

Trabajo recibido el 17 de agosto de 2016 y aprobado el 11 de abril de 2017

## Indemnizaciones convencionales por término de contrato de trabajo. Problemas suscitados a raíz del tope de UF 90

### CONVENTIONAL COMPENSATION FOR THE TERMINATION OF THE LABOR CONTRACT. PROBLEMS THAT ARISE DUE TO THE UF 90 LEGAL CAP

ALFREDO SIERRA HERRERO\*

#### RESUMEN

El presente trabajo analiza la situación de los pactos de indemnizaciones convencionales en contratos de trabajo, en los que se acuerda no aplicar el límite de UF 90 sobre la base de cálculo de la indemnización por años de servicio. Se revisarán dos problemas de relevancia dogmática y práctica relacionados con dichos pactos. El primero, se refiere a aquellas cláusulas donde se establece que la base de cálculo será la "última remuneración mensual", sin mención explícita al tope de UF 90. El segundo dice relación con pactos que establecen una indemnización sin el tope indicado, donde se estipula que ésta sólo se devengará si el contrato finaliza por las causales de necesidades de la empresa o desahucio (art. 161 Código del Trabajo). Aquí surge la inquietud acerca de si el trabajador puede reclamar igualmente dicha indemnización, si es despedido por otra causal de forma injustificada.

#### ABSTRACT

This paper analyzes conventional compensation agreements in labor contracts, in which the legal cap of UF 90 is not applied for the basis of calculating the indemnity for years of service. In particular, the article reviews two problems of dogmatic and practical relevance related to such agreements. The first one refers to those clauses which state that the basis for calculation will be the "last monthly remuneration", without explicitly mentioning the UF 90 cap. The second one relates to the agreements that set up an uncapped compensation, that will only accrue if the contract is terminated on the grounds of business needs or dismissal (art. 161 Chilean Labor Code). Under this second type of clause, the question is if the employee can demand the conventional compensation, if he or she is fired on the grounds of another legal hypothesis, but the termination has been deemed unjustified by the Court.

#### PALABRAS CLAVE

Derecho del Trabajo, Indemnización convencional, Contrato de Trabajo (terminación), Tope UF 90, Estatuto Docente

#### KEY WORDS

Labor Law, Conventional Compensation, Labor Contract (termination), UF 90 Legal cap, Teachers' Statute

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesor de Derecho del Trabajo y Vicedecano Académico, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Correo electrónico: asierra@uandes.cl.

## Introducción

Las indemnizaciones legales por término de contrato de trabajo tienen el carácter de mínimo e irrenunciable<sup>1</sup>. No puede aceptarse, por tanto, ninguna clase de cláusula que reconozca la disminución y menos la exclusión de aquéllas<sup>2</sup>. Sin embargo, obviamente “el estatuto laboral faculta a las partes para modificar por la vía convencional las denominadas normas mínimas, siempre y cuando sean superiores a éstas”<sup>3</sup>. De esta manera, cualquier otra indemnización pactada cuyo monto exceda al canon legal entra en “la categoría de indemnización convencional”<sup>4</sup>. Se afirma así que la estipulación de estas indemnizaciones convencionales es una de las manifestaciones notorias de la autonomía de la voluntad en materia laboral<sup>5</sup>.

Estas indemnizaciones pueden tener su origen en una cláusula convenida por las partes (contrato individual o instrumento colectivo), o ser concedida unilateralmente por el empleador<sup>6</sup>. Siendo un beneficio que la empresa persigue pactar, no sólo con gerentes o ejecutivos, sino también con personal técnico y trabajadores sin una cualificación reseñable<sup>7</sup>.

El mejoramiento que llevan consigo estas cláusulas se concreta básicamente a través de dos vías; una, superando dichos parámetros legales para ciertas causales de término de contrato; otra, fijando indemnizaciones para causales que no dan derecho a indemnización legal (p. ej. renuncia voluntaria, mutuo

---

<sup>1</sup> Sobre la evolución de las indemnizaciones legales en nuestro ordenamiento. Véase WALKER ERRÁZURIZ y ARELLANO ORTIZ (2014), pp. 414 y ss.

<sup>2</sup> Criterio aplicable también en otros ordenamientos, como el español; véase GUTIÉRREZ PEÑA (2002), p. 505. Con todo, es interesante constatar que en España, tratándose de regulaciones especiales, como el RD 1382/1985 sobre el personal de alta dirección, un sector de la doctrina considera que las indemnizaciones fijadas en dicha normativa no constituyen mínimos necesarios, por lo que las partes pueden modificarlas *in peius*. Véase SALA FRANCO (1990), p.105; RODRÍGUEZ COPÉ (1998), p. 105.

<sup>3</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 719-2004, de 20 de abril de 2005.

<sup>4</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, RIT O-225-2012, de 28 de diciembre de 2012. En el mismo sentido, Juzgado de Letras de Coronel, RIT O-18-2013, de 9 de septiembre de 2013.

<sup>5</sup> LACALLE VELARDE y LÓPEZ GALILEA (2012), p. 91. Es importante destacar que, de acuerdo a ERRÁZURIZ y ARELLANO, el origen de la indemnización legal por años de servicio se encuentra en la negociación colectiva. En efecto, estos autores explican que “por la vía de la negociación colectiva en los instrumentos de la época denominados actas de avenimiento, se fueron fijando, específicamente, indemnizaciones convencionales para el caso de los despidos arbitrarios, por lo que así nació la indemnización por despido, especialmente aquella más generalizada consistente en el pago de una remuneración por año de servicio en la empresa”, véase WALKER ERRÁZURIZ y ARELLANO ORTIZ (2014), p. 414.

<sup>6</sup> Dirección del Trabajo, ORD. N° 2503/189, de 1 de junio de 1998.

<sup>7</sup> MOLERO MANGLANO (2012), p. 336.

acuerdo, etc.)<sup>8</sup>. Como apunta ROJAS MIÑO, este pacto puede, bien elevar algunos o todos los límites de la indemnización legal, bien mejorar otro aspecto no considerado en el régimen legal<sup>9</sup>.

De no existir entonces indemnizaciones pactadas corresponde “recurrir al mecanismo establecido en la ley para el mismo derecho”<sup>10</sup>. Luego, si se ha suscrito una indemnización convencional, está reemplaza a los términos de “la ley tanto en la forma en que se adquiere el derecho, como en el método de su determinación”<sup>11</sup>. Las partes tienen, por consiguiente, “la libertad de estipular y convenir con las consecuencias que de ello se deriva atendida la obligatoriedad del vínculo contractual”<sup>12</sup>. Con todo, la clave de la validez de la cláusula se encontrará en que no vulnere derechos irrenunciables del trabajador y en que respete la normativa de orden público correspondiente en la materia”<sup>13</sup>.

Estos acuerdos referidos a cánones indemnizatorios superiores a los mínimos legales suelen ser conocidos en el Derecho comparado con la denominación de “cláusulas de blindaje”<sup>14</sup>, “paraguas dorados”<sup>15</sup>, o “pactos de mejora”<sup>16</sup>. En principio, tales cláusulas sustituyen a las previsiones legales relativas a indemnizaciones, que se materializan en diversas fórmulas, muchas de las cuales se orientan en los tipos legales<sup>17</sup>. Ciertamente, la característica definitoria de estas convenciones se encuentra en la superación económica de los estándares del ordenamiento laboral<sup>18</sup>, e incluso de los considerados razonables a la vista de las circunstancias concurrentes<sup>19</sup>. De esta forma, esta ventaja económica conlleva que se diga que el contrato queda “blindado”<sup>20</sup>.

Según veremos, las indemnizaciones convencionales que se suelen acordar siguen los modelos legales, pero obviamente mejorados. De tal forma, que sus

---

<sup>8</sup> Véase: Dirección del Trabajo, ORD. N° 2503/189, de 1 de junio de 1998.

<sup>9</sup> ROJAS MIÑO (2015), p. 448.

<sup>10</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 719-2004, de 20 de abril de 2005.

<sup>11</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 719-2004, de 20 de abril de 2005.

<sup>12</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N° 118-2008, de 6 octubre de 2008.

<sup>13</sup> Juzgado de Letras de Ancud, RIT O-7-2013, de 6 de diciembre de 2013.

<sup>14</sup> DE LA VILLA GIL (1997), pp. 459-460.

<sup>15</sup> SALINAS ADELANTADO (1993), pp. 4983 y ss.

<sup>16</sup> STSJ Madrid, 8 junio 2004 (AS 2004\2604).

<sup>17</sup> MAYA MAYA (2014), p. 384; SOBRINO GONZÁLEZ (2014), pp. 2-6.

<sup>18</sup> ALEMANY ZARAGOZA (1994), p. 46.

<sup>19</sup> ALEMANY ZARAGOZA (1994), p.46

<sup>20</sup> MAYA MAYA (2014), p. 384.

objetivos no sólo miran a reforzar aquellos propios de las legales<sup>21</sup>, sino también otros que –por lo menos las partes– estiman no cubiertos por el ordenamiento laboral.

Dentro de los objetivos de las indemnizaciones legales que las convencionales persiguen reforzar, la doctrina comparada señala dos casos comunes: resarcir de los perjuicios que haya irrogado el despido sin necesidad de su acreditación y cuantificación<sup>22</sup>, y, proporcionar recursos económicos que cubran su falta inmediata de trabajo<sup>23</sup>.

Por su parte, los objetivos más propios de las convencionales serían, entre otros, actuar como medida de persuasión que conmine al empresario a desistirse del despido, dados los altos montos acordados<sup>24</sup>; compensar la pérdida de prestigio y deterioro de currículum que el cese puede conllevar<sup>25</sup>; y convencer al trabajador para que deje su trabajo y decida incorporarse a la nueva empresa<sup>26</sup>. Y es que, muchas veces, la contratación de un trabajador responde a lo que en términos deportivos se denomina un “fichaje”, lo que habitualmente conlleva el abandono del cargo que se desempeñaba en otra empresa, todo lo cual implica dejar de lado las ventajas ligadas a la carrera así iniciada, y abordar una nueva aventura que, evidentemente, implica un riesgo, lo que justifica una búsqueda convencional de autodefensa<sup>27</sup>. Esta realidad se reconoce por nuestra jurisprudencia, según se aprecia de la sentencia de la Corte de Valdivia, que señala: “la dinámica del mundo laboral actual (...) lleva a ofrecer a quienes poseen

---

<sup>21</sup> Se ha entendido tradicionalmente en nuestro país que la indemnización legal por años de servicio (despido justificado), cumple básicamente dos objetivos: reparar el desgaste que sufre el trabajador por el tiempo de prestación servicios, y premiar la fidelidad que se ha mantenido con la empresa; véase MENGOD GIMENO (1966), pp. 18-19. También se señala que tiene como objetivo “auxiliar al trabajador en un momento especial de su vida, en el que queda sin su fuente de sustento, MACCHIAVELLO CONTRERAS (1986), p. 511. Siguiendo en gran parte estos criterios, GAMONAL CONTRERAS Y GUIDI MOGGIA (2015), pp. 439 ss.; y WALKER ERRÁZURIZ Y ARELLANO ORTIZ (2014), p. 421. Por su parte, los recargos de la indemnización por despido injustificado tienen por objeto sancionar al empleador “por haber puesto término al contrato de trabajo sin una causa que lo fundamente”, ROJAS MIÑO (2014), p. 105.

<sup>22</sup> DE LA VILLA GIL (1997), p. 462.

<sup>23</sup> ALONSO OLEA (1996), p. 5061.

<sup>24</sup> Véase DE VAL TENA (2010), pp. 449-450.

<sup>25</sup> MOLERO MANGLANO (2004), p. 637.

<sup>26</sup> MOLERO MANGLANO (2004), p. 637.

<sup>27</sup> DE LA VILLA GIL (1997), p. 464. De acuerdo a HURTADO COBLES, en estas cláusulas lo habitual es establecer un descenso progresivo de los importes indemnizatorios en función de un menor o mayor periodo de prestación de servicios transcurridos y, así, mientras que durante el transcurso del primer año se prevé el máximo del importe indemnizatorio, a partir de este primer año y escalonadamente, los importes van descendiendo hasta llegar a un momento en que se puede llegar a aplicar el régimen indemnizatorio normativo; véase HURTADO COBLES (2014), p. 183.

tales atributos condiciones para dejar un determinado trabajo y reemplazarlo por otro”<sup>28</sup>.

Las fórmulas de indemnizaciones convencionales pueden ser muy variadas. En cada una se consideran distintos aspectos para determinar su monto. De esta forma, es posible reconocer, entre otros, los esquemas siguientes: pactos que siguen modelos similares a las indemnizaciones legales en clave de mejorar, todos o algunos de sus topes (según veremos en este trabajo); pactos que contienen indemnizaciones que consisten en pagos a suma alzada<sup>29</sup>; pactos que establecen indemnizaciones tratándose de causales que no dan derecho a indemnización legal<sup>30</sup>; o pactos que contienen indemnizaciones que se pagan a “todo evento”, es decir, cualquiera sea la causa del término del contrato<sup>31</sup>, etc.

Con todo, en este trabajo nos centraremos en la indemnización convencional quizás más utilizada en este ámbito, que consiste en la no aplicación del tope de UF 90 en la base de cálculo de la indemnización por años de servicio (cfr. inc. final art. 172 del Código del Trabajo<sup>32</sup>). En particular, en dos problemas de relevancia dogmática y práctica: el primero, que tiene como presupuesto una cláusula que establece una indemnización cuya base cálculo será “la última remuneración mensual”, pero que no hace ninguna referencia al tope de UF 90. La cuestión se suscita cuando dicha remuneración supera este tope, ya que surge la discusión, a nivel jurisprudencial, sobre si este límite debe o no ser respetado. El segundo, en tanto, consiste en un pacto que establece una indemnización sin tope de UF 90 que sólo se devengará si el contrato finaliza por las causales de necesidades de la empresa o desahucio (cfr. art. 161 CdT). La dificultad en esta segunda hipótesis se produce si el trabajador es despedido por otra causal (p. ej. alguna de las del art. 160 CdT), que luego el tribunal declara injustificada. Aquí se genera la inquietud acerca de qué indemnización debe percibir el trabajador: la convencional antes indicada, o la de origen legal que implica un monto menor.

---

<sup>28</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N° 118-2008, de 6 de octubre de 2008. LACALLE VELARDE Y LÓPEZ GALILEA (2012), p. 93.

<sup>29</sup> Véase Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, RIT O-47-2008, de 26 de febrero de 2009.

<sup>30</sup> Véase Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-448-2009, de 18 de enero de 2010; Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-2602-2012, de 7 de noviembre de 2012; Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-461-2012, de 11 de mayo de 2012.

<sup>31</sup> Corte Suprema, rol N° 6595-2011, de 17 de abril de 2012; Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1223-2015, de 25 de junio de 2015.

<sup>32</sup> En adelante, “CdT”.

## 1. Nociones sobre el régimen de indemnización convencional en Chile

La celebración de pactos indemnizatorios obedece a una respuesta de la voluntad explícita del ordenamiento nacional. En efecto, la ley contempla en primer orden las indemnizaciones pactadas, y concede el carácter de subsidiarias a las legales<sup>33</sup>. Es así como el inc. 1° del art. 163 CdT establece como indemnización por término de contrato, aquella que las partes hayan convenido individual o colectivamente. A continuación, en un segundo orden, el inc. 2° de la misma disposición, contiene la indemnización legal, que actúa en caso de que no se hubiere pactado una convencional, o si ésta fuere finalmente inferior a sus parámetros. De esta manera, el legislador estima que el empleador puede tender a pactar una indemnización más elevada que los módulos legales, según las particularidades del tipo de trabajador y de la causal de despido que se aplique.

Como apuntamos, el inc. 2° art. 163 CdT es la norma que fija la indemnización mínima por cese contractual en el ámbito laboral. Se utiliza tratándose de las causales de necesidades de la empresa y desahucio (cfr. inc. 1° art. 163 CdT). Si el despido es asimismo declarado injustificado, cualquiera fuere la causal, se recurre también a dicha indemnización con miras de sumar a ella la indemnización-sanción que se traduce en los recargos legales (cfr. art. 168 CdT)<sup>34</sup>.

En este punto, recordemos el contenido del inc. 2° art. 163 CdT:

*“A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración”.*

Según se advierte, se trata de una indemnización que procede tanto “a falta de estipulación” indemnizatoria, como también si la indemnización pactada “no fuere de un monto superior” a la legal (cfr. inc. 1° art. 163 CdT). Su estructura consiste en el pago de una remuneración mensual por cada año de servicio (o fracción superior a seis meses) que el trabajador ha prestado en la empresa.

Como se sabe, si el empleador se encuentra obligado a pagar una indemnización por años de servicio, de acuerdo a los supuestos legales antes indicados,

<sup>33</sup> Véase Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 656-2014, de 17 de octubre de 2014.

<sup>34</sup> ROJAS MIÑO (2014), p. 105. Para quien “El fundamento de esta sanción es claro: se plantea como sanción al empleador por haber puesto término al contrato de trabajo sin una causa que lo fundamente, es decir, por haber despedido arbitrariamente; como también por no haber cumplido especiales obligaciones del contrato”.

existen dos límites respecto de la base de cálculo que intervienen en su favor. El primero corresponde a “treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses” (cfr. inc. 2° art. 163 CdT). El segundo se refiere a que dicha última remuneración no supere las UF 90 (cfr. inc. final art. 172 CdT)<sup>35</sup>.

Estos límites no pueden entenderse de carácter irrenunciable, ya que se trata de topes que favorecen al empleador, de modo que su inoperancia va dirigida a beneficiar al trabajador<sup>36</sup>. En tal sentido, la jurisprudencia reconoce que como la indemnización convencional debe ser de un “monto superior a la dispuesta supletoriamente por la ley”, no existen limitaciones referidas al “tope de cuantía o forma de establecer la misma”<sup>37</sup>.

Centrándonos en el pacto que esté dirigido a superar la base de cálculo de la indemnización legal, esto es, la última remuneración mensual o el límite de UF 90<sup>38</sup>, es posible observar que existen, *grosso modo*, dos fórmulas de cláusulas, dependiendo cuál sea la base que se pretende exceder.

Si se trata del primer límite, es decir, la última remuneración mensual, el tipo de redacción suele ser en términos positivos. Esto es, se debe explicitar que el pacto mejorará la misma, para lo cual se tendrá que indicar en qué consiste la nueva base. Es posible observar así, en la práctica, estipulaciones en que tal cláusula expresará, por ejemplo, “2 remuneraciones por años de servicio”<sup>39</sup>, “1,5 sueldos por cada año de servicio”<sup>40</sup>, “45 días de remuneración por años de servicio”<sup>41</sup>, “40 días de remuneración por años de servicio”<sup>42</sup>, “38 días de remuneración por años de servicio”<sup>43</sup>, “33 días de remuneración por años de servicio”<sup>44</sup>, etc.

Por su parte, tratándose de una cláusula que contemple una base de cálculo que exceda el otro límite, referido a las UF 90, su estilo de redacción será

<sup>35</sup> ROJAS MIÑO (2015), p. 449; GAMONAL CONTRERAS Y GUIDI MOGGIA (2015), pp. 433-434.

<sup>36</sup> THAYER y NOVOA consideran que la “irrenunciabilidad de los derechos, en cuanto institución, ha sido establecida en favor de aquellos que benefician al trabajador”. Véase THAYER ARTEAGA Y NOVOA FUENZALIDA (2007), p. 32.

<sup>37</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia, rol N° 118-2008, de 6 de octubre de 2008.

<sup>38</sup> Véase ROJAS MIÑO (2015), p. 49.

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 6409-2005, de 14 de noviembre de 2006.

<sup>40</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Talca, RIT O-201-2013, de 18 de noviembre de 2013.

<sup>41</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-2338-2013, de 9 de septiembre de 2013.

<sup>42</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-451-2011, de 20 de mayo de 2011.

<sup>43</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1492-2011, de 9 de agosto de 2011.

<sup>44</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT T-82-2012, de 6 de junio de 2013.

normalmente en términos negativos. Es decir, en este tipo de pacto se señala en que “no regirá” el tope legal. Esto con miras a que se utilice como base de cálculo la última remuneración mensual devengada, cuando ciertamente ésta pueda exceder el monto de las UF 90. A título ilustrativo, un modelo de cláusula como el descrito, sería el siguiente: “tendrá derecho al pago de una indemnización equivalente a treinta días de su última remuneración bruta mensual devengada por cada año (...) sin los límites máximos que establece la ley para (...) el monto de la remuneración sobre el cual se calcula”<sup>45</sup>.

Como se señalaba, la necesidad convencional para la inoperatividad del límite de UF 90 ha sido reconocida por la jurisprudencia, que exige “un acuerdo pleno de voluntades en ese sentido”<sup>46</sup>. Los tribunales superiores requieren que se demuestre de manera “clara y categórica” la concurrencia de un acuerdo con el propósito de que la indemnización por años de servicio se pague sin el límite indicado<sup>47</sup>.

Esta línea ha sido mantenida desde hace un tiempo por la jurisprudencia. De esta suerte, se sostiene que no es posible inferir de estipulaciones genéricas y ambiguas (ya sea contenidas en el contrato de trabajo o en el reglamento interno), que una empresa se ha comprometido a pagar indemnizaciones por años de servicio con topes superiores a los legales o, sin limitación alguna<sup>48</sup>. La Corte Suprema ha ratificado este criterio por sentencia de unificación de jurisprudencia, donde se afirma que resulta necesaria “una disposición contractual expresa y explícita destinada a mejorar las condiciones económicas de la indemnización legal, por la vía de fijar compensaciones superiores o ajenas a las restricciones legales”<sup>49</sup>. Por consiguiente, se concluye que el límite de las UF 90 es un imperativo para el tribunal cuando no existe dicho pacto expreso<sup>50</sup>.

## **2. La última remuneración mensual y el límite de UF 90**

### **2.1. Antecedente jurisprudencial**

Una clase de estipulación que genera discusión en cuanto a si implica la inobservancia del tope en cuestión, consiste en aquella cuyo contenido indica que la indemnización se calculará sobre la base de la última remuneración

<sup>45</sup> Esta cláusula se detalla en la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 3692-2002, de 3 de junio de 2003.

<sup>46</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 89-2011, de 22 de julio de 2011.

<sup>47</sup> Corte de Apelaciones de San Miguel, rol N° 89-2011, de 22 de julio de 2011.

<sup>48</sup> Corte Suprema, rol N° 1084-2002, de 27 agosto de 2002.

<sup>49</sup> Corte Suprema, rol N° 6300-2010, de 25 de marzo de 2011.

<sup>50</sup> Corte Suprema, rol N° 6300-2010, de 25 de marzo de 2011.



mensual devengada, pero sin hacer ningún tipo de mención al límite de UF 90. El problema se va presentar entonces si la remuneración mensual supera, al momento del término del contrato, el tope mencionado.

La dificultad interpretativa se produce porque la cláusula contiene básicamente una repetición en este punto del inc. 2° art. 163 CdT, esto es, que la indemnización mínima tendrá como base de cálculo la última remuneración devengada. Como se trata entonces de una reiteración de una norma, surge la pregunta sobre cuál era el objetivo de esta estipulación. Por una parte, se puede entender que ciertamente es una reiteración de la ley y no importa la inobservancia del tope. Por otra, se puede estimar que su pacto se justifica ciertamente para que opere a pesar del límite. De lo contrario, no se comprendería su inclusión en el contrato.

Es posible indicar que el criterio jurisprudencial mayoritario es el primero, es decir, que el límite actúa de todas formas. A este respecto, la Corte Suprema parte de la premisa de que “la legislación laboral establece los requisitos y las condiciones que deben cumplirse para el desarrollo de la relación laboral y especialmente se ocupa de señalar los beneficios mínimos que deben otorgarse al trabajador, los que pueden modificarse a favor de éste”. La Corte sostiene así que en el “evento que exista acuerdo de voluntades en este sentido las partes deben manifestarlo ya sea expresamente o a través de actos que lo demuestren en forma clara e inequívoca”. Por tanto, se concluye que se requiere de “una disposición contractual expresa y explícita que contemplara la no aplicación del límite máximo protector a que se refiere este inciso final del artículo 172 del estatuto laboral”<sup>51</sup>.

Algunos jueces de letras han seguido esta línea jurisprudencial, aun en supuestos que podían suscitar más dudas, ya que se trataría de hipótesis donde la base de cálculo no sería una remuneración mensual, sino, más bien, un canon superior. Este sería el caso de la cláusula de un contrato colectivo que contenía una indemnización por años de servicio cuya base de cálculo consistía en “45 días de remuneración mensual por años de servicio”, sin hacer referencias al tope de las 90 UF. El Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago entendió que de esa estipulación no era posible deducir la inoperancia del límite indicado. En tal sentido, el tribunal determinó que, si bien el contrato colectivo incrementa de 30 a 45 días de remuneración mensual, no podía de ello inferirse la inoperancia

---

<sup>51</sup> Corte Suprema, rol N° 660-2005, de 8 de noviembre de 2002; Corte Suprema, rol N° 3033-2002, 4 de noviembre de 2002. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 246-2004, de 20 de diciembre de 2004.

indicada. Es decir, se resuelve que tal beneficio no puede subentenderse de un pacto convencional, que no haga reseña expresa al tope en cuestión<sup>52</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, este criterio no ha tenido una aceptación unánime. Existen sentencias, según las cuales, una cláusula redactada en esos términos puede significar la inobservancia del tope. A este respecto, cabe destacar la sentencia del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, donde se analiza una cláusula donde se indicaba que la base de cálculo para la indemnización por años de servicio sería “el sueldo base” que se hubiere percibido durante “el último mes anterior a la fecha de término del contrato de trabajo”. Conforme estos términos, el tribunal considera que corresponde “exceder el tope legal de 90 UF, puesto que el caso contrario implicaría restarle eficacia a la redacción claramente indicada en el documento, y al mismo hecho de pactar esta indemnización”<sup>53</sup>. En buena parte, esta decisión se fundamenta en el art. 1562 del Código Civil, en orden a que “al pactarse este anexo de contrato, debe entenderse en el sentido de que tenga algún efecto”<sup>54</sup>.

## 2.2. Sobre los términos del inc. final del art. 172

De una primera lectura de las normas en cuestión, pareciera que el criterio correcto tendría que ser el mayoritario, es decir, aquel que exige la estipulación expresa en cuanto a que no operará el tope de 90 UF. Esto porque la norma que lo contempla (cfr. inc. final del art. 172 CdT) dispone que el mismo se aplicará a la base de cálculo de “las indemnizaciones establecidas en este título”. Se afectaría así también a la indemnización convencional a la que alude el inc. 1° del art. 163 CdT.

No obstante, nos parece que el inc. final del art. 172 CdT, al hacer referencia a las indemnizaciones “establecidas” en el mismo título, se debiera comprender en orden a que son aquellas que fija la propia ley, y no las que las partes pueden estipular por sobre éstas. En relación a ello, cabe indicar que la palabra “establecer”, en la acepción que nos interesa, importa “ordenar, mandar, decretar”<sup>55</sup>; expresiones que se avienen, más bien, con el tenor de una norma legal, que con las propias de un pacto convencional. En este contexto, se presenta sumamente ilustrativo el art. 178 CdT que regula la tributación de las indemnizaciones por

<sup>52</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-2338-2013, de 9 de septiembre de 2013.

<sup>53</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1223-2015, de 25 de junio de 2015.

<sup>54</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1223-2015, de 25 de junio de 2015. En el mismo sentido, véase Juzgado de Letras del Trabajo de Punta Arenas, RIT O-54-2014, de 17 de octubre de 2014.

<sup>55</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2014).

término de contrato de trabajo. Pues a la hora de aludir a las indemnizaciones contenidas en la ley o instrumentos colectivos, existe la preocupación de utilizar un verbo distinto para cada situación. Se hace mención, primero, a las indemnizaciones “establecidas” por ley, y, luego, a las “pactadas” en contratos colectivos de trabajo o en convenios colectivos<sup>56</sup>.

Por lo demás, la propia ley pretende que las partes traten, en lo posible, de concertar montos de indemnizaciones que excedan los mínimos obligatorios. De esta forma, resulta incongruente, que, por un lado, el inc. 1° del art. 163 CdT, tenga por objetivo que las partes acuerden una indemnización de un “monto superior a la establecida en el inciso siguiente” (que ciertamente contempla el mínimo legal)<sup>57</sup>, y, por otro, el inciso final del art. 172 le ponga un tope a dicho acuerdo dirigido a obtener una indemnización más favorable.

Tal incongruencia no se ajusta con la estructura del ordenamiento laboral, cuya finalidad es garantizar un mínimo al trabajador, pero no fijar límites a la autonomía de la voluntad cuando ella está dirigida a superar esos estándares básicos, que van dirigidos a mejorar la protección de los dependientes<sup>58</sup>. De esta suerte, tales contornos en favor del empleador tienen su fundamento respecto de prestaciones a las que se encuentra obligado por las hipótesis establecidas

<sup>56</sup> Art. 178 CdT: “Las indemnizaciones por término de funciones o de contratos de trabajo *establecidas por ley*, las *pactadas en contratos* colectivos de trabajo o en convenios colectivos que complementen, modifiquen o reemplacen estipulaciones de contratos colectivos, no constituirán renta para ningún efecto tributario” (énfasis agregado). Asimismo, corresponde apuntar que el uso de la expresión “establecidas” como referencia a un elemento contenido en la ley, distinto de aquel encontrado en un pacto, se observa en diversas disposiciones del CdT. Por ejemplo, el art. 3° inc. final (... normas *establecidas* en el Capítulo I del Título II del Libro IV de este Código); art. 36 (El descanso y las obligaciones y prohibiciones *establecidas* al respecto en los dos artículos anteriores...); art. 80 (El contrato de trabajo de aprendizaje deberá contener a lo menos las *estipulaciones* establecidas en el artículo 10...); art. 101 (la dotación estará obligada a efectuar otras labores, aparte de las indicadas en el artículo 100, sin sujeción a las condiciones *establecidas* en el artículo 12...); art. 168 inc. 1° (“El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales *establecidas* en los artículos 159, 160 y 161”); art. 168 inc. 4° (Si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato *establecidas* en los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada...); art. 171 (“las indemnizaciones *establecidas* en el inciso cuarto del artículo 162”); art. 176 (“con excepción de las *establecidas* en los artículos 164 y siguientes”); entre otras (cfr. arts. 196 inc. penúltimo, 208 inc. 2°, 231 inc. 2°, 269 inc. final, 286 inc. 2°, 287, 288, 292 inc. 2°, 294, 319, 320, 378 inc. 3°, 389 inc. 2°, 453 N° 8 inc. 5°, 464 N° 1, 478 letra d), 483-B inc. 1° y 506 inc. final).

<sup>57</sup> Según indicábamos, el inc. 2° art. 163 CdT contempla el régimen indemnizatorio mínimo al cual está obligado el empleador. Se compone de dos factores: (i) la base de cálculo consistente en la última remuneración mensual, y (ii) los años de servicio que se prestaron al empleador. Entonces, cualquiera de éstos podría ser superado a través del acuerdo entre las partes. Y, sin duda, como veíamos, las indemnizaciones convencionales más comunes son aquellas que contemplen bases de cálculos superiores a las exigidas por ley.

<sup>58</sup> Véase GAMONAL CONTRERAS (2009), p. 113; ROJAS MIÑO (2015), p. 52.

en la ley. En estos casos parece razonable que la regulación laboral fije los alcances e incluso los tope máximos de las mismas, como por ejemplo sucede con las indemnizaciones por término de contrato. Pero, obviamente, no puede considerarse un derecho irrenunciable del empleador, y, por consiguiente, es perfectamente válido que sea una materia objeto de pacto entre las partes<sup>59</sup>.

Asimismo, el criterio judicial según el cual rige de igual modo el tope de las UF 90 parte de la base de que se estipuló una indemnización convencional siguiendo la fórmula legal, esto es, una remuneración mensual por años de servicio. Sin embargo, puede que la cláusula que han acordado las partes no se estructure precisamente con dicho esquema. Puesto que la indemnización convencional podría ser fijada conforme a otros parámetros, como por ejemplo una suma alzada por años de servicio<sup>60</sup>. En estos casos el tope antes indicado resultaría inaplicable por razones obvias, toda vez que está diseñado para acotar el monto de un estipendio mensual (por años de servicio), pero no el de una suma que escape de esa hipótesis, como es el caso del ejemplo descrito.

Por consiguiente, si el límite de UF 90 sólo se puede utilizar en una indemnización cuya base de cálculo consista en una remuneración mensual –como sucede con el modelo legal– y, no en otra que se determine de acuerdo a otros criterios –como puede ocurrir con una de carácter convencional–, es posible deducir que no corresponde emplear dicho límite en casos donde rija la autonomía de la voluntad. Pues, como hemos constatado, si el tope de UF 90 no puede abarcar todas las indemnizaciones convencionales, resulta lógico concluir que su objetivo está dirigido a restringir únicamente la indemnización que se genera a falta de dichos pactos, es decir, la conocida como legal contemplada en el inc. 2° del art. 163 CdT.

### 2.3. La regla de la utilidad del contrato

Como se ha expuesto, si una cláusula indica que la indemnización por años de servicio tendrá como base de cálculo la última remuneración devengada (siendo en buena parte una repetición en este punto del inc. 2° art. 163 CdT), se podría considerar que no debería actuar el límite de UF 90 si esta remuneración lo supera. En cambio, se podría pensar que de todas formas tendría que aplicarse dicho máximo.

---

<sup>59</sup> GAMONAL CONTRERAS explica que la renuncia, en vez de operar en ambas direcciones, sólo procede –en materia laboral– en una sola, a favor del trabajador; GAMONAL CONTRERAS (2009), p. 113. En el mismo sentido, refiriéndose a las indemnizaciones convencionales, LACALLE VÉLARDE Y LÓPEZ GALILEA (2012), p. 91.

<sup>60</sup> Véase Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, RIT O-3-2012, de 6 de noviembre de 2012.

Si se sigue la interpretación referida a que sí opera el tope de UF 90, la consecuencia sería que la incorporación al contrato de la cláusula en cuestión no tendría efecto alguno. Esto debido a que, si dicha cláusula no se hubiese pactado, por la observancia de la ley, se llegaría al mismo resultado.

Según apuntábamos, existe jurisprudencia que no concuerda con tal interpretación precisamente por ser contraria a la denominada “regla de la utilidad de las cláusulas”<sup>61</sup>; también conocida como “el principio de conservación del contrato”<sup>62</sup>. De esta suerte, dicha posición opta por el criterio de utilizar la última remuneración como base de cálculo de la indemnización por años de servicio, sin que esté restringida a las UF 90. Para ello se recurre al art. 1562 del Código Civil, donde precisamente se contiene dicha regla, de acuerdo al tenor siguiente: “el sentido en que una cláusula pueda producir efectos deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”<sup>63</sup>.

Respecto a dicha regla, LÓPEZ SANTA MARÍA es categórico al sostener que “nada más elemental que las cláusulas hayan sido introducidas en el contrato precisamente para producir algún efecto”<sup>64</sup>. En el mismo sentido, el profesor español RAGEL SÁNCHEZ sostiene que “debe rechazarse toda interpretación que alcance como resultado que la cláusula es baldía, inútil o ilusoria y no cumple función alguna”<sup>65</sup>. De tal manera, y volviendo al tema discutido, no parecería posible presumir que se haya querido incluir al contrato una estipulación que resulte inútil, ya que ésta debe tener una finalidad y un objeto jurídico concreto<sup>66</sup>.

Aquí la cuestión consiste en determinar si la interpretación de una cláusula convencional que implica que ésta produzca efectos idénticos a los de la ley, supondría concluir que la misma es inútil, de acuerdo con la regla de la conservación o utilidad del contrato. Cabe señalar que las estipulaciones mínimas de un contrato de trabajo se reducen exclusivamente a seis (cfr. art. 10 CdT)<sup>67</sup>. De éstas, las dos primeras hacen referencias a datos sencillos, como el lugar y fecha del contrato y la individualización de las partes (cfr. núms. 1 y 2 art.

---

<sup>61</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), p. 391.

<sup>62</sup> Véase KUNKAR ONETO (2014), pp. 365 y ss. En Derecho comparado, véase RAGEL SÁNCHEZ (2009), p. 11; RODRÍGUEZ RUSSO (2011), p. 271.

<sup>63</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo, RIT O-1223-2015, de 25 junio de 2015.

<sup>64</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA (2010), p. 391.

<sup>65</sup> El autor realiza esta afirmación, a propósito de lo dispuesto en el art. 1284 del Código Civil español, cuyo contenido resulta similar al del art. 1564 de nuestro Código; a saber, “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”; véase RAGEL SÁNCHEZ (2009), p. 11.

<sup>66</sup> Véase RODRÍGUEZ RUSSO (2011), p. 271.

<sup>67</sup> Véase GAMONAL CONTRERAS Y GUIDI MOGGIA (2015), pp. 110; ROJAS MIÑO (2015), p. 106.

10 CdT). De manera que las cuatro siguientes atañen a aspectos sustanciales de la relación laboral: naturaleza de los servicios, remuneraciones, jornada y plazo (cfr. núms. 3, 4, 5 y 6 cfr. art. 10 CdT). Se permite obviamente que las partes puedan pactar sobre otras cuestiones, siempre que no afecten derechos indisponibles (cfr. núm. 7 art. 10 CdT).

Esta última clase de estipulaciones se conocen como “cláusulas permitidas”<sup>68</sup>, como pueden ser las indemnizaciones por cese de contrato<sup>69</sup>. Pero si nada se conviene en específico sobre estas indemnizaciones, al no tener carácter de estipulación mínima, tendría que operar lo dispuesto en la ley, precisamente por tratarse de una materia que el ordenamiento laboral regula de forma imperativa. De esta manera, si se entiende que la cláusula se incorporó sólo para reproducir el contenido de la ley y sus consecuencias, es posible concluir que en sí misma “no es capaz de producir efecto alguno” (cfr. art. 1562 del Código Civil).

Por consiguiente, coincidimos con el criterio de los jueces que consideran la regla de la utilidad o conservación en este ámbito, y que optan, por tanto, por aquella interpretación que otorga a la cláusula un alcance que conlleva la inobservancia del límite de UF 90. Y es que, si las partes decidieron introducir una estipulación relativa a las indemnizaciones, resultaría lógico concluir que se realizó para lograr un objetivo distinto a lo dispuesto en la ley.

Ratifica este criterio, la norma de interpretación, según la cual “(...) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella” (cfr. inc. 2° art. 1566 del Código Civil)”. Conforme con esta disposición, se ha resuelto que la interpretación de las cláusulas ambiguas de un contrato de trabajo “debe hacerse en contra del empleador”, ya que éste es “quien extiende o dicta las cláusulas del contrato laboral”<sup>70</sup>. Nos parece que una manifestación de la citada norma se percibe, en buena medida, en el art. 9° CdT que, no obstante disponer que el contrato de trabajo es consensual, obliga al “empleador” a que éste conste “por escrito” dentro de un determinado plazo<sup>71</sup>. Como se sabe, su infracción trae aparejadas multas de una a cinco Unidades Tributarias Mensuales, pero, más

<sup>68</sup> Véase GAMONAL CONTRERAS Y GUIDI MOGGIA (2015), pp. 116; THAYER ARTEAGA Y NOVOA FUENZALIDA (2007), p. 218.

<sup>69</sup> Véase LACALLE VELARDE Y LÓPEZ GALILEA (2012), p. 91.

<sup>70</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, rol N° 189-2008, de 2 de octubre de 2008.

<sup>71</sup> Recuérdese que el empleador debe hacer constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra, trabajo o servicio determinado o de duración inferior a treinta días, de lo contrario será sancionado con una multa a beneficio fiscal de una a cinco unidades tributarias mensuales (inc. 2° del art. 9° CdT).

importante aún, significa que se presumirá legalmente que “son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador”<sup>72</sup>.

La frase final del inc. 2° art. 1566 del Código Civil es bastante exigente con quien dicta las estipulaciones del contrato<sup>73</sup>. Pues, para determinar la procedencia de esta regla de interpretación, se debe considerar si la ambigüedad de la misma proviene de la falta de mayor explicación por parte del redactor. En este sentido, existen estipulaciones que, por la complejidad de su contenido, aun cuando hayan sido fruto de una redacción prolija, siempre pueden ocasionar discusión en cuanto a su alcance (p. ej. cláusulas de bonos de incentivos). Sin embargo, esto no sucede con el caso en cuestión, ya que el problema de interpretación que hemos examinado era subsanable de manera sencilla. En efecto, se puede señalar que el empleador incorporó al contrato esta cláusula (según la cual, la base de cálculo sería la última remuneración devengada), con la sola intención de reiterar el contenido de la ley. Ello con miras de informar a los trabajadores de sus derechos, pero nunca con la intención de no utilizar el tope de UF 90. Ahora bien, si esa era la intención del empleador, lo tenía muy fácil para zanjar esa ambigüedad, ya que le resultaba suficiente con precisar que igualmente operaría dicho tope. Por último, es posible observar que dicha disposición del Código Civil puede tener una aplicación equivalente a la regla *in dubio pro operario*<sup>74</sup>. Como se sabe, esta regla consiste en que el juez o intérprete “debe elegir, entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador”<sup>75</sup>. Gamonal señala que el mencionado inc. 2° del art. 1566 consagra la regla de la interpretación en contra del redactor, lo cual sería perfectamente aplicable al empleador. Pues, según el mismo autor, es posible asimilar el contrato de trabajo a un contrato de adhesión, dado los desniveles que existen en el poder negociador de los contratantes<sup>76-77</sup>.

<sup>72</sup> Sobre esta presunción legal, véase GAMONAL CONTRERAS y GUIDI MOGGIA (2015), pp. 106 y ss.; ROJAS MIÑO (2015), p. 33; LANATA FUENZALIDA (2010), pp. 108-109; THAYER ARTEAGA y NOVOA FUENZALIDA (2007), p. 218.

<sup>73</sup> Reiteramos que el empleador está obligado a escriturar el contrato de trabajo. Véase inc. 2° art. 9° CdT.

<sup>74</sup> GAMONAL CONTRERAS (2014), p. 159.

<sup>75</sup> Véase THAYER ARTEAGA/NOVOA FUENZALIDA (2007), tomo III, p. 37

<sup>76</sup> GAMONAL CONTRERAS (2014), p. 159.

<sup>77</sup> Cabe advertir que existe disparidad de criterios en la doctrina en cuanto a si la regla *in dubio pro operario* podría ser aplicada para interpretar, además de disposiciones legales, estipulaciones contractuales. En nuestra doctrina nacional GAMONAL sostiene que sí sería posible, dada la similitud existente entre el contrato de trabajo y los contratos de adhesión, de manera que la interpretación del primero debe considerar los desniveles de poder negociador entre las partes (GAMONAL CONTRERAS [2014], p. 159). En el derecho comparado, parte de la doctrina argentina entiende también que esta regla se aplica a la interpretación de contratos de trabajos (véase VÁZQUEZ VIALARD [2008], p. 113; GRISOLÍA [2008], p. 60; ZURETTI, p. 44, aunque este último autor expone que se trata de una cuestión que divide

### 3. Las indemnizaciones convencionales y el despido injustificado

Las cláusulas que contienen una indemnización convencional consistente en la inobservancia del límite de UF 90 expresan normalmente que ésta procede, en exclusiva, con determinadas causales de término de contrato. Se suele así pactar que dicha indemnización se obtendrá tratándose de las necesidades de la empresa o el desahucio. Incluso, se suele dejar constancia de que la indemnización no se devengará si el empleador invoca algunas de las causales del art. 160 CdT<sup>78</sup>.

Con este tipo de cláusulas puede plantearse el problema sobre cuál es la indemnización que debe ordenar un juez que ha considerado injustificado un despido por una causal distinta a las señaladas en el pacto. ¿Se debe aplicar aquella convencional sin el tope antes mencionado, o sólo la legal empleando tal límite?<sup>79</sup>. Principalmente, se genera este problema porque la indemnización por despido injustificado (indemnización por años de servicios más el recargo o indemnización sanción), puede ser de un monto inferior a la indemnización

---

a la doctrina). Por otro lado, un sector relevante de la doctrina española estima que la regla no resulta aplicable a los contratos ni a los convenios colectivos. A este respecto, Desdentado Bonete afirma que este principio que se refiere únicamente a la interpretación de la norma estatal, porque sólo de ésta es predicable como finalidad una intervención de carácter tuitivo a favor de los trabajadores y vinculada al propio carácter institucional del Derecho del Trabajo. En cambio, el autor sostiene que el contrato de trabajo ya no tiene esa función de protección unilateral o de clase, sino que, como manifestación de la voluntad de las partes en el marco de una relación de cambio con intereses contrapuestos, es un instrumento para la reglamentación de esos intereses estableciendo un equilibrio entre los mismos. Concluye así que no cabe, por tanto, en el contrato de trabajo una interpretación de sus cláusulas en clave de protección de los intereses del trabajador, sino que la instancia última de interpretación es, por el contrario, “la mayor reciprocidad de intereses”, para lo cual hace referencia al art. 1289.1 Código Civil español (DESIDENTADO BONETE [2003], pp. 11 y ss). En el mismo sentido, MERCADER UGUINA (2014), pp. 159 ss; DIÉGUEZ CUERVO/CABEZA PEREIRO (2003), pp. 139-140; MONTROYA MELGAR (2007), p. 217. En este contexto, ALONSO OLEA y CASAS BAHAMONDE indican que ése ha sido precisamente el criterio de la jurisprudencia española (ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE [2009], p. 1201).

<sup>78</sup> Véase Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-3637-2012, de 14 de enero de 2013. Según la cual: “(...) La cláusula además establece que en caso de término por causal prevista en el artículo 160 o por fin del servicio que le dio origen al contrato, declarada por sentencia como causal improcedente, tendrá derecho solo a la indemnización legal y no a la garantizada. Debiendo imputarse la cotización mensual que se haga en los términos del artículo 164 y 165 del Código del Trabajo, más los reajustes e intereses del artículo 173 del Código del Trabajo”.

<sup>79</sup> Se discute sobre la denominación que debe recibir un despido que no logra ser acreditado en juicio. Pues dependiendo de la causal invocada, la calificación debiera ser la siguiente, a saber: “injustificado”, si la causal se contempla en el art. 159 CdT; “indebido”, si la causal se contempla en art. 160 CdT; “improcedente”, si la causal se contempla en art. 161 CdT (Véase. inc. 1° art. 168 CdT). Coincidimos con la doctrina nacional, en cuanto a que dicha clasificación no tiene relevancia sustantiva, véase ROJAS MIÑO (2015), pp. 434 y ss; GAMONAL CONTRERAS Y GUIDI MOGGIA (2015), p. 448. Por esto, en este trabajo, siguiendo a GAMONAL CONTRERAS Y GUIDI MOGGIA. Por tal motivo, en este trabajo designaremos como “despido injustificado” a aquel despido no acreditado, cualquiera sea la causal.



convencional, de manera que para el empleador puede resultar más ventajoso aplicar una causal distinta de aquellas contempladas en el pacto de indemnización convencional.<sup>80</sup>

### 3.1. Exposición de los criterios existentes

#### a) Primera posición: hay que estar a los términos del pacto

Una primera opción consistiría en que se respete lo pactado en la cláusula, y, por tanto, frente a un despido declarado injustificado, por una causal distinta a la señalada en el pacto de blindaje, únicamente se tenga derecho a la indemnización legal. Esta decisión se fundamenta en términos simples en que, dado el carácter convencional de la indemnización, su ámbito de acción debiera circunscribirse a los términos estrictos para los cuales ha sido concebida.

En este sentido, puede resultar ilustrativa la discusión jurisprudencial que este tema ha tenido en España. Por una parte, a propósito de las indemnizaciones convencionales estipuladas en caso de término del contrato por desistimiento empresarial tratándose del personal de alta dirección (equivalente al desahucio en nuestro país) se entiende que la interpretación de estas cláusulas debe ser restrictiva, ciñéndose a sus “propios términos”<sup>81</sup>. De esta forma se excluye todo empleo extensivo a supuestos no previstos expresamente por las partes contratantes<sup>82</sup>. En esta línea, se afirma que si la indemnización convencional se estipuló para el supuesto del “desistimiento empresarial” no puede comprender otros ceses contractuales como puede ser el “despido improcedente”, a menos que se pruebe que el empresario ha obrado fraudulentamente, y se aparente un despido con la finalidad de soslayar el pago de la indemnización que habría de abonar si hubiese optado por el desistimiento<sup>83</sup>.

Parte de nuestra jurisprudencia parece compartir este criterio. Se ha señalado así que no corresponde exigir una indemnización convencional (cuyos términos indican “a todo evento”) si se trata de una causal del art. 160 CdT declarada injustificada, pues se debería interpretar que la misma se estipuló “para el evento

---

<sup>80</sup> Cabe advertir que, respecto de aquella indemnización convencional que tenga la modalidad de una remuneración mensual (superior a UF 90) por años de servicios, nos parece que si el despido es declarado injustificado (cualquiera sea la causal invocada) también corresponde se le sumen los recargos del art. 168 CdT (véase nota 102).

<sup>81</sup> STSJ Navarra, 4 de mayo de 2004 (AS 2004\2094).

<sup>82</sup> DOMINGO ARAGÓN (2006), p. 1700.

<sup>83</sup> STS Andalucía (Granada), 20 de mayo de 2003 (AS 2003\2376); STSJ Madrid, 11 de julio de 1995 (AS 1995\2894).

que se ponga término al contrato de trabajo por una causa justificada (...)”<sup>84</sup>. De esta manera, se determina que si es “indebido el despido no procede la aplicación de la misma”<sup>85</sup>.

Un contexto similar se genera a propósito del cese del contrato de trabajo de profesor de colegio. A este respecto, el inc. 2° art. 87 del Estatuto Docente<sup>86</sup> contempla una indemnización adicional –que se suma a la indemnización por años de servicio y sustitutiva del aviso previo–, que se devenga en caso de que se resuelva el contrato por necesidades de la empresa o desahucio<sup>87</sup>. Esta indemnización equivale al total de las remuneraciones que habría tenido derecho a percibir el profesor si el contrato hubiese durado hasta el término del año laboral en curso.

Se han presentado supuestos en donde el colegio ponía fin a la relación laboral por medio de una causal del art. 160 CdT, que luego el tribunal calificaba como despido injustificado, sin embargo, no se admitía la procedencia de dicha indemnización adicional. La Corte Suprema indicaba que “habiendo sido previsto el resarcimiento de que se trata por el legislador, para las situaciones en que el término de las labores se funda en los presupuestos contemplados en el mencionado artículo 161, éstos y no otros son los que deben haber sido invocados expresamente por la empleadora para que proceda su otorgamiento”<sup>88</sup>. En este orden, este tribunal sostenía que no podía utilizarse en esta hipótesis la ficción legal del art. 168 CdT, relativa a que si no se logra acreditar alguna de las causales de los artículos 159 y 160 CdT, se entiende que el contrato ha finalizado por necesidades de la empresa o desahucio (cfr. inc. 4° art. 168 CdT)<sup>89</sup>. De acuerdo a estos argumentos, se concluía que “tratándose, (...) de una ficción legal, ella no puede aplicarse en sentido amplio y menos aún para un caso en que se sanciona al empleador con el pago de una indemnización adicional”<sup>90</sup>.

<sup>84</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, RIT O-134-2009, de 14 de abril de 2010.

<sup>85</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Chillán, RIT O-134-2009, de 14 de abril de 2010.

<sup>86</sup> Véase art. 87 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del 10 de septiembre de 1996, del Ministerio de Educación (D.O. 22 de enero de 1997), que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 19.070, que Aprobó el Estatuto de los Profesionales de la Educación, y de las Leyes que la Complementan y Modifican (en adelante, el “Estatuto Docente”).

<sup>87</sup> El artículo 87 del Estatuto Docente libera de esta obligación al empleador que hace efectiva la terminación del contrato el día anterior al primero del mes en que se inician las clases en el año escolar siguiente, siempre que se hubiera dado aviso de dicha desvinculación con no menos de sesenta días de anticipación a esa misma fecha.

<sup>88</sup> Corte Suprema, rol N° 956-2009, 16 de abril de 2009.

<sup>89</sup> Corte Suprema, rol N° 956-2009, de 16 de abril de 2009.

<sup>90</sup> Corte Suprema, rol N° 956-2009, de 16 de abril de 2009. En sentido contrario, según veremos, Corte Suprema, rol N° 9009-2013, 4 de marzo de 2014; Corte Suprema, rol N° 19066-2015, de 23

## **b) Segunda posición: utilización de la ficción legal del art. 168 CdT**

Un sector de la jurisprudencia española mantiene una visión diferente a la antes expuesta. En efecto, considera que el blindaje pactado para el caso del desistimiento empresarial procede también para el despido injustificado, porque de lo contrario, bastaría con que la empresa disfrazase como despido un verdadero desistimiento, pretendiendo de esta forma evitar que se exija la cláusula de blindaje acordada<sup>91</sup>. En este sentido, se señala que las actuaciones del empresario no ajustadas a los tipos legales extintivos deben ser corregidas y razonadas judicialmente, en favor de un efectivo ejercicio de la tutela judicial que termine satisfaciendo las reales consecuencias y no las pretendidas de manera aparente<sup>92</sup>.

Parte de nuestra jurisprudencia se ha manifestado en esa dirección. Para esto se toma en cuenta la ficción legal, según la cual, si el empleador invoca alguna de las causales contenidas en los artículos 159 y 160 CdT y éstas no resultan acreditadas en el juicio, “se entenderá que el término del contrato de trabajo se ha producido por alguna de las causales contenidas en el art. 161” (cfr. inc. 4º del art. 168 CdT). De este modo, se considera que aun cuando una cláusula indique que la indemnización convencional sólo se devengará tratándose de determinadas causales de cese contractual, como pueden ser las necesidades de la empresa o el desahucio, si se invocaron otras causales y el tribunal concluye que el despido es injustificado, se debiera estimar que el término se produjo por necesidades de la empresa o desahucio. Por consiguiente, este razonamiento implicaría, a su vez, la procedencia de la indemnización convencional contemplada en la cláusula en cuestión.

A este respecto, la Corte de Santiago señala que “desechada la causal de despido imputada al trabajador por la parte demandada, la situación legal que se produce es que el trabajador queda despedido por causa no imputable a éste y, por ende, adquiere plena vigencia la cláusula contractual que establece una indemnización convencional, esto es, diversa de la que prevé el Código del ramo y que invoca quien, nuevamente sin fundamento ni base alguna, ha recurrido también por este concepto”<sup>93</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema ha modificado, en fallos recientes de unificación de jurisprudencia, su posición en relación a la exigencia de la indemnización adicional contemplada en el art. 87 del Estatuto Docente. Ciertamente, para

---

de junio de 2016.

<sup>91</sup> STSJ Madrid, 14 de enero de 2003 (AS 2003\1467).

<sup>92</sup> ORTEGA LOZANO y NAVARRO CONTRERAS (2016), p. 54.

<sup>93</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 1572-2010, de 14 de abril de 2011.

justificar este cambio se recurre, en buena medida, a la ficción del art. 168 CdT. Así las cosas, este tribunal considera que “por expresa remisión del legislador tanto a las disposiciones del Código del Trabajo, entre las que se encuentra el transcrito artículo 168, como a la causal que genera la indemnización de que se trata –artículo 161- no cabe duda que, sobre la base de tratarse de un despido realizado (...) por un motivo que no logró demostrarse fehacientemente, corresponde entender que la desvinculación se produjo por necesidades de la empresa y hacer procedente a su respecto la indemnización adicional especial prevista en el artículo 87 del Estatuto Docente”<sup>94</sup>.

Corresponde subrayar que la Corte estima que no utilizar la ficción legal del art. 168 CdT, significaría “dejar entregado al mero arbitrio del empleador el pago de la indemnización allí establecida, quien podría hacer valer cualquier causal de despido distinta de las señaladas en el artículo 161 del Código del ramo y abstenerse de acreditarla para así hacer improcedente este beneficio”<sup>95</sup>.

### 3.3. Nuestra opinión: Sustento y relevancia de esta ficción

#### a) Orígenes inc. 4° del art. 168 CdT

Consideramos que el criterio correcto tendría que ser el segundo. Es decir, si el tribunal declara que el despido es injustificado, por alguna causal diversa a las contempladas en el art. 161 CdT, se debiera calificar que el mismo se produjo por necesidades de la empresa o desahucio. Esto, por aplicación de la ficción legal del inc. 4° art. 168 CdT que, según se ha indicado, dispone cuál será la consecuencia jurídica en caso de un despido declarado injustificado.

Sobre el particular, es necesario recordar cómo se incorporó esta ficción legal al CdT, en tanto ello sirve para iluminar su alcance y finalidades. La disposición fue introducida, a modo de interpretación legal de la Ley N° 19.010<sup>96</sup>, mediante la Ley N° 19.250 (cfr. su art. 8°, inciso 3°<sup>97</sup>). El Ministro del Trabajo de la época,

<sup>94</sup> Corte Suprema, rol N° 9009-2013, de 4 de marzo de 2014. Dentro de los argumentos de la sentencia para sostener la decisión expuesta se encuentra la supletoriedad del CdT en aquellas materias no tratadas por el Estatuto Docente (Véase art. 78 del Estatuto Docente).

<sup>95</sup> Corte Suprema, rol N° 9009-2013, 4 de marzo de 2014. En el mismo sentido, Corte Suprema, rol N° 19066-2015, de 23 de junio de 2016.

<sup>96</sup> Baste aclarar en este punto que el Decreto Ley N° 2.200, de 1 de mayo de 1978 (D.O. 15 de junio de 1978), que fija normas relativas al Contrato de Trabajo y a la protección de los Trabajadores, contenía una ficción similar a la del inc. 4° art. 168 CdT (Véase art. 19 inc. 1° Decreto Ley N° 2.200). Dicha ficción, sin embargo, no se contempló en la posterior Ley N° 19.010; sobre esto, véase nota 107, y las referencias allí mencionadas.

<sup>97</sup> “Del mismo modo, intérpretese que si el juez estableciere que la aplicación de una o más de las causales de terminación del contrato establecidas en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 19.010, no ha sido

Sr. René Cortazar, señaló que “esta disposición interpretativa pretende aclarar ciertos casos que afectan especialmente a personal del magisterio, al que, naturalmente, debe pagársele la indemnización que le cubre hasta el mes de marzo, si es despido por alguna causal 1° o 2° de la Ley N° 19.010 –por ejemplo, el incumplimiento grave de las obligaciones que le impone el contrato– y luego eso no es acreditado ante los tribunales<sup>98</sup>. La norma fue posteriormente incorporada al texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio del Trabajo, de 7 de enero de 1994, como su art. 168 inc. 3<sup>o</sup><sup>99</sup>. Su texto fue luego levemente modificado en aspectos no sustantivos por la Ley N° 19.759, de 27 de septiembre de 2001 (cfr. artículo único, N° 26), redacción actualmente vigente en el CdT<sup>100</sup>.

Como se aprecia, a través de esta norma se pretende que la invocación errónea de una causal, distinta de las necesidades de la empresa o el desahucio, no prive al trabajador de la indemnización antes indicada. Y es que si bien ésta es exigible cuando se utilizan las dos causales recién indicadas, habría que seguir el mismo criterio también con otra causal que sea declarada injustificada por un tribunal. En caso contrario, para el empleador sería un incentivo negativo, en tanto podría invocar alguna causal del art. 160 CdT y, aun cuando ésta sea declarada injustificada, quedaría en mejor posición que aquel empleador que ha invocado la causal de necesidades de la empresa, incluso si ésta es declarada justificada por el juez de letras<sup>101</sup>.

Este criterio resulta asimismo aplicable al supuesto de las indemnizaciones convencionales que analizamos. Pues la lógica es equivalente, es decir, la utilización de una causal distinta a las necesidades de la empresa o desahucio, que luego se declara injustificada. Por ende, en esta situación tendrían que devengarse igualmente en favor del trabajador, los beneficios que se encuentran condicionados a estas causales del art. 161 CdT.

---

acreditada, de conformidad con el artículo 10 de la misma ley, se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales señaladas en el artículo 3°, en la fecha en que se invocó la causal, y habrá derecho a los incrementos legales que corresponda de acuerdo al mérito del proceso”.

<sup>98</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE *Historia de la Ley N° 19.250* (1993), p. 399.

<sup>99</sup> Véase art. 12 Ley N° 19.250, que autorizó al Presidente de la República a dictar un texto refundido, coordinado y sistematizado de las disposiciones de diversas leyes laborales (p. ej. Ley N° 19.010), incluyendo “los preceptos legales que las hayan modificado o interpretado...”, como es el caso del citado art. 8° inc. 3° de la Ley N° 19.250.

<sup>100</sup> El inc. 3° del art. 168, en virtud de la modificación que la Ley N° 20.005 hizo al CdT, pasó a ser el actual inc. 4° del art. 168 (Véase. Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio del Trabajo, de 31 de julio de 2002, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo [actual CdT]).

<sup>101</sup> QUIROZ DOMINGO (2014), p. 113.

Ello se confirma con el inc. 1° del art. 168 CdT, toda vez que en caso que el despido se declare injustificado por cualquiera de las causales –esto es, aquellas de los artículos 159, 160 y 161 CdT– es posible deducir que procede la indemnización convencional que se hubiere pactado. En específico, se dispone que el juez ordenará el pago de la indemnización “de los incisos primero y segundo del artículo 163”. Como se sabe, aquélla del inciso primero es la que las partes pueden pactar, y que supera en monto a la legal que actúa supletoriamente, a falta de ese acuerdo. Con todo, podría pensarse que, como el inc. 1° del art. 168 CdT hace mención igualmente al art. 161 CdT y el inc. 2° del art. 163 CdT sólo se refiere a las causales del art. 161 CdT, la indemnización convencional se debería emplear cuando el contrato finaliza si se invoca, en forma expresa, alguno de los supuestos de esta última disposición.

Sin embargo, aquí se presenta ilustrativo el inc. 2° del art. 168 CdT, a cuyo tenor: “las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento”<sup>102</sup>. Como se ad-

---

<sup>102</sup> En el foro existe debate en cuanto a si corresponde agregar los recargos a la indemnización convencional (inc. 1° art. 163 CdT). Lo anterior, debido a que la parte final del inc. 1° del art. 168 CdT, señala “aumentada esta última”, lo que haría suponer que, en principio, los recargos únicamente se suman a la indemnización legal o supletoria –de la convencional– (inc. 2° art. 163 CdT). A nuestro juicio, los recargos tendrían también que agregarse a la indemnización convencional (inc. 1° art. 163 CdT). Sobre este punto, recordemos que el inc. 1° del art. 168 CdT, cuando señala que los recargos se añadirán a la indemnización por años de servicio, hace alusión a “la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última”. Nótese que al comienzo de la frase se utiliza el artículo femenino “la”, en clave singular, lo que denota que se trata de una sola indemnización, aun cuando se mencionen dos incisos del art. 163; de otra forma, hubiera comenzado la frase con el artículo en plural: “las”. Esto tiene una explicación lógica, pues las indemnizaciones detalladas en esos incisos no podrían proceder al mismo tiempo bajo la fórmula de los años de servicio. Es decir, en el caso en análisis, si se estipula que no habrá tope de UF 90, se aplica el inc. 1° art. 163 CdT y, obviamente, no se recurre a la supletoria del inc. 2°, que, como se sabe, sólo puede operar en dos supuestos: a falta de pacto, o si existe pacto, cuando conlleva una indemnización de un monto inferior a la legal (inc. 2° art. 163 CdT). Por consiguiente, es razonable concebir que la utilización del artículo en singular responde a que únicamente puede prosperar una de las dos; de ahí que se entienda como una unidad. De esta suerte, cuando la disposición habla de “esta última”, no corresponde entender que en exclusiva se refiere a la del inc. 2°, sino que a cualquiera de las dos, ya que es una o la otra. En este sentido, véase Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 14 de enero de 2013, RIT O-3637-2012, según la cual: “Que respecto al incremento solicitado del 30%, este se ordenará pagar sobre el total de la indemnización por años de servicio, por así regularlo expresamente el inciso primero del artículo 168 del Código del Trabajo en relación al inciso 1 del artículo 163 del mismo cuerpo normativo”. A mayor abundamiento, cabe tener presente el inc. 2° del art. 168 CdT, a cuyo tenor: “las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento”. De esta suerte, el legislador reconoce, al hacer

vierte, se hace exclusiva alusión a causales del art. 160 CdT. Por consiguiente, el legislador se sitúa en la hipótesis de que opere la indemnización convencional (cfr. inc. 1° art. 163 CdT; que reiteramos únicamente menciona los supuestos del art. 161 CdT) si se utiliza una causal del art. 160 CdT y ésta es declarada injustificada<sup>103</sup>.

### **b) Necesidad de subsanar el despido injustificado frente al trabajador**

Un despido que es calificado como injustificado es un acto “contrario a derecho”, que es sancionado “por el mismo ordenamiento jurídico”<sup>104</sup>. Ciertamente, para subsanar esta infracción frente al trabajador es que el ordenamiento opta por modificar la calificación jurídica de esta resolución empresarial.

Por ello consideramos que la ficción del inc. 4° art. 168 CdT se estructura como una de las medidas con miras a subsanar la infracción laboral del despido injustificado. El legislador estima entonces que la injustificación del cese laboral no sólo se soluciona con la declaración de la misma y con las consecuentes indemnizaciones, sino que es necesario precisar que el cese contractual se produce por una causal que reúna dos requisitos de forma copulativa:

El primero, que no consista en una hipótesis que describa una conducta negativa del trabajador (como son aquellas indicadas en el art. 160 CdT)<sup>105</sup>. El segundo, que se trate de aquellas que generan *per se* derecho a la indemnización por años de servicio. Cabe recordar lo señalado por el H. Senador Sr. Edgardo BOENINGER –durante la discusión del art. 26 de la Ley N° 19.759, que modificó el art. 168 a su forma actual– en orden a que, si “un despido injustificado pasa a ser considerado como de necesidad de la empresa, significa que el trabajador adquiere un derecho a indemnización que, a lo mejor, el empresario quiso eludir”<sup>106</sup>.

---

mención al inc. 1° del art. 163 CdT, que procede aplicar el recargo legal sobre aquella indemnización que haya sido pactada por las partes.

<sup>103</sup> También se utiliza el mismo criterio tratándose del despido indirecto. En efecto, el art. 171 CdT señala que, si se acoge la demanda del trabajador, procederá, entre otras, la indemnización del inc. 1° del art. 163 CdT, más los recargos correspondientes.

<sup>104</sup> ROJAS MIÑO (2015), p. 436.

<sup>105</sup> Este primer requisito no tendría aplicación si se declara injustificado el despido por la no acreditación de algunas de las causales del art. 159 CdT, ya que, en principio, el empleador no efectúa, a través de ellas, ninguna imputación de incumplimiento al trabajador. En tanto, el segundo requisito, después señalado, sí tiene que operar. Esto, en la medida que el trabajador alegue la indemnización por años de servicio correspondiente a una relación indefinida. Con todo, si se despide a un trabajador sin invocar causal, consideramos que es plenamente válido el primer requisito, con miras a que no haya duda de que no se debió a una conducta negativa de éste.

<sup>106</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE: *Historia de la Ley N° 19.759* (2001), p. 799.

El legislador nacional ha optado por reconducir el despido injustificado principalmente estableciendo un recargo a la indemnización por años de servicio; conocido, según apuntamos, como indemnización-sanción<sup>107</sup>. De esta suerte, la calificación del despido como injustificado se traduce en una sanción económica consistente en dicho recargo o indemnización-sanción.

Siguiendo esta lógica, y volviendo a la cuestión en análisis, frente a dos interpretaciones acerca de los alcances de la ficción del art. 168 CdT –es decir, si la misma comprendería o no la procedencia de la indemnización convencional, en los términos expuestos– tendría que prevalecer en principio aquella que significa una mayor sanción para la empresa. Y es que, de otra manera, esta última se vería favorecida al invocar una causal injustificada de despido.

Este criterio se constata en materia del seguro de desempleo, en específico en lo que se refiere a la imputación de la cotización de cargo del empleador a la indemnización por años de servicio cuando el contrato finalice por necesidades de la empresa (cfr. art. 13 Ley N° 19.728, de Seguro de Desempleo). Podría pensarse que aquí podría operar la ficción en favor del empleador, pero se entiende que si el despido es declarado injustificado no es posible tal imputación. La Corte Suprema ha señalado así que no era “la voluntad del empleador de poner término al contrato de trabajo por necesidades de la empresa o desahucio, de manera que no puede beneficiársele con la imputación de cotizaciones de cesantía establecida en el artículo 13 de la Ley N° 19.728”<sup>108</sup>. En el mismo sentido se ha manifestado el Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, concluyendo que “Si bien es cierto que el artículo 168 en su penúltimo inciso dispone que en el caso de que el tribunal considere que la aplicación de una causal de los artículos 159 y 160 no ha sido acreditada se entenderá que el término del contrato se ha producido por alguna de las causales del artículo 161, precisa la misma norma que ello es sólo para lo dispuesto en dicho artículo, esto es para establecer la procedencia de las indemnizaciones que el legislador ha establecido para los despidos fundados en las causales del artículo 161, no siendo posible extender lo señalado a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley N° 19.728, ya que el legislador expresamente no lo dispuso”<sup>109-110</sup>.

Por tales motivos, nos parece acertada la existencia de la ficción del art. 168 CdT, pues, si no fuera así, la solución de algunos supuestos generaría una serie

<sup>107</sup> ROJAS MIÑO (2015), p. 436.

<sup>108</sup> Corte Suprema, rol N° 2018-2011, de 16 de diciembre de 2011.

<sup>109</sup> Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-825-2014, de 22 de junio de 2014.

<sup>110</sup> De otra opinión, Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-1584-2014, de 11 de julio de 2014, aceptando la aplicación del art. 168 inc. 4° de CdT en tales supuestos.



de equívocos, que conspiran en contra de un resultado justo. Según veíamos, el caso emblemático se refiere a la aplicación del art. 87 del Estatuto Docente, pues en los supuestos en que los tribunales deciden no utilizar esta ficción, resulta beneficiado el empleador que ha despedido en forma injustificada a un profesor (p. ej. alegando una causal del art. 160 CdT), en contraposición de aquel empleador que invocó correctamente la causal de necesidades de la empresa<sup>111</sup>.

Con las indemnizaciones convencionales, como hemos expuesto, se pueden cometer equívocos que son equiparables. En tal sentido, la ficción adquiere relevancia para que, frente a un despido injustificado, no prime un resultado que conlleve una solución torcida. En particular, con ella se evita que, para hacer valer una indemnización convencional, se le exija al trabajador –despedido de forma injustificada– la difícil carga de probar que el empleador actuó en fraude de ley cuando utilizó una causal distinta a las del art. 161 CdT, con miras a eludir el cumplimiento de dicho pacto indemnizatorio. Recordemos que este criterio era seguido por un sector de la jurisprudencia española, el que no nos parece acertado<sup>112</sup>.

Todo lo anterior, porque el punto relevante reside en si la causal –diferente a las del art. 161 CdT– se logra acreditar en juicio, pues de ser así se comprueba de manera objetiva la veracidad de la misma. Luego, esta veracidad no depende de que el empleador invoque la causal de buena fe, o sin ánimo de fraude, sino que, de acuerdo a la prueba rendida, se pueda incardinar en la hipótesis que la configura.

Esta situación se ilustra en el hecho de que un despido se puede declarar injustificado, pero con motivo plausible<sup>113</sup>. La plausibilidad significa que el despido, a pesar de resultar injustificado, no obedeció a una acción temeraria, negligente o dolosa del empleador, sino que se basó en hechos “atendibles,

---

<sup>111</sup> QUIROZ DOMINGO (2014), p. 133.

<sup>112</sup> ROJAS MIÑO no está de acuerdo con la existencia de esta ficción. Sostiene que vigente Decreto Ley N° 2.200, se podía justificar porque las consecuencias del desahucio empresarial (que era el término de contrato al que aludía la ficción) eran similares a los de un despido disciplinario en cuanto a los montos de indemnización. Cuestión que, a su entender, hoy no sucede, pues este último despido implica además la indemnización-sanción consistente en los recargos del art. 168 CdT (ROJAS MIÑO [2015], p. 436). Mirado desde ese punto de vista, compartimos la argumentación de la autora. Sin embargo, como veíamos, la ficción se incorporó nuevamente al ordenamiento con la Ley N° 19.250, a modo de interpretación legal de la Ley N° 19.010, debido a los problemas que se habían generado por la interpretación judicial de la indemnización especial del Estatuto Docente. Todo lo cual es aplicable también al problema de las indemnizaciones convencionales. Por tales motivos, nos parece razonable la inclusión de la ficción en el ordenamiento.

<sup>113</sup> Que sabemos implica que el recargo en ciertas causales del art. 160 no alcanzará el 100% de la indemnización por años de servicio (cfr. art. 168 CdT).

admisibles o recomendables”<sup>114</sup>. Sin embargo, a pesar de que el despido sea plausible, sigue siendo igualmente injustificado. Es decir, la causal invocada por el empleador no logró ser acreditada en juicio. Por ende, parece adecuado que las consecuencias sean, por lo menos, las mismas que corresponden para las causales del art. 161 CdT. Pues ellas por sí solas implican el pago, entre otras, de la indemnización por años servicios, sea la pactada, o a falta de ésta, la supletoria legal (cfr. art. 163 CdT).

A modo de síntesis, reiteramos la importancia de que se aplique la ficción del art. 168 CdT, y que el despido injustificado se reconduzca como una resolución contractual por necesidades de la empresa o desahucio. En consecuencia, la indemnización convencional cuya condición habilitante consiste en el cese por las causales recién mencionadas, debiera devengarse también, en los términos pactados, si el despido no logra ser acreditado. Y es que, en caso contrario, sería más beneficiado el empleador que despide a un trabajador de forma injustificada, que quien lo hace por necesidades de la empresa, cuando incluso esta causal haya sido calificada como “justificada”<sup>115</sup>. No sería acertado dar cabida a esa situación, pues, desde la perspectiva de la equidad, no puede ser tratado de mejor forma quien incumple su contrato que quien lo cumple<sup>116</sup>.

## Conclusiones

*Primera.* No procede aplicar el tope de UF 90 a la indemnización por años servicios si las partes han pactado una cláusula, según la cual dicha indemnización se calculará sobre la base de la última remuneración mensual, y ésta supera dicho monto al momento del cese contractual. Esto es así a pesar de que la cláusula no haya efectuado ninguna mención al tope indicado. En caso contrario, no se comprendería la inclusión de esta cláusula en el contrato, ya que por la observancia de la ley se llegaría al mismo resultado. Si las partes

---

<sup>114</sup> Véase Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 4004-2004, de 20 de mayo de 2005, según la cual “Tendrá gran importancia para determinar, en definitiva, la presencia de motivos plausibles, la conducta procesal del demandado antes y durante el juicio, que se reflejará del proceso mismo en donde va a existir la prueba inequívoca de su actuar”.

<sup>115</sup> QUIROZ DOMINGO (2014), p. 113.

<sup>116</sup> Véase GÓMEZ ABELLEIRA (2009), p. 39. Cabe aclarar que nuestro razonamiento se basa en un criterio del autor que no es exactamente el mismo, pero nos parece perfectamente aplicable al problema analizado. Para el autor, no puede tener la misma reparación el despido procedente que el improcedente. En ese contexto, indica que las propuestas que van esa dirección, le parecen radicalmente desacertadas, tanto desde “una perspectiva de equidad –quien cumple su contrato es tratado igual que quien incumple–, pero también desde una óptica más utilitarista para la empresa, que tiene que ver con la motivación al cumplimiento del contrato”.

decidieron introducir una estipulación relativa a las indemnizaciones, resulta lógico concluir que se realizó para lograr un objetivo distinto a lo dispuesto en la ley. Y es que, conforme la regla de la utilidad de los contratos, el sentido en que una cláusula pueda producir efectos deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno (art. 1562 del Código Civil).

*Segunda.* La indemnización convencional relativa a la inobservancia del tope de UF 90, cuya condición habilitante consiste en el término del contrato de trabajo por las causales de necesidades de la empresa o desahucio empresarial, debiera igualmente devengarse si el trabajador es desvinculado por otra causal y el despido se declara injustificado por un tribunal. Si no se sigue este criterio se produciría la injusta situación de que resultaría más beneficiado el empleador que despide a un trabajador de forma injustificada, que quien lo hace por necesidades de la empresa, incluso cuando esta causal haya sido declarada justificada.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo (1994): *La relación laboral del directivo* (Pamplona, Aranzadi).
- ALONSO OLEA, Manuel (1996): "Extinción del contrato de alta dirección por voluntad del empresario", en: Juan Luis Iglesias Prada (coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (Madrid, Civitas), pp. 5047-5072.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia (2009): *Derecho del Trabajo* (Madrid, Civitas).
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (1997): "Los llamados pactos de blindaje en la relación especial de alta dirección", en: *Revista del Poder Judicial* (Nº 46), pp. 459-476.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio (2003): "¿Existe realmente el principio in dubio pro operario?", en: *Relaciones Laborales*, (Nº 10), pp. 1-23 (versión digital)
- DE VAL TENA, Ángel (2010): *Los trabajadores directivos de la empresa* (Pamplona, Thomson Reuters).
- DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo y CABEZA PEREIRO, Jaime (2003): *Derecho del Trabajo* (Madrid, MarcialPons).
- DOMINGO ARAGÓN, Jesús (2006): "Las cláusulas de blindaje desde la perspectiva laboral", en: *Actualidad Laboral* (Nº 14), pp. 1698-1713.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2009): *Fundamentos de Derecho Laboral* (Santiago de Chile, LegalPublishing).
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio, y GUIDI MOGGIA, Caterina (2015): *Manual del contrato de trabajo* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier (2009): *La causalidad del despido disciplinario* (Pamplona, Thomson Reuters).
- GRISOLÍA, Julio Armando (2008): *Manual de Derecho Laboral* (Buenos Aires, LexisNexis).
- GUTIÉRREZ PEÑA, Florencio (2002): "La extinción del contrato de trabajo de alta dirección por desistimiento del empresario", en: ÉL MISMO (director), *Miscelánea de Derecho Privado*.
- HURTADO COBLES, José (2014): *Régimen extintivo del contrato de alta dirección. Un estudio práctico de la jurisprudencia y doctrina actual* (Madrid, Centro de Estudios Financieros).
- KUNCAR ONETO, Andrés (2014): "El principio de conservación de los actos jurídicos", en Susan Turner y Juan Andrés Varas (coord.), *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2013*, (Santiago de Chile, Thomson Reuters-LegalPublishing), pp. 365-378.
- LACALLE VELARDE, María Cecilia y LÓPEZ GALILEA, María Cecilia (2012): "Cláusulas de indemnización convencional", en: *Revista Laboral Chilena* (año 2012, N° 1), pp. 91-102.
- LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2010): *Contrato Individual de Trabajo* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: *Los contratos. Parte general*, 5ª edición (versión actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis), (Santiago de Chile, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- MACCHIAVELLO CONTRERAS, Guido (1986): *Derecho del Trabajo* (Santiago de Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica).
- MAYA MAYA, María Luisa (2014): "Los consejeros delegados y la cláusula de blindaje", en: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (N° 94), pp. 371-390.
- MENGOD GIMENO, Rosa María (1966): *Indemnización por años de servicios* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- MERCADER UGUINA, Jesús (2014): "Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo" (Valencia, Tirant Monografías).
- MOLERO MANGLANO, Carlos (2012): "Cláusulas de blindaje: Problemas recientes de mayor interés", en: Tomás Sala Franco (coord.), *Libro homenaje a Abdóm Pedrajas Moreno*, pp. 335-364.
- MOLERO MANGLANO, Carlos (2004): *El contrato de alta dirección* (Madrid, Thomson Reuters-Civitas).
- MONTOYA MELGAR, Alfredo (2007): *Derecho del Trabajo* (Madrid, Tecnos).

- ORTEGA LOZANO, Pompeyo y NAVARRO CONTRERAS, César (2016): “Extinción del contrato del personal de alta dirección por voluntad del empresario: Despido disciplinario y cláusulas de blindaje”, en: *Economist & Jurist* (vol. 24, N° 198), pp. 44-54.
- QUIROZ DOMINGO, Felipe (2014): “Indemnización establecida en el artículo 87 del Estatuto, está reservada al profesional que ejerce labores de aula”, en: *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social* (vol. II, N° 3), pp. 107-122.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe (2009): “Principios y criterios legales de la interpretación del contrato”, en: *Aranzadi Civil: Revista quincenal* (N° 3).
- RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa (1998): “Los pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de alta dirección”, en: *Temas Laborales* (N° 49), pp. 83-129.
- RODRÍGUEZ RUSSO, Jorge (2011): “El principio de conservación del contrato como canon hermenéutico”, en: *Revista de la Facultad de Derecho* (N° 31), pp. 261-280.
- ROJAS MIÑO, Irene (2015): *Derecho del Trabajo. Derecho individual del trabajo* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- ROJAS MIÑO, Irene (2014): “La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección frente al despido”, en: *Revista Ius et Praxis* (año 20, N° 1), pp. 91-122.
- SALA FRANCO, Tomás (1990): *La relación laboral de los altos cargos directivos* (Bilbao, Deusto).
- SALINAS ADELANTADO, Carlos (1993): “La problemática de los contratos blindados o paraguas dorados en la acumulación de las figuras de consejero-delegado y director general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992: caso Huarte)”, en: *Revista General de Derecho* (N° 584), pp. 4983-4998.
- SOBRINO GONZÁLEZ, Gemma (2014): “Los efectos de la transmisión de empresa en las cláusulas de blindaje del personal de alta dirección (Comentario a las STS, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2011)”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* (N° 9), pp. 139-144.
- THAYER ARTEAGA, William y NOVOA FUENZALIDA, Patricio (2007): *Manual de Derecho del Trabajo. Derecho Individual de Trabajo* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), tomo III.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio (2008): *Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social*, (Buenos Aires, Astrea).
- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO y ARELLANO ORTIZ, Pablo (2014): *Derecho de las relaciones laborales. Un derecho vivo* (Santiago de Chile, Librotecnia).

ZURETTI, Mario (2010): "Capítulo Primero. Fundamentos. D) Principios", en: Jorge Rodríguez (Director), *Derecho del trabajo* (Buenos Aires, Astrea), tomo I, pp. 38-108.