUIAGA, EMILIO; NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. Derecho constitucional. xxx edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2002.

- WALKER, FRANCISCO. Derecho de las Relaciones Laborales: un derecho vivo. Editorial Universitaria. Santiago, Chile. 2003.
- WILLIAMS BENAVENTE, JAIME. Lecciones de introducción al Derecho. Cuarta edición, corregida y aumentada. Ediciones Fundación de Ciencias Humanas. Santiago, Chile. 2003.

B. DOCUMENTALES

- ACTAS OFICIALES DE LA COMISION CONSTITUYENTE. Sesión 199^a, celebrada en 7 de Abril de 1976. p. 30
- CHILE. Código Civil. Ministerio de Justicia de Chile. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2008.
- CHILE. Código del Trabajo. Ministerio de Justicia de Chile. Editorial Jurídica. Santiago, Chile. 2009.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Recopilación de Decretos Leyes. Tomo 73. Santiago, Chile. 1979.
- MINISTERIO DEL TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL. Antecedentes del sistema de gratificaciones en Chile. Observatorio Laboral N° 34. Santiago, Chile. 2009.

C. VIRTUALES

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE-BCN [en línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207436>> [consulta: 9 de julio de 2009].
- BOJÓRQUEZ CARRILLO, Ana Laura. Hacia un nuevo Sistema de Reparto de Utilidades [en línea]. <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S018610422007000100011&script=sci_arttext> [consulta: 3 de abril de 2011].
- Cámara de Diputados de Chile [en línea] <http://www.diputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7547&prmBL=7145-07> [consulta: 15 de Septiembre de 2012]
- CAPITAL HUMANO, REVISTA GESTIÓN. Stock Options: Resultados y Compensación en Línea. [en línea] <<http://www.gestion.cl/403/capital.php>> [consulta: 29 de septiembre de 2009].
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE SANCIONADA Y PROMULGADA EL 30 DE OCTUBRE DE 1822. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005168&idVersion=1822-10-30>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHILE, PROMULGADA EN 29 DE DICIEMBRE DE 1823. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202&idVersion=1823-12-29>

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE PROMULGADA EN 8 D E AGOSTO DE 1828. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005225&idVersion=1828-08-08>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1833). <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=137535&idVersion=1833-05-25>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1925). <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=131386&idVersion=1980-08-11>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE (1980). <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302&idVersion=2012-03-06>
- DIVISIÓN ESTUDIOS, DIRECCIÓN DEL TRABAJO. ENCLA 2006. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-95152_archivo_fuente.pdf> [consulta: 30 de abril de 2009].
- GARRETÓN, MANUEL ANTONIO; CUMSILLE, GUILLERMO. Las percepciones de la desigualdad en Chile. <www.sitiosur.cl/publicaciones/Revista_Proposiciones/prop34/B05GARRE.RTF> [Consulta: 3 de diciembre de 2008].
- GOBIERNO INFORMA. <<http://www.gob.cl/informa/2010/07/28/lanzamiento-comision-asesora-de-salario-minimo.htm>> [consulta: 17 de Enero de 2011].

- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM. [en línea] <<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/9/124.htm?s=>> [consulta: 1 de mayo de 2009].
- LEGAL PUBLISHING ONLINE [en línea] <http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01&vid=LNChile:97&dtid=1292290> [consulta: 16 de junio de 2009].
- LOPEZ, J. HUMBERTO; PERRY, GUILLERMO. Inequality in Latin America: Determinants and consequences. <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2008/02/01/000158349_20080201123241/Rendered/PDF/wps4504.pdf> [Consulta: 8 de mayo de 2009].
- OECD. International Development Statistics (IDS) online databases on aid and other resource flows. <www.oecd.org/dataoecd/3/37/2409883.pdf> [consulta: 9 de Noviembre de 2011].
- OECD Newsroom. <http://www.oecd.org/document/20/0,3746,fr_21571361_44315115_44375060_1_1_1_1,00.html> [Consulta: 30 de mayo de 2011].
- OECD. Society at a Glance – OCDE Indicadores Sociales. [en línea] <<http://www.oecd.org/dataoecd/39/23/47572883.pdf>> [consulta: 30 de mayo de 2011].
- Organización Internacional del Trabajo <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm>> [consulta: 9 de Noviembre de 2011]

- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos. <<http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>> [consulta: 9 de Noviembre de 2011].
- PROYECTO DE CONSTITUCIÓN PROVISORIA PARA EL ESTADO DE CHILE PUBLICADA EN 10 DE AGOSTO DE 1818, SANCIONADO Y JURADO SOLEMNEMENTE EL 23 DE OCTUBRE DEL MISMO. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005251&idVersion=1818-08-10>
- REGLAMENTO PARA EL ARREGLO DE LA AUTORIDAD EJECUTIVA PROVISORIA DE CHILE SANCIONADO EN 14 DE AGOSTO DE 1811. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005318&idVersion=1811-08-14>
- REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO SANCIONADO EN 26 DE OCTUBRE DE 1812. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005390&idVersion=1812-10-26>
- REGLAMENTO PARA EL GOBIERNO PROVISORIO SANCIONADO EN 17 DE MARZO DE 1814. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005389&idVersion=1814-03-17>
- SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Diccionario Básico Tributario Contable <http://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_p.htm> [consulta: 31 de diciembre de 2010]).