



DEPARTAMENTO JURÍDICO  
K 14681(2563)/ 2014

4859

ORD. N°:

Jurídico

**MAT.:** La modalidad de concesión del beneficio denominado "aqua club" aplicada en forma reiterada por la empresa Aguas Andinas S.A., específicamente durante el período comprendido entre los años 2002 y 2013, considerando para ello los parámetros "consolidación profesional y potencial", constituye una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de trabajo de los respectivos dependientes, que como tal no puede ser modificada o alterada unilateralmente por el empleador, lo que determina que dicha modalidad es la que debe considerarse para los efectos del otorgamiento del mencionado beneficio, en tanto que las partes, de común acuerdo, no convengan su modificación.

**ANT.:** 1.- Instrucciones de 13.08.2015, de Jefe Departamento Jurídico.

2.- Presentación de 01.07.2015, de Sindicato recurrente.

3.-Ord. N° 1683, de Inspectora Provincial del Trabajo de Santiago, recibido el 15.06.2015.

4.- Ord. N° 675, de 09.02.2015, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

5.-Respuesta a traslado de Empresa Aguas Andinas S.A., de 21.01.2015.

6.- Ord. N° 5228, de 29.12.2014, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

7.- Presentación de 18.12.2014, de Sindicato de Profesionales y Técnicos de Empresa Aguas Andinas S.A.

SANTIAGO,

22 SEP 2015.

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO**

**A : SRES. SINDICATO DE PROFESIONALES Y TÉCNICOS  
EMPRESA AGUAS ANDINAS S.A.**

Mediante presentación de antecedente 7), solicitan un pronunciamiento de esta Dirección en orden a determinar si la empresa Aguas Andinas S.A. se encontró legalmente facultada para modificar las condiciones de exigibilidad del beneficio denominado Aqua Club, considerando que ello importaría una vulneración del principio de certeza de las remuneraciones y de un derecho adquirido de los respectivos trabajadores. Hacen presente que tras un proceso de negociación colectiva llevado a efecto en esa empresa, a algunos de sus asociados

se les privó de dicho beneficio, a su juicio, por el hecho de pertenecer a esa organización sindical, no obstante reunir los requisitos necesarios para su concesión de acuerdo a la modalidad utilizada reiteradamente para tal efecto. Agregan que a varios de sus afiliados les fue posteriormente restituido a requerimiento de esa entidad, quedando actualmente solo un grupo de 26 socios excluidos del mismo.

Debe señalarse que con el objeto de resolver fundadamente sobre el particular, se confirió traslado a la citada empresa a fin de que hiciera valer sus puntos de vista sobre la materia y aportara antecedentes, como asimismo, se practicó una fiscalización investigativa tendiente a verificar la forma de concesión de dicho beneficio, los requisitos para su obtención, etc.

Mediante presentación de antecedente 5) la empresa Aguas Andinas S. A. contestó el traslado conferido por este Servicio en cumplimiento del principio de bilateralidad, señalando que el "beneficio de aqua club" se entrega actualmente a los estamentos de trabajadores ejecutivos, jefaturas y profesionales de la empresa y que en sus inicios, año 2002, estaba contemplado sólo para el estamento ejecutivo.

Indica que el objetivo del beneficio está orientado a reconocer el buen rendimiento de los trabajadores, habiéndose materializado en su primera etapa en regalos que se otorgaban en distintas épocas del año y posteriormente, a través de diferentes opciones orientadas a la entretención, gastronomía y hotelería.

Agrega que aqua club se entrega estrictamente en base al resultado de la Evaluación de Desempeño que anualmente obtiene cada trabajador por estamento, el que puede variar año en año, no teniendo incidencia la circunstancia de que el beneficiario esté o no afiliado a alguna organización sindical. Manifiesta asimismo, que el beneficio se encuentra asociado al Sistema de Gestión de desempeño "Crecer" que constituye una herramienta de gestión de personas que permite evaluar el desempeño de los trabajadores a fin de gestionar su desarrollo en el interior de la empresa. Añade que hasta el año 2013 la forma de medir el rendimiento era en base a dos ejes principales: consolidación profesional y potencial. En el primero, se medían básicamente cinco competencias: liderazgo, trabajo en equipo, responsabilidad social, orientación a resultados, orientación al cliente-innovación, en cada una de las cuales se evalúan entre 4 y 5 desempeños específicos en una escala de uno a cinco, que finalmente determinan la evaluación de la competencia. En el segundo, se medían las mismas competencias pero con conductas diferentes a fin de determinar las capacidades de la persona evaluada para asumir otras funciones o mayores responsabilidades en el futuro.

Hace presente que a partir del año 2013 el sistema de gestión fue actualizado, introduciéndose ciertas modificaciones, una de las cuales fue que el desempeño se comenzó a configurar mediante la evaluación de Competencias y Resultados, manteniéndose en forma independiente la medición del Potencial. Igualmente se introdujeron cambios en la evaluación de competencias, agregándose las relativas a "flexibilidad y resiliencia, análisis e innovación aplicada al negocio y la excelencia en la prestación de los servicios." Por su parte, el Potencial evalúa una serie de aspectos para determinar si el trabajador está en condiciones de asumir nuevos roles o desafíos dentro de la organización.

Finalmente expresa, que el criterio de evaluación para la entrega del beneficio se ha hecho más exigente año a año, partiendo de una puntuación, como nota mínima, de 3 puntos en el año 2012, tanto para consolidación profesional como potencial, 3,4 en ambos indicadores para el año 2013 y en 2014, 4

puntos como factor de **resultado**, con arreglo a la evaluación de desempeño "Crecer".

Por su parte, del informe evacuado por el fiscalizador Sr. Cristian Pavéz del Río, dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, aparece que de los antecedentes recabados a través del procedimiento de fiscalización llevado a cabo en la empresa, incluidas las declaraciones prestadas por el representante de ésta y por la respectiva directiva sindical, pudo establecer que los beneficios de aqua club consistían, entre otros, en entradas a Cinemark con 10 tickets de combos de alimentación, cena o almuerzos en restaurantes que individualiza, giftcard por \$ 50.000 para la tienda Almacenes París, alojamiento de una noche en diversos hoteles, giftcard por \$ 25.000, para la feria chilena del Libro y masajes de relajación en el establecimiento Spa One & Only.

Agrega que la circunstancia de haberse hecho acreedor a los beneficios de aqua club era comunicada a los trabajadores a través de correo electrónico, señalándoles por la misma vía el plazo en que debían efectuar la selección. El monto anual del beneficio asciende a \$250.000.

El fiscalizador actuante manifiesta que no se logró obtener evidencia de que los requisitos necesarios para acceder a los beneficios del plan aqua club fueran conocidos por los trabajadores, por cuanto según declaración de los dirigentes sindicales y el gerente de recursos humanos entrevistados, no existe un documento o reglamento que regule su exigibilidad y concesión, sino que el mismo ha sido aplicado por la empresa en forma discrecional, agregando que sí se logró establecer que el resultado obtenido a través de la aplicación del sistema de evaluación "Crecer" no está asociado a los beneficios en cuestión.

En relación con la situación de los 26 trabajadores que figuran en la nómina adjunta a la presentación que nos ocupa, quienes habrían sido marginados de los beneficios de aqua club por su afiliación sindical, el fiscalizador actuante informa que según lo manifestado por la empresa, estos no alcanzaron un buen puntaje en la respectiva evaluación, siendo ésta la razón por la que no habrían accedido a los señalados beneficios.

Es preciso señalar que en comparecencia personal de fecha 02.09.2015, el presidente y secretario del sindicato de empresa Aguas Andinas S.A., Sres. Pedro Sepúlveda y Jaime Salazar, respectivamente, manifestaron en primer término que los beneficios de aqua club no están contemplados en los contratos individuales o colectivos de trabajo no obstante lo cual se han otorgado a partir del año 2002. Seguidamente ratificaron lo expuesto por la empresa en cuanto a que durante el periodo comprendido entre 2002 a 2013 la concesión de los beneficios de que se trata estuvo ligado a los factores consolidación profesional y potencial. Agregan que esta situación cambió el año 2014, oportunidad en que la empleadora en forma unilateral y arbitraria consideró para tal efecto el concepto "resultado", el que aparte de no derivar del sistema de evaluación "Crecer", introdujo modificaciones al sistema anterior, estableciendo un nuevo parámetro cuyos componentes son absolutamente desconocidos por los trabajadores.

Efectuadas las precisiones anteriores cabe manifestar lo siguiente:

El artículo 9 del Código del Trabajo, en su inciso 1°, dispone:

*"El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares quedando uno en poder de cada contratante".*

De la norma anotada se deduce que el contrato de trabajo es consensual, esto es, se perfecciona por el solo consentimiento o acuerdo de voluntades de las partes contratantes, con prescindencia de otras exigencias formales o materiales para su validez.

No obstante su carácter consensual, el contrato de trabajo debe constar por escrito y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada contratante, formalidad ésta que el legislador ha exigido como requisito de prueba y no como requisito de existencia o validez de dicho instrumento.

En efecto, pese a la eventual falta de escrituración de un contrato de trabajo, éste igualmente existe y produce sus efectos, y dicha omisión, además de imponer al empleador una sanción pecuniaria a beneficio fiscal, produce el efecto de invertir el peso de la prueba, es decir, hace presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declara el trabajador, según lo dispone el inciso cuarto del citado artículo 9.

Pues bien, atendido el carácter consensual del contrato de trabajo, deben entenderse incorporadas a él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito en dicho instrumento sino que, además, aquellas no escritas en el documento y que provienen del acuerdo de voluntades de las partes contratantes, manifestado en forma libre y espontánea, consentimiento éste que es de la esencia del contrato y, por ende, requisito de existencia y validez del mismo.

En concordancia con ello, la doctrina de esta Dirección ha precisado que la formación del consentimiento no sólo puede emanar de la voluntad expresa de las partes contratantes, sino que también, como se ha señalado, puede expresarse en forma tácita, salvo en los casos en que la ley por razones de seguridad jurídica exija la manifestación expresa de voluntad.

Sobre dicha base este Servicio ha resuelto que aquellos beneficios no escritos, pero que se han otorgado en forma reiterada en el tiempo con aquiescencia de las partes, constituyen cláusulas tácitas que pasan a integrar el respectivo contrato individual de trabajo y que se agregan a las que en forma escrita se consignan en dicho documento.

Analizada la situación en consulta a la luz del precepto del artículo 9 del Código del Trabajo y de la doctrina institucional antes analizada, preciso es convenir que tanto los beneficios comprendidos en el plan aqua club como la modalidad de concesión de los mismos considerando los conceptos de consolidación profesional y potencial, la cual se mantuvo inalterable por varios años, aproximadamente del año 2005 al 2013, configuran una cláusula tácita incorporada al contrato individual de trabajo de los beneficiarios, que como tal no puede ser alterada unilateralmente por el empleador.

De esta suerte, la variación de tal modalidad introducida en el año 2014 por la empresa, que consistió en incorporar el concepto "resultado" para el otorgamiento de los beneficios de que se trata, lo cual implicó dejar fuera de los beneficios a trabajadores que con anterioridad siempre los habían percibido, importa una transgresión de los artículos 5° N° 3 del Código del Trabajo y 1545 del Código Civil, el primero de los cuales dispone: *"Los contratos individuales y colectivos de*

*trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en materias en que las partes hayan podido convenir libremente”, estableciendo el segundo que: El contrato es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales “.*

Al tenor de lo expuesto forzoso resulta concluir que la empresa Aguas Andinas S.A. no se encontró facultada para variar la modalidad de concesión de los beneficios de aqua club, considerando para ello los conceptos utilizados hasta el año 2013, por cuanto tal modalidad pasó a constituir una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de trabajo de los respectivos dependientes, debiendo aplicar tales parámetros a aquellos trabajadores que en virtud del cambio efectuado el año 2014, quedaron excluidos del beneficio.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, doctrina institucional invocada y consideraciones expuestas, cúmpleme manifestar a Uds. que la modalidad de concesión del beneficio denominado “aqua club” aplicada en forma reiterada por la empresa Aguas Andinas S.A. -específicamente durante el período comprendido entre los años 2002 y 2013- considerando para ello los parámetros “consolidación profesional y potencial”, constituye una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de trabajo de los respectivos dependientes, que como tal no puede ser modificada o alterada unilateralmente por el empleador, lo que determina que dicha modalidad es la que debe considerarse para los efectos del otorgamiento del mencionado beneficio, en tanto las partes no convengan, de común acuerdo, su modificación.

Saluda atentamente a Ud.,



*F. Castro*  
**JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO**  
**ABOGADO**  
**JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO**  
**DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

*slf*  
**LBP/SMS/sms**

**Distribución:**

- Jurídico, Partes, Control
- Empresa Aguas Andinas S.A.