

LA BASE DE CÁLCULO DE LAS INDEMNIZACIONES POR TÉRMINO DE CONTRATO. UNA VISIÓN CRÍTICA A LA DE DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA.

Karla Varas Marchant¹.

El análisis del concepto de remuneración para efectos indemnizatorios o más bien la determinación de su base de cálculo, es un tema contingente y polémico, producto del cambio de doctrina que ha tenido la Cuarta Sala de la Corte Suprema desde aproximadamente el año 2005 en adelante².

En términos generales, la discusión se centra en determinar si deben incorporarse en la base de cálculo de las indemnizaciones por término de la relación laboral determinadas asignaciones que, de acuerdo al inciso segundo del artículo 41 del Código del Trabajo, “no constituyen remuneración”, pero que no obstante ello son percibidas mensualmente por el trabajador.

La interpretación contenida en la doctrina de la Cuarta Sala de la Corte Suprema se basa en que el artículo 172 del Código, al utilizar la expresión “remuneración”, está señalando que, para los efectos de establecer la base de cálculo de las indemnizaciones legales, deben considerarse estipendios que tengan la naturaleza de remuneración, lo que se encuentra definido específicamente en el artículo 41 del Código. De esta forma, **no se deberían considerar la asignación de colación, movilización, viáticos, asignación por desgaste de herramientas, pérdida de caja, pues están expresamente excluidas por esta última norma**³. Por su parte, en una reciente sentencia dictada en unificación de jurisprudencia⁴, la Corte mantuvo la tesis de excluir de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de la relación laboral aquellas prestaciones que tienen la calidad de reembolsos –en el caso particular, las asignaciones de colación y movilización-, principalmente debido a que la

¹ Abogada Universidad de Chile, parte del equipo organizador de la Escuela de Formación Sindical de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Artículo revisado y corregido por Juan Vergara y Gabriela Cisterna.

² Para profundizar en torno a este cambio de criterio se recomienda revisar: MARZI MUÑOZ, DANIELA BEATRIZ. *“Alteración de la Doctrina Jurisprudencial del Concepto de Remuneración para Efectos Indemnizatorios, en un escenario de dieciocho años sin reformas legales”*. Estudios Laborales N° 4-2009, Editorial Legal Publishing.

³ A modo referencial, se pueden revisar los siguientes fallos de la Corte Suprema: Rol 1844-2005; 2176-2006; 6452-2006; 1262-2008; 1054-2008; 6802-2008; 5060-2009; 8773-2009; 1382-2010.

⁴ El recurso de unificación de jurisprudencia es un recurso excepcional que procede única y exclusivamente contra la resolución que falla un recurso de nulidad, y siempre que respecto de la misma materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia, es decir, Cortes de Apelaciones o Corte Suprema. En cuanto a sus efectos, es importante dejar en claro que sólo recaen en la causa respectiva, y en ningún caso afectará a las situaciones jurídicas fijadas en las sentencias que le sirven de antecedentes. En términos más sencillos, el recurso excepcional de unificación de jurisprudencia no tiene efectos generales, y por ende, la doctrina que es fijada en un momento dado por la Corte Suprema puede variar sin ningún tipo de inconveniente.

regla de interpretación contenida en el artículo 22 del Código Civil⁵ obliga a que el artículo 41 y 172 del Código del Trabajo deban aplicarse de forma conjunta y sistemática, estimando que **existiría una incoherencia que pagos que no constituyen remuneración durante la vigencia del contrato de trabajo, si lo sean al momento del término de la relación laboral.** En consecuencia, vuelven a reiterar que el concepto que debe inspirar todo el sistema indemnizatorio con motivo del término de la relación laboral es el contenido en el artículo 41 del Código del Trabajo⁶.

La argumentación vertida en diversas sentencias de la Corte Suprema hace caso omiso al **principio de especialidad**, y lo que es peor aún, **a la finalidad para la cual fueron establecidas las indemnizaciones por término de la relación laboral**, que pueden resumirse en: (1) la necesidad de mantener vigente la relación laboral encareciendo el finiquito del trabajador para así hacer efectivo los principios de continuidad y estabilidad de la relación laboral; (2) compensar a los trabajadores que han sido objeto de despidos injustificados, indebidos o improcedentes; (3) reconocer la fidelidad y esfuerzo que ha desplegado un trabajador durante su trayectoria laboral y de alguna forma restituir lo que ha aportado el trabajador al crecimiento y desarrollo de la empresa, y (4) resarcir un perjuicio –el desempleo-. De esta forma, con la interpretación sostenida por la Corte Suprema–en la gran mayoría de los casos- se genera una merma considerable en los montos de estas indemnizaciones.

Así, partiremos este análisis reafirmando la doctrina que han sostenido gran parte de las Cortes de Apelaciones y tribunales especializados en materia laboral⁷, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo⁸ y destacados autores nacionales, en orden a que el concepto entregado por el artículo 172 del Código del Trabajo –para los efectos de determinar el monto de las indemnizaciones que corresponda pagar al término de la relación laboral- es de carácter especial, y por ende, prevalece por sobre toda otra conceptualización de tipo remuneracional.

Ahora bien, el artículo 172⁹ expresa que:

“Para los efectos del pago de las indemnizaciones a que se refieren los artículos 168, 169, 170 y 171, la última remuneración mensual comprenderá **toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato**, incluidas las imposiciones y cotizaciones de previsión o seguridad social de cargo del trabajador y las regalías o especies avaluadas en dinero, con exclusión de la asignación familiar legal, pagos por

⁵ El artículo 22 del Código Civil establece que “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.”

⁶ Recurso Unificación de Jurisprudencia, Rol 9603-2009 de fecha 24 de abril de 2010, pronunciada por los ministros Urbano Marín, Patricio Valdés y Gabriela Pérez. Con voto en contra de las ministras Maggi y Egnem.

⁷ A vía de ejemplo ver las siguientes sentencias: Tribunal del Trabajo de Los Ángeles Rit M-22-2009; Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol 44-2009; Corte de Apelaciones de Antofagasta Rol 10-2009; Corte de Apelaciones de Santiago Rol 176-2009.

⁸ Dictámenes N° 4.466/308 de 27 de septiembre de 1998 y 3.011/055 de 25 de junio de 2008.

⁹ Este artículo fue incorporado por la Ley 19.010, publicada en el Diario Oficial el 29-11-1990, que estableció nuevas normas sobre Terminación del Contrato y Estabilidad en el Empleo.

sobretiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen **en forma esporádica¹⁰ o por una sola vez al año**, tales como gratificaciones o aguinaldos de navidad.

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

De esta forma, y dando aplicación al principio de especialidad, al existir una regulación específica de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de la relación laboral en base al concepto de **“última remuneración mensual”**, no cabe aquí efectuar las exclusiones que realiza el artículo 41 del Código del Trabajo, que establece un concepto general de remuneración. En consecuencia, en su determinación concreta se deberá incluir:

- a. La remuneración mensual del trabajador o el promedio percibido en los últimos tres meses calendarios;
- b. Las cotizaciones de seguridad social de cargo del trabajador;
- c. Las regalías o especies valuadas en dinero, y
- d. En términos generales, toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo, siempre que no se otorguen en forma esporádica o por una sola vez en el año, es decir, que tenga alguna periodicidad¹¹.

Este último componente es el que nos permite sostener la especialidad de esta norma, y la interpretación amplia y omnicompreensiva que debe darse a la misma, ya que en la referida base de cálculo debe comprenderse “toda cantidad que esté percibiendo el trabajador”, estableciéndose como único requisito que tales rubros deben ser de carácter periódicos.

En consecuencia, y haciendo una interpretación a *contrariu sensu*, sólo se excluirán de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de la relación laboral, además de los rubros que expresamente señala la norma en comento –asignación familiar y pagos por sobretiempo–, los beneficios que se otorgan de forma esporádica o una vez al año. Así, la discusión se centrará única y exclusivamente en si un determinado rubro incluido en la liquidación mensual de remuneración de un trabajador es esporádica, o por el contrario, se otorga con una determinada periodicidad, razón por la cual no se ajusta a derecho las exclusiones realizadas en base a lo dispuesto en el artículo 41 del Código del Trabajo, ya que como se ha sostenido de forma reiterada, debe primar el concepto especial del artículo 172 frente al concepto general del artículo 41.

Junto con ello, hay un importante argumento histórico para sostener que el artículo 172 da un concepto especial de remuneración para efectos indemnizatorios. En efecto, el Código del Trabajo de 1987, en su artículo 163, contenía el concepto de última remuneración mensual devengada, que señalaba *“Para los efectos del pago de las*

¹⁰ De acuerdo al Diccionario de La Real Academia Española, *“esporádico (ca)”* significa ocasional, sin ostensible enlace con antecedentes ni consiguientes.

¹¹ De acuerdo al Diccionario de La Real Academia Española, *“periódico (ca)”* significa que se repite con frecuencia a intervalos determinados.

indemnizaciones a que se refieren los artículos 155, letra f) y 159, la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato, incluyendo las regalías o especies valuadas en dinero; con exclusión de la asignación familiar legal, de movilización, pagos por sobre tiempo y beneficios o asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones o aguinaldos de navidad...". De la lectura del precepto transcrito, se desprende que la asignación de movilización estaba expresamente excluida del concepto de última remuneración mensual, por lo que no se suscitaba la discusión que hoy nos convoca. Posteriormente, con la modificación introducida por la ley 19.010 que consagra el artículo 172 actualmente vigente, se elimina la exclusión relativa a la asignación de movilización, con lo cual la Corte Suprema procedió a incluir la asignación de colación y movilización dentro del concepto de remuneración con fines de cálculo indemnizatorio. De esta forma, por medio de la modificación legal aludida el legislador procedió a revisar la norma relativa a la base de cálculo de las indemnizaciones, teniendo la oportunidad para haber incorporado una nueva exclusión al concepto: la asignación de colación, o incluso, haberse remitido al artículo 41, situación que no ocurrió, produciéndose un efecto contrario, la eliminación de la exclusión relativa a la asignación de movilización¹².

Desde la modificación introducida por la ley 19.010 no ha ocurrido ninguna otra variación, razón por la cual resulta difícil entender el vuelco que hubo en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.

Además, si recurrimos a los principios del Derecho del Trabajo para los efectos de efectuar una interpretación armónica y sistemática de las normas en comento (artículo 41 y 172 del Código del Trabajo), el principio *in dubio pro operario*, en una de sus manifestaciones, nos señala que ante distintas interpretaciones posibles, el juez debe preferir aquella que más beneficie al trabajador, que en este caso claramente está dado por dar una interpretación amplia y omnicomprensiva al concepto de última remuneración mensual contenido en el artículo 172 del Código del Trabajo.

La interpretación que hemos sostenido está respaldada por variada jurisprudencia. En efecto, la Corte de Apelaciones de Concepción, en sentencia dictada con fecha 27 de mayo de 2009, Rol 462-2008¹³, sostuvo que:

“...el artículo 172 es de carácter especial, y prima sobre toda disposición de tipo remuneracional y debe aplicarse en su integridad para determinar el monto de las indemnizaciones por término de contrato de trabajo y, por tanto, comprende toda cantidad que el trabajador estuviere percibiendo al momento de terminar la relación laboral”.

A continuación señala que:

¹² MARZI MUÑOZ, DANIELA BEATRIZ. *“Alteración de la Doctrina Jurisprudencial del Concepto de Remuneración para Efectos Indemnizatorios, en un escenario de dieciocho años sin reformas legales”.* Estudios Laborales Nº 4-2009, Editorial Legal Publishing. Pp. 60 y 64.

¹³ En el mismo sentido se pronunció en sentencia de fecha 30 de noviembre de 2007, Rol 514-2007.

*“...el artículo 41 del Código del Trabajo define las remuneraciones para efectos **imponibles y tributables**, es decir, en cuanto incrementan el patrimonio del trabajador. **En tanto que el artículo 172 del mismo Código no redefine el concepto, sino que establece las bases de cálculo de la indemnización**, lo que es un objetivo específico distinto, que por su naturaleza jurídica está orientado a reparar un perjuicio, cual es la pérdida de un empleo y que no incrementa el patrimonio del trabajador. El concepto última remuneración que utiliza el legislador reviste un contenido y naturaleza eminentemente fáctico, pues alude a toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador, de modo que comprende cualquiera cantidad que el trabajador perciba mensualmente y en forma permanente al momento de terminar el vínculo laboral”.*

En el mismo sentido se pronunció la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de fecha 9 de marzo de 2010, Rol 176-2009, donde recalca que 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, razón por la cual este concepto tiene un carácter especial y distinto de la definición general del artículo 41”.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en causa Rol 44-2009 de 16 de marzo de 2009, sostuvo que existió un error de derecho en la dictación de una sentencia pronunciada en procedimiento monitorio, al no dar aplicación a una norma que resuelve la litis, a saber, el artículo 172 del Código del Trabajo,

“...que forma parte del Título V de la referida normativa, ‘De la terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo’, regula precisamente, el pago de las indemnizaciones en el evento del término del contrato laboral, por aplicación del inciso 1° del artículo 161 del referido cuerpo legal, estableciendo para estos efectos, lo que se entiende por última remuneración mensual, precisando su contenido. Ello no implica alteración alguna a lo dispuesto en el artículo 41 del Código del Trabajo, toda vez que esta última disposición legal determina lo que se entiende por remuneración, para los efectos del contrato individual del trabajo, de manera que el legislador, al reglamentar las indemnizaciones previstas en los artículos 168 a 171, no se aparta de dicha normativa, limitándose a la ampliación de su contenido, para este sólo efecto”.

También, en el contexto de la nueva justicia laboral, La Corte de Apelaciones de Antofagasta, en sentencia dictada el 7 de septiembre de 2009, Rol 10-2009, señaló que el artículo 172 del Código del Trabajo contempla un concepto de remuneración distinto al establecido en el artículo 41 del mismo cuerpo legal. Acto seguido, sostiene que **el concepto del artículo 172 es doblemente especial**, ya que, por un lado, se aplica exclusivamente a las situaciones en que el juez establece que debe pagarse al trabajador alguna de las indemnizaciones consagradas en los artículos 168 a 171 del Código. Además, la norma en análisis no habla de cualquier remuneración, sino que “**la**

última remuneración mensual", *"diferente de las contraprestaciones en dinero que se enumeran en el concepto general acuñado en el artículo 41 del pre mencionado Código"*. Junto con ello, sostiene que el simple hecho de utilizar la expresión "remuneración", *"no supone, ni menos presume, remisión alguna al artículo 41"*, ya que se aparta de este concepto general cuando incluye *"...toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios al momento de terminar el contrato..."* A continuación incorpora otro argumento para sostener que el concepto del artículo 172 se aparta del genérico, cual es, la exclusión de las gratificaciones anuales, por su carácter esporádico, siendo que, de acuerdo a la definición genérica, están expresamente incluidas conforme al literal e) del artículo 42.

En consecuencia, y aunque parezca de perogrullo, formarán parte de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de la relación laboral, todas las prestaciones que se otorguen de forma periódica y regular, dentro de las cuales estarán, por ejemplo, las asignaciones de colación, movilización, pérdida de caja, desgaste de herramientas, que son pagadas mensualmente o con algún tipo de periodicidad al trabajador.

Ahora bien, cuando la Corte Suprema sostiene que existiría una incoherencia en la referida interpretación fundado en que durante la vigencia de la relación laboral dichos pagos no constituirían remuneración, pero a su término sí lo serían, implica un desconocimiento de la regulación integral de ambas normas. En efecto, el artículo 41 se encuentra regulado a propósito del contrato individual de trabajo y capacitación laboral (Libro I, Título I, Capítulo V del Código del Trabajo), en cambio, el polémico artículo 172 se encuentra dentro del Título V relativo a la terminación del contrato de trabajo. En consecuencia, no tiene nada de extraño que exista un concepto específico para los efectos de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de la relación laboral, como por lo demás existe a propósito del cálculo del pago de la remuneración durante el feriado legal –artículo 71-, o de la compensación de los días de descanso que se hubieran acumulado de conformidad con lo establecido en el artículo 38 inciso 5º del Código del Trabajo.

Por lo demás, en base al mismo argumento entregado por la Corte Suprema en relación con la regla de interpretación contenida en el artículo 22 del Código Civil, podemos sostener que se estaría incurriendo en una **grave incoherencia**, toda vez que durante la vigencia de la relación laboral los pagos por sobretiempo (horas extras) o gratificación anual constituirán remuneración, y en cambio, para los efectos de la terminación no se entenderían incorporados al concepto de "última remuneración mensual".

Entonces, ante tales contradicciones, legítimo resulta preguntarnos si detrás de esta interpretación hay verdaderos fundamentos jurídicos, o más bien una clara intencionalidad de –una vez más- perjudicar el bolsillo de quien se encuentra en una posición jurídica inferior, y lo que es peor, en la gran mayoría de los casos, en una situación económica precaria o deficiente.

Los argumentos están vertidos, saque sus propias conclusiones!