



DEPARTAMENTO JURÍDICO  
UNIDAD DE DICTÁMENES E  
INFORMES EN DERECHO  
K. 2556(664) 2017

0760

*Jurídico*

ORD.: \_\_\_\_\_

**MAT.:** Da respuesta a presentación de Sr. Andrés Giordano Salazar, Presidente de Sindicato de Trabajadores de Empresa Starbucks Coffee Chile sobre modificación unilateral de beneficios y trato discriminatorio, señalando que:

1.- No resulta ajustado a derecho exigir a las madres trabajadoras que hacen uso de sus permisos de maternidad establecidos en los artículos 195 y siguientes del Código del Trabajo, 6 meses de trabajo efectivo como requisito directo o indirecto para acceder a asignaciones, bonificaciones o reajustes de incremento de la remuneración.

2.- El beneficio Bono Partner constituye una cláusula incorporada al contrato individual de trabajo de los beneficiarios a partir del año 2013, que como tal no puede ser alterada unilateralmente por el empleador.

3.- Para dar cumplimiento al artículo 63 del Código del Trabajo, las partes de la relación laboral deberán acordar la forma de saldar la deuda de la empleadora con sus dependientes, de no alcanzarse acuerdo, podrá requerirse la intervención de la Inspección del Trabajo correspondiente, y en última instancia, exigir el pago ante los Tribunales del Trabajo.

**ANT.:**

- 1) Instrucciones, de 22.12.2017 y de 01.02.2018, de Jefe Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S);
- 2) Correo electrónico, de 05.12.2017, de Sr. Andrés Giordano Salazar, Presidente de Sindicato de Trabajadores de Empresa Starbucks Coffee Chile;
- 3) Correo electrónico, de 01.12.2017, de Sr. Francisco Cornejo Prado, fiscalizador Inspección Comunal del Trabajo, Santiago Oriente;
- 4) Informe de fiscalización N° 1322/2017/4735, de 28.11.2017;
- 5) Correo electrónico, de 14.11.2017, abogada Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, Dirección del Trabajo;
- 6) Informe de fiscalización N° 1322/2017/2477, de 20.06.2017;
- 7) Correo electrónico, de 21.06.2017, de Sr. Andrés Giordano Salazar, Presidente de Sindicato de Trabajadores de Empresa Starbucks Coffee Chile;

- 8) Presentación, de 21.04.2017, de Sra. Francesca Faraggi Ramírez, en representación de Starbucks Coffee Chile S.A.;
- 9) Ord. N°442, de 11.04.2017, de Inspector Comunal del Trabajo, Providencia;
- 10) Presentación, de 13.04.2017, de Sra. Francesca Faraggi Ramírez, en representación de Starbucks Coffee Chile S.A.;
- 11) Ord. N° 1417, de 03.04.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho;
- 12) Ord. N° 1419, de 03.04.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho;
- 13) Presentación, de 23.03.2017, de Sr. Andrés Giordano Salazar, Presidente de Sindicato de Trabajadores de Empresa Starbucks Coffee Chile;

SANTIAGO,

08 FEB 2018

**DE : JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)**

**A : SR. ANDRÉS GIORDANO SALAZAR  
SINDICATO DE TRABAJADORES EMPRESA STARBUCKS COFFE CHILE  
LORENZO GOTUZZO N° 96, OFICINA 94  
SANTIAGO**

Mediante presentación citada en el antecedente 13), complementada por presentaciones de antecedentes 2) y 7) solicita un pronunciamiento de este Servicio en orden a determinar lo siguiente:

1.- Si se ajusta a derecho exigir a las madres trabajadoras que hacen uso de su permiso pre y post natal, 6 meses de trabajo efectivo entre enero y noviembre de cada año para acceder a la asignación denominada Bono Partner, y 3 meses de trabajo para ser evaluadas para el mismo objeto.

2.- Si se ajusta a derecho exigir a las madres trabajadoras que hacen uso de su permiso pre y post natal, 6 meses de trabajo efectivo en el año anterior, como doble requisito para tener derecho al reajuste de sueldo y a ser evaluadas para el mismo objeto.

3.- Si se ajusta a derecho que la empresa modifique en forma unilateral el requisito de tiempo trabajado para acceder al Bono Partner, vigente por 3 años, aumentándolo de 360 horas a 6 meses en el año de trabajo efectivo, y si se encuentra obligada a pagar el bono a los trabajadores que se hubieran visto privados del mismo, producto de la modificación del requisito.

Expone que la empresa ha implementado una política de reajuste y pago de bonos sujeta a una serie de requisitos, que se han modificado unilateralmente por parte de su empleador. En el mes de marzo de cada año se determina qué trabajadores tienen derecho a reajuste en sus remuneraciones, exigiéndoles que hubieran trabajado al menos 6 meses en el año calendario anterior y obtuvieran una calificación favorable en la evaluación de desempeño que se realiza ese mes. A su vez, en el mes de septiembre, se realiza una segunda evaluación de desempeño, cuyo resultado es uno de los requisitos para determinar a quienes se les pagará el Bono Partner, junto con exigir que hubieran trabajado 6 meses en el año en curso (dice que, originalmente se requerían 360 horas) y que obtengan calificación favorable en la evaluación de desempeño realizada dicho mes.

Advierte, que el requisito de trabajo efectivo se exige también para ser evaluado en el desempeño, al establecer que no son elegibles quienes hayan trabajado menos de la mitad del ciclo a evaluar. Entonces, los trabajadores que no

cumplen los requisitos para ser evaluados son castigados con la pérdida de los beneficios de reajustabilidad y del Bono Partner. Agrega que esta doble exigencia de trabajo efectivo, tanto para obtener el Bono Partner o como pre requisito para la evaluación de desempeño, afecta principalmente a las madres trabajadoras, quienes no pueden acceder a esos beneficios cuando hacen uso de su descanso pre y post natal.

Al respecto, explica en relación al Bono Partner, que el año 2013 la empresa habría eliminado el sistema de compensaciones denominado Bean Stock, y en su lugar entregaría el Bono Partner, el cual se pagaba el mes de noviembre de cada año, una vez cumplidos los requisitos de antigüedad laboral (contratación antes del 1° de mayo), tiempo de trabajo efectivo (mínimo de 360 horas trabajadas en el respectivo año) y evaluación de desempeño favorable en septiembre (calificación "cumple expectativas" o superior).

Manifiesta, que los requisitos señalados precedentemente, fueron modificados unilateralmente por la empresa al año 2016, al ser pagado recién el 15 de diciembre, en circunstancias que se cancelaba junto a la remuneración en el mes de noviembre y, además de la calificación "cumple expectativas" y de la antigüedad (contratación antes del 1° de mayo), se aumentó el requisito de trabajo efectivo de 360 horas a un mínimo de 6 meses de trabajo efectivo en el año calendario para su otorgamiento.

Precisa, que la modificación al procedimiento para la obtención del Bono Partner no fue la única, dado que también fueron modificados los requisitos para ser sujeto de evaluación y alcanzar la calificación requerida para el otorgamiento de dicho bono, al exigir que el trabajador haya prestado servicios al menos la mitad del período objeto de evaluación.

Acompaña listado de trabajadoras quienes habrían sido perjudicadas por las modificaciones unilaterales implementadas por su empleador a partir de noviembre del año 2016, todas ellas madres trabajadoras que hicieron uso del descanso de maternidad previsto en los artículos 195 y siguientes del Código del Trabajo.

En relación a la reajustabilidad, señala que en marzo de cada año, su empleador determina a qué trabajadores les otorgará un reajuste de sueldo. Para dicho efecto, exige cumplir con 3 requisitos: evaluación de desempeño favorable, antigüedad laboral y trabajo efectivo (mínimo 6 meses). Donde, si la calificación obtenida por el trabajador es "cumple las expectativas", "supera las expectativas" o "siempre supera las expectativas" recibe un incremento salarial progresivamente mayor; por el contrario, si obtiene un "debe mejorar", no recibe aumento alguno.

Finaliza indicando que el procedimiento empleado para la reajustabilidad, señalado precedentemente, también perjudica a las madres trabajadoras que hacen uso del descanso de maternidad, al exigir el procedimiento de calificación, como pre requisito de elegibilidad para el incremento de la remuneración, un mínimo de 6 meses de trabajo efectivo.

Precisado lo anterior, cabe hacer presente que en conformidad al principio de contradicción e igualdad de los interesados, esta Dirección confirió traslado de la referida solicitud de pronunciamiento al empleador, quien a través de presentaciones señaladas en el Ant. 8) y 10) expuso que el Bono Partner tiene como objetivo reconocer y retribuir tanto el desempeño como el aporte efectivo a los resultados financieros, operacionales y de servicio a la tienda a la que pertenece el trabajador.

Agrega que lo que pretende la compañía, es compensar de manera directa al trabajador por el aporte realizado, teniendo como base una antigüedad mínima, un tiempo mínimo de trabajo efectivo y su evaluación de desempeño.

Señala que respecto del Bono Partner, a aquellos trabajadores que no cumplen con el requisito de 180 días efectivos trabajados en el año en curso en que se devengue el pago equivalente a un 50% del bono, a causa de una licencia médica prolongada por enfermedad catastrófica, o bien licencia médica por prenatal,

postnatal y/o permiso postnatal parental, se considera la última Evaluación de Desempeño recibida, de forma tal, que por el sólo hecho de estar imposibilitados de asistir a trabajar, pueda de igual forma reconocerse su aporte a los resultados de la Empresa, siempre y cuando la última Evaluación de Desempeño tenga la categoría mínima "Cumple Expectativas".

Expresa, respecto a la modificación unilateral de los requisitos para acceder al Bono Partner de 360 horas a 6 meses en el año, que desde su otorgamiento al año 2013, nunca se ha considerado dentro de las variables el cumplimiento de 360 horas laborales.

En relación al incremento de la remuneración, expresa, que tiene por objeto compensar a cada trabajador de manera diferenciada según su aporte a la compañía, el cual se mide por el cumplimiento de las metas por competencia y queda expresado formalmente a través de la Evaluación de Desempeño que se realiza anualmente.

Aclara respecto a la elegibilidad para el incremento de la remuneración, que el trabajador debe contar con una evaluación de desempeño anual, del año inmediatamente anterior en que comenzará a regir el nuevo reajuste, y encuadrarse como mínimo en la categoría "Cumple Expectativas", y que en el caso de los trabajadores que no cuentan con una evaluación de desempeño el año inmediatamente anterior, en que comienza a regir el nuevo reajuste, por licencia médica prolongada, como es el caso de las madres trabajadoras que han hecho uso del descanso de maternidad, pueden optar al reajuste para incremento de la remuneración, considerando la última evaluación de desempeño recibida, siempre cuando ésta sea como mínimo en la categoría "Cumple Expectativas".

Finaliza acompañando documento sobre "Procedimiento Bono Partner" y "Procedimiento Evaluación de Desempeño", el cual aparece emitido con fecha 01.04.2017, éste en su parte pertinente expresa lo siguiente:

*"7.- Requisitos para acceder al pago del bono Partner.*

*Para ser beneficiario del Bono Partner o alguna parte de éste, el Trabajador (a) debe cumplir con los siguientes requisitos:*

*a) Poseer al momento del pago del bono, contrato vigente e indefinido con la compañía.*

*b) Tener contrato vigente al 15 de junio de cada año.*

*c) Haber prestado servicios a la compañía durante 180 días como mínimo (6 meses), durante el periodo evaluado, salvo las condiciones especiales y excepciones indicadas en el punto 10 del presente procedimiento.*

*d) Tener al menos una Evaluación de Desempeño, y con resultado en la categoría "Cumple las Expectativas" como mínimo."*

*"10. Condiciones Especiales y Excepciones*

*...*

*b) Si el trabajador no cumple con el requisito de prestar servicios durante al menos 180 días en el año en curso, no tendrá derecho al Bono de ese periodo.*

*Esto aplica incluso para aquellas personas que cuentan (sic) con permiso sin goce de sueldo u otra condición.*

*c) No obstante lo indicado en el punto b) del mismo numeral, en aquellos casos que el Trabajador no cumpliera con el requisito de prestar servicios durante al menos 180 días en el año en curso, a causa de una licencia médica por prenatal, postnatal y/o permiso postnatal parental se considerará, para efectos de los requisitos estipulados en el punto 7 del presente procedimiento, los resultados de la última Evaluación de Desempeño de mediados de año recibida."*

Con respecto al Procedimiento de Evaluación de Desempeño, el documento acompañado por la empresa, en su página 9, respecto de lo pertinente, expresa lo siguiente:

*"Exigencias de Elegibilidad:*

*1) Tener 6 meses de antigüedad en la compañía, al momento del cierre del año, para Evaluación de Desempeño Anual.*

*2) Tener al menos 3 meses en la compañía y Contrato indefinido al momento de la Evaluación de Desempeño de Medio año."*

*"\* Partners No Elegibles:*

*A los Partners que tienen menos de 6 meses en la compañía, al momento de la Evaluación de Desempeño Anual o, se les deberá entregar el formato de Evaluación de Desempeño correspondiente al cargo (que incluye las Responsabilidades Críticas), para que lo lean y se los devuelvan firmados, en señal de toma de conocimiento de los elementos que se considerarán en la Evaluación de Mitad y/o Final de Año.*

*Por lo tanto, no serán elegibles Partners que hayan trabajado menos de la mitad del Ciclo de Evaluación ej.: ED de mitad de año (menos de 3 meses) ED Anual (menos de 6 meses)"*

Por su parte, del informe evacuado por el fiscalizador Sr. Francisco Cornejo Prado, dependiente de la Inspección Comunal del Trabajo Santiago Oriente, complementado por informes del Ant. 3) y 4), aparece que de los antecedentes recabados a través del procedimiento de fiscalización llevado a cabo en la empresa, comparados con los antecedentes expuestos por el Sindicato y la empresa, pudo establecer que el procedimiento para el Beneficio del Bono Partner, actualmente vigente es el contenido en el documento sobre "Procedimiento Bono Partner" de fecha 01.04.2017, el cual expresa que el bono se compone de dos partes iguales asociadas a la antigüedad del trabajador en la empresa, donde el primer 50% del bono corresponde al periodo de tiempo trabajado en el segundo semestre del año anterior, y el segundo 50% del bono corresponde al periodo de tiempo trabajado en el primer semestre del año en curso. Ahora bien, para acceder al bono, existen tres condiciones que permiten definir a qué parte de los dos componentes del bono el trabajador tiene derecho, así, si el trabajador ingresa a la compañía como fecha tope 30 de abril del año anterior, tendrá opción de ganar el 100% del bono, siempre que cumpla los demás requisitos, si el trabajador ingresó entre el 1 de mayo del año anterior y el 30 de mayo del año en curso, éste tendrá la opción de ganar el 50% del bono, y si el trabajador ingresa a la compañía después del 30 de mayo del año en curso no tendrá derecho a recibir bono.

Se obtiene además, que los requisitos para acceder al bono, o a algún porcentaje de éste, consisten en poseer al momento del pago del bono, contrato vigente e indefinido con la compañía, haber sido contratado antes del 30 de mayo de cada año, tener al menos 180 días trabajados durante el año en curso, salvo las condiciones especiales definidas en el mismo documento, y tener al menos una Evaluación de Desempeño con resultado final en categoría "cumple expectativas", como mínimo.

Agrega que las condiciones especiales definidas en el documento presentado por la empresa, consisten en las establecidas en el punto 1.4. denominado Condiciones Especiales y Excepciones, las que en relación al particular, señalan que si el trabajador no cumple con el requisito de totalizar 180 días de trabajo en el año en curso, no tendrá derecho al bono de ese período, lo que se aplicaría incluso a aquellas personas que cuentan con permiso sin goce de sueldo, licencias médicas u otra condición, salvo se tratase de una licencia médica prolongada por enfermedad catastrófica o bien licencia médica pre natal, post natal y/o permiso post natal parental se considerará la última evaluación de desempeño.

Cabe advertir, que el fiscalizador a cargo, tanto en su informe de fiscalización en el Ant. 6), como en la reiteración del Ant.4), da cuenta sobre la negativa de la empresa para aportar antecedentes necesarios para la fiscalización, los cuales refieren al procedimiento empleado para el pago del Bono Partner durante los años 2013 al 2015, entregando explicaciones las cuales son inaceptables para esta Entidad

fiscalizadora, dada la envergadura de la investigación, que atañe a la modificación unilateral de beneficios contractuales que afectan la remuneración de los trabajadores, lo anterior, no hace sino presumir por este organismo fiscalizador, que estaría eludiendo dar cuenta del cambio de las condiciones contractuales, máxime si el documento que acompaña para acreditar el procedimiento empleado data del año 2017.

Es preciso señalar que a través de correo electrónico de Ant. 7) y 2), el presidente del Sindicato, Sr. Andrés Giordano, insistió en la modificación unilateral por parte de la empresa al procedimiento efectuado para la obtención del Bono Partner, a partir del año 2016, acompañando antecedentes de los requisitos exigidos durante los años 2013 al 2015, que consisten en las comunicaciones enviadas por la empresa para la obtención del Bono Partner, y que dan cuenta de la exigencia de 360 horas de trabajo efectivo en el año.

Ahora bien, en relación con la situación que afectaría a las trabajadoras de la planilla adjunta por el Sindicato en su presentación del Ant 1), quienes habrían hecho ejercicio del descanso de maternidad durante el año contemplado para el pago del Bono el año 2016, el fiscalizador a cargo verifica lo siguiente:

	2013 Noviembre	2014 Noviembre	2015 Noviembre	2016 Diciembre	Fecha ingreso
Daniela Pino Monserrat	\$134.793	\$277.395	\$290.468	\$147.865	04.06.2007
Makarena Sánchez González	\$134.793	\$277.395	\$370.771	\$228.168	20.08.2012
Katherine Valdés Martínez	\$91.904	\$234.507	\$290.468	\$147.865	12.09.2011
María Rodríguez Miranda			\$0	\$0	03.08.2015
Isabel Arévalo Zapata	\$91.904	\$189.133	\$97.299	\$0	03.12.2012
Nicole Cádiz Arancibia			\$0	\$0	03.08.2015
Aillen Arellano Pastén			\$0	\$0	02.02.2015
Paola Marchant Mardones		\$97.229	\$197.930	\$100.701	03.03.2014
Verónica Charlin Urrutia	\$134.793	\$277.395	\$290.468	\$147.865	07.06.2010
Mónica Canelo Oyarce	\$171.554	\$391.940	\$448.554	\$147.865	07.06.2010
Alejandra Correa Duarte		\$97.229	\$197.930	\$100.701	08.07.2013
Nicole Espinoza Roga	\$91.904	\$234.507	\$290.468	\$147.865	02.04.2012
Alexandra Valenzuela Escalante		\$97.229	\$197.930	\$100.701	17.02.2014

Del cuadro anterior, se verifica que efectivamente el pago del Bono durante los años 2013 al 2015, se canceló el mes de noviembre de 2015, y además, se confirma notoriamente una pérdida en la bonificación cancelada en diciembre del año 2015 respecto de la del año anterior, en todas las trabajadoras señaladas precedentemente y que hicieron ejercicio de los permisos de maternidad en el periodo evaluado, más notorio aun, es el caso de las trabajadoras que no contaban con una evaluación de desempeño anterior, las que fueron perjudicadas con la pérdida del aludido bono al año 2016.

Lo anterior, no se encuentra ajustado a derecho ni a la doctrina de esta entidad fiscalizadora, en atención a que las trabajadoras señaladas se encontraban en cumplimiento del contrato y los demás requisitos para su obtención, no pudiendo acceder a éste por encontrarse en ejercicio de un derecho lícito de suma protección en nuestro ordenamiento jurídico, el cual es la maternidad y la vida familiar, y en ese sentido, deviene discriminatoria la medida por sus efectos adversos, al no entregar una posibilidad efectiva para que la mujer en su condición de madre trabajadora acceda a la obtención del Bono y al reajuste para el incremento de su remuneración, si ésta conlleva como requisito el trabajo efectivo de a lo menos 180 días (6 meses) durante el año a evaluar.

No altera el reproche de discriminación, la alternativa propuesta por la empresa en el punto 10 del documento emitido con fecha 01.04.2017, respecto a utilizar en este caso la última evaluación de desempeño de la trabajadora por cuanto en algunos casos no existe y en otros derechamente corresponde a otro tiempo a evaluar, aquí la madre trabajadora, tiene cabal conocimiento del contenido del contrato lo que incluye las normas sobre protección a la maternidad, paternidad y vida familiar, y por lo tanto, no puede sino ajustarse a esos derechos protectivos establecidos en su beneficio y los del menor, no pudiendo renunciar a estos, entonces, la exigencia de a lo menos 6 meses de trabajo efectivo para la obtención de bonificaciones o reajustes para el incremento de remuneración, opera como una desigualdad de trato para la mujer trabajadora al no encontrarse en condiciones de igualdad para competir con otros trabajadores.

En ese sentido, el dictamen N° 3704/134, de 11.08.2004, expresa *"la no discriminación no supone una obligación de igualdad simétrica o de efectiva contratación para un sujeto perteneciente a un determinado colectivo (mujeres, etnias, nacionales, etc.) sino que la efectiva posibilidad de competir en condiciones equivalentes con otros sujetos sin que medie el establecimiento de condicionantes, directas o indirectas, que no digan relación con las competencias para el desarrollo de un determinado empleo."*

A mayor abundamiento, el dictamen N° 4951/078, de 10.12.2014, sostuvo en relación a la actual normativa protectora de la maternidad, paternidad y vida familiar, a propósito de la modificación introducida por ley N° 20.764 de 18.07.2014, que la finalidad perseguida por el legislador tiene por objeto armonizar el trabajo con la vida familiar y personal, teniendo presente las contingencias sociales que puedan afectar a los sujetos y a los que de ellos dependen, sin que ello importe una disminución de otros derechos inherentes a la relación laboral.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1801, considerandos 13 y 24 indica: *"Las licencias médicas constituyen sin distinción un derecho de los funcionarios públicos y trabajadores del sector privado, que forma parte de su régimen de seguridad social, tendiente a permitirles enfrentar adecuadamente las contingencias derivadas de los riesgos involuntarios que puedan afectarlos en relación con su salud, no pudiendo importar una disminución de los demás derechos que como el derecho a la remuneración, son inherentes a la relación funcionaria o laboral..."*(STC 1801, cc 13 y 24).

Ahora bien, no obstante lo señalado precedentemente, cabe advertir, que esta Dirección del Trabajo, a través del dictamen N° 1467/68, de 24.03.1997, señaló que no se ajusta a derecho un sistema de evaluación de desempeño que considere las inasistencias por licencias médicas como un subfactor de evaluación, el Ord. N° 4032, de 16.10.2014, precisó que *"No resulta jurídicamente procedente establecer un sistema de incentivo remuneracional que haga depender la*

*obtención del beneficio de la circunstancia de que el trabajador no haga uso de su derecho a gozar de licencia médica por enfermedad común*", y el Ord. N° 5761, de 09.11.2015, reforzó la idea respecto de que ningún pacto ni directa ni indirectamente puede contener un perjuicio económico para el trabajador que hace ejercicio de una licencia médica.

En consecuencia, atendido los argumentos y disposiciones esgrimidas, forzoso resulta concluir que no resulta ajustado a derecho exigir a las madres trabajadoras que hacen uso de sus permisos de maternidad establecidos en los artículos 195 y siguientes del Código del Trabajo, 6 meses de trabajo efectivo como requisito directo o indirecto para acceder a asignaciones, bonificaciones o reajustes de incremento de la remuneración.

Ahora bien, en relación a la modificación unilateral de las asignaciones o bonificaciones, es del caso precisar 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.

Entonces, en conformidad al mandato del artículo 5 inciso final del Código del Trabajo y al reiterado criterio sostenido por esta Dirección del Trabajo, los beneficios que, con motivo de la relación laboral, una empresa otorga a uno o más trabajadores en virtud del pacto expreso o tácito de ambas partes, no pueden ser

eliminados ni alterada la forma en la que se entregan, sin que medie al efecto el correspondiente acuerdo de los contratantes, resultando entonces improcedente que dicha eliminación o cambio de modalidad se produzca por la mera voluntad unilateral del empleador.

Al respecto, esta Dirección del Trabajo, permanentemente ha arribado a conclusiones como la contenida en el Ord. N°4696/270 de 1999, texto que, en lo que interesa, dice:

*"Sobre este particular cabe hacer presente que la obligación de Envases S.A.C.I. de pagar el bono o incentivo de producción en análisis emana del contrato colectivo suscrito con la organización sindical constituida en la empresa, por lo que es posible sostener que la misma debe ser cumplida en los términos convenidos, sin que sea jurídicamente procedente que el empleador en forma unilateral, esto es, sin el consentimiento de los respectivos trabajadores, altere, modifique o sustituya el beneficio a que el señalado acuerdo se refiere.*

*Lo anterior encuentra su fundamento en 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 su consentimiento mutuo o sus causas legales".*

*De la norma legal precedentemente transcrita se infiere que "el contrato legalmente celebrado constituye una verdadera ley particular a la que deben sujetarse los contratantes en sus mutuas relaciones, del mismo modo que a las leyes propiamente dichas". (Ramón Meza Barros, Manual de Derecho Civil, Tomo I, pág. 23).*

*De ello se sigue que un contrato válido debe respetarse y cumplirse en los términos convenidos, salvo que las partes, de común acuerdo convengan abolirlo o que la ley autorice expresamente dejarlo sin efecto por determinadas causas."*

Por su parte, tratándose de aquellos beneficios que han tenido origen en cláusulas tácitas incorporadas al contenido de la relación laboral, también desde antaño este Servicio ha mantenido igual criterio. Ejemplo de ello es el dictamen 2739/0218 de 05.07.2000 que, en extracto, establece:

*"(...), es posible concluir, entonces, que una relación laboral expresada a través de un contrato de trabajo escriturado, no solo queda enmarcada dentro de las estipulaciones del mismo, sino que deben también entenderse como cláusulas incorporadas al respectivo contrato las que derivan de la reiteración del pago 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 lapso 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, la que debe entenderse como parte integrante del contrato respectivo.*

*(...)*

*Analizado el caso que nos ocupa a la luz del precepto legal en comento y consideraciones expuestas en párrafos que anteceden, preciso es convenir que la modalidad aplicada por la empleadora en forma reiterada en el tiempo, más de tres años, en orden a otorgar el beneficio en comento, constituye una cláusula tácita incorporada a los respectivos contratos individuales como una condición más de la relación laboral.*

*Ahora bien, configurando dicha modalidad una estipulación tácita, preciso es convenir que ella no puede ser dejada sin efecto, sino por consentimiento mutuo de las partes contratantes o por causas legales, de conformidad a lo prevenido por el artículo 1545 del Código Civil: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales."*

Analizada la situación en consulta a la luz de los preceptos legales y de la doctrina institucional analizada, preciso es convenir que, el beneficio Bono Partner constituye una cláusula incorporada al contrato individual de trabajo de los beneficiarios a partir del año 2013, que como tal no puede ser alterada unilateralmente por el empleador.

En consecuencia, sobre la base de todo lo expuesto y consideraciones anotadas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1.- No resulta ajustado a derecho exigir a las madres trabajadoras que hacen uso de sus permisos de maternidad establecidos en los artículos 195 y siguientes del Código del Trabajo, 6 meses de trabajo efectivo como requisito directo o indirecto para acceder a asignaciones, bonificaciones o reajustes de incremento de la remuneración.

2.- El beneficio Bono Partner constituye una cláusula incorporada al contrato individual de trabajo de los beneficiarios a partir del año 2013, que como tal no puede ser alterada unilateralmente por el empleador.

3.- Para dar cumplimiento al artículo 63 del Código del Trabajo, las partes de la relación laboral deberán acordar la forma de saldar la deuda de la empleadora con sus dependientes, de no alcanzarse acuerdo, podrá requerirse la intervención de la Inspección del Trabajo correspondiente, y en última instancia, exigir el pago ante los Tribunales del Trabajo.

Saluda a Ud.,

  
**LORETO BARRERA PEDEMONTI**  
 ABOGADA  
 JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)  
 DIRECCIÓN DEL TRABAJO



RGR/MESS  
 Distribución:

- Dest.
- Jurídico.
- Partes.
- Control