



DIRECCION  
DEL TRABAJO  
DEPARTAMENTO JURIDICO

K. 020811(1160)/99  
DN. 1078

ORD. No 1014 / 0086

**MAT.:** Niega lugar a reconsideración de instrucciones N° 699-293 y 099-327, de 19 07.99 y 13.-12.99, cursadas a la empresa Distribuidora Adelco Puerto Montt Ltda., por la fiscalizadora María Verónica Arteaga M

**ANT.:** 1) Ord. 147, de 11.02.2000, de Inspector Provincial del Trabajo, Llanquihue Puerto Montt.  
2) Presentación de 06.12.99, de abogado Sr. Andrés Alvear V.

**FUENTES:**

Código del Trabajo, artículos 47, 50, 9, 10 N°3, 5° inciso 2°.  
Código Civil N° 1545.

SANTIAGO,

17 MAO 2000

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO  
A : SR. ANDRES ALVEAR VALDES  
ABOGADO  
SANTA ELENA 1761  
SANTIAGO/

Mediante presentación citada en el antecedente 2) y en representación de la empresa Distribuidora Adelco Puerto Montt Ltda., solicita reconsideración de las instrucciones N°s 099-293 y 0-99-327, de 19.07.99 y 13.12.99, respectivamente, cursadas a esa empresa por la fiscalizadora María Verónica Arteaga Montesinos y reconsideradas parcialmente por Ord. N° 1525, de 26.11.99, del Sr. Inspector Provincial del Trabajo de Puerto Montt, las cuales ordenan pagar diferencias por concepto de anticipos de gratificación legal y dejar sin efecto las nuevas funciones asignadas a los trabajadores Manuel Maricahuin N y Ricardo Reyes O.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

1) En lo que respecta a la primera instrucción impugnada cabe señalar que el artículo 47 del Código del Trabajo dispone:

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

Del precepto legal transcrito se infiere, como lo ha señalado reiteradamente la doctrina de este Servicio, que la obligación de gratificar anualmente a los trabajadores existe cuando se reúnen las siguientes condiciones copulativas.

1) Que se trate de establecimientos, ya sea mineros, industriales, comerciales o agrícolas, empresas o cualquier otro, o de cooperativas;

2) Que estos establecimientos o empresas, con excepción de las cooperativas, persigan fines de lucro;

3) Que estén obligados a llevar libros de contabilidad, y

4) Que obtengan utilidades o excedentes líquidos en sus giros.

Como es dable apreciar, la gratificación constituye un beneficio sujeto a que la empresa o establecimiento reúna los requisitos anteriormente señalados, de suerte tal que si ellos no concurren en su totalidad desaparece la obligación del empleador de otorgarla.

En relación con lo anterior es necesario precisar que los requisitos ya señalados y, específicamente, el contemplado en el N<sup>o</sup> 4 precedente, resultan exigibles cualquiera que sea el sistema de pago de la gratificación legal utilizado por el empleador, vale decir, el que establece el artículo 47 antes transcrito o bien el previsto en el artículo 50 del Código del Trabajo, disposición esta última que prescribe lo siguiente:

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

Del precepto antes transcrito es dable colegir que la ley ha facultado al empleador para eximirse de la obligación de gratificar en base al sistema contemplado en el mencionado artículo 47, esto es, repartir el 30% de sus utilidades líquidas, abonando o pagando al trabajador una suma equivalente al 25% de lo devengado por éste en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, caso en el cual el tope máximo de dicho beneficio no podrá exceder de 4,75 ingresos mínimos mensuales.

Al respecto es necesario precisar que la circunstancia de que la referida norma establezca que el pago de la gratificación efectuada en la forma allí prevista procederá sea cual fuere la utilidad líquida obtenida, no significa de modo alguno que dicho beneficio tenga el carácter de "garantizado", esto es, que su procedencia no esté condicionada a la existencia de tales utilidades, sino solamente que, en tal caso, la determinación del monto y pago de la gratificación se efectuará con prescindencia del monto de las utilidades líquidas que arroje el correspondiente ejercicio financiero.

Precisado lo anterior, cabe señalar que las partes de la relación laboral, en uso del principio de la autonomía de la voluntad, están facultadas para celebrar los pactos sobre anticipos de gratificación que estimen convenientes, siempre que los mismos no importen una vulneración del ordenamiento jurídico vigente y que no constituyan renuncia de derechos, pactos éstos que deberán cumplirse en los términos acordados, sin perjuicio de la reliquidación anual del beneficio, si así procediere.

Ahora bien, de los antecedentes recopilados en torno a éste asunto se ha podido establecer que a partir de mayo de 1999, el empleador cambió el sistema de anticipos de gratificación aplicado por más de dos años a sus trabajadores, estableciendo un monto fijo por tal concepto ascendente a la suma de \$50.000 pagaderos en forma bimensual, monto este inferior a los que hasta esa fecha había pagado a los respectivos trabajadores.

Atendido lo anterior, y con el objeto de resolver la consulta planteada se hace necesario tener presente en la especie la disposición contenida en el artículo 9, inciso 1º del Código del Trabajo, conforme a la cual *"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 legal precedentemente anotada fluye que el contrato de trabajo es consensual, esto es, se perfecciona por el mero consentimiento o acuerdo de voluntad de las partes contratantes, con prescindencia de otras exigencias formales o materiales para su validez.

Sin embargo cabe precisar que, no obstante su carácter consensual, por imperativo de la ley 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 ha sido exigida como requisito de prueba y no como requisito de existencia o validez del mismo.

Ahora bien, como consecuencia de que el contrato individual de trabajo tiene carácter "consensual", deben entenderse incorporadas en él no sólo las estipulaciones que se hayan consignado por escrito, sin que, además, aquellas no escritas en el documento respectivo y que emanan 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 este orden de ideas cabe señalar que como la ha sostenido reiteradamente este Servicio, la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación escrita de voluntad como de una tácita, salvo aquellos casos en que la ley, por razones de seguridad jurídica, exija que opere la primera de las vías señaladas

Ahora bien, la manifestación tácita a que se ha hecho alusión precedentemente, está constituida por la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, lo que lleva a configurar cláusulas tácitas que se agregan a los que en forma escrita conforman el contrato individual de trabajo.

De todo lo expuesto, es posible concluir entonces que una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo, sino que también deben entenderse como cláusulas incorporadas a éste las que derivan de la reiteración de pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornadas, etc., que si bien no fueron contempladas en las estipulaciones escritas, han sido constantemente aplicadas por las partes durante un período prolongado, con anuencia diaria o periódica de las mismas, configurando así un consentimiento tácito entre ellas, el cual, a su vez, determina la existencia de una cláusula tácita que debe entenderse como parte integrante del respectivo contrato.

En la especie, de los antecedentes ya señalados aparece que la empresa, en forma reiterada en el tiempo, más de dos años, aplicó un procedimiento de cálculo y pago de los anticipos de gratificación legal, el cual significó sumas distintas para cada trabajador y considerablemente superiores a la otorgada por dicho concepto a partir de mayo de 1999, la cual, como ya se dijera, constituye un monto fijo y único ascendente a \$50.000 en el período bimensual.

Analizada tal circunstancia a la luz de la disposición legal citada y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, forzoso es concluir que la modalidad de cálculo y pago de los anticipos de gratificación utilizada por la empresa hasta el mes de abril de 1999, constituye una cláusula que se encuentra incorporada tácitamente a los contratos de trabajo de

los respectivos trabajadores, modificando o complementando la cláusula relativa al pago de remuneraciones la que, como tal, no puede ser dejada sin efecto o alterada unilateralmente por el empleador, siendo necesario para ello el acuerdo de los trabajadores afectados.

Ello, en virtud de lo prevenido por el artículo 1545 del Código Civil, conforme al cual *"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

De consiguiente, atendido todo lo expuesto no cabe sino concluir que la recurrente se encuentra obligada a pagar los anticipos de gratificación legal conforme al procedimiento utilizado hasta el mes de abril de 1999, encontrándose, por ende, ajustadas a derecho las instrucciones que le ordenan pagar diferencias por tal concepto por los meses ya individualizados.

De esta suerte, no resulta procedente acoger la reconsideración de tales instrucciones.

2) En lo que respecta a la segunda instrucción objetada, vale decir, las que ordenan no asignar nuevas funciones a los trabajadores Sres. Manuel Maricahuin N. y Ricardo Reyes O., cabe tener presente, en primer término, la disposición contenida en el artículo 10 N° 3 del Código del Trabajo que establece.

*"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:*

*"3.- determinación de la naturaleza de los servicios y del lugar o ciudad en que hayan de prestarse"*.

De la norma legal transcrita se infiere que en todo contrato individual de trabajo debe estipularse la naturaleza de los servicios, esto es, precisar y establecer de una manera clara y exacta la clase de trabajo específico para el cual el dependiente ha sido contratado.

A su vez, el artículo 5º, inciso 2º, del mismo cuerpo legal, dispone:

*"Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente"*.

De la disposición legal transcrita se infiere que para modificar un contrato individual o colectivo de trabajo, la ley exige imperativamente el acuerdo o consentimiento del trabajador.

Corroborando lo anterior, el precepto del artículo 1545 del Código Civil que dispone:

*"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales".*

Conforme a lo expuesto, dable resulta afirmar que el empleador no se encuentra facultado para modificar en forma unilateral o por su sola voluntad las cláusulas que se contienen en un contrato individual de trabajo.

Ahora bien, en la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, y en especial de los contratos individuales de trabajo de los afectados, aparece que la función que en ellos se asigna a ambos trabajadores es la de operario-movilizador, la que, de acuerdo al informe de fiscalización de 26.08.99, evacuado por la fiscalizadora Sra. María Verónica Arteaga Montesinos, consiste en elegir en bodega lo que indica la factura de compra, cargar en un carro las respectivas mercaderías, chequearlas y posteriormente entregarlas al cliente.

De acuerdo al mismo informe, durante toda la vigencia de sus respectivos contratos, los referidos trabajadores nunca habían cumplido las funciones actualmente asignadas, vale decir, aseo de baños, camarines, cocina y pasillo del segundo piso del establecimiento.

Analizada la situación que nos ocupa a la luz de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, preciso es convenir que las nuevas labores asignadas a los afectados importa una modificación unilateral de la cláusula relativa a naturaleza de las funciones que se contiene en los respectivos contratos individuales de trabajo, modificación que no resulta procedente toda vez que no existe acuerdo de los trabajadores en tal sentido.

De consiguiente, atendido todo lo expuesto, forzoso resulta concluir que las instrucciones de que se trata se encuentran ajustadas a derecho, por lo que no procede su reconsideración.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

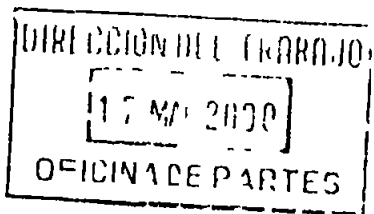
1) La empresa Distribuidora Adelco de Puerto Montt no pudo alterar unilateralmente el procedimiento de cálculo y pago de los anticipos de gratificación legal utilizado hasta el mes de abril de 1999, por constituir éste una cláusula tácita incorporada a los contratos individuales de los respectivos trabajadores.

2) La misma empresa se encuentra obligada a pagar diferencias por concepto de anticipos de gratificación legal por los meses de marzo y junio de 1999.

3) No resulta jurídicamente procedente que la empresa Distribuidora Adelco Puerto Montt Ltda. modifique en forma unilateral, esto es, sin el consentimiento de los respectivos trabajadores, la cláusula relativa a naturaleza de las funciones inserta en los contratos individuales de trabajo de los dependientes Manuel Maricahuin N. y Ricardo Reyes O.

4) Niega lugar a reconsideración de instrucciones Nº 099-293-099327, de 19 de julio y 13 de diciembre de 1999, respectivamente, cursadas a la empresa ya individualizada, por la fiscalizadora María Verónica Arteaga M., por encontrarse Ajustadas a derecho

Saluda a Ud.,



*María Ester Feres Nazarala*  
MARIA ESTER FERES NAZARALA  
ABOGADA  
DIRECTORA DEL TRABAJO

*sd*

SMS/sda

**Distribución:**

Jurídico

Partes

Control

Boletín

Deptos. D.T.

Subdirector

U. Asistencia Técnica

XIII Regiones

Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social

Sr. Subsecretario del Trabajo

Sr. Inspector Provincial del Trabajo Llanquihue, Puerto Montt