



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E 14028 (888) 2019

3551

ORDINARIO: _____/

ACTUACION

Aplica doctrina.

MATERIA:

Contrato de trabajo.

RESUMEN:

- 1) Con excepción de lo señalado en el artículo 12 del Código del Trabajo, el empleador no se encuentra facultado para modificar unilateralmente las funciones de su personal o las condiciones en que estas deben prestarse, debiendo contar para ello con el acuerdo de los respectivos trabajadores y materializarse en el respectivo anexo de contrato.
- 2) El empleador no estaría dando cumplimiento a la finalidad establecida por el legislador en el artículo 10 N°4 del Código del Trabajo, esto es, otorgar certeza a los trabajadores respecto del pago de sus remuneraciones, al no encontrarse claramente establecidas en el contrato de trabajo o en un anexo, las comisiones denominadas "premios", ni el monto de estas.
- 3) El trabajador se encuentra obligado a cumplir las estipulaciones establecidas en el contrato de trabajo, sea que estas se encuentran escrituradas o no.
- 4) El hecho que la obligación de desempeñar funciones en terreno no conste expresamente en el contrato de trabajo, no exime al empleador del cumplimiento del deber de protección que le ha impuesto la ley.
- 5) La materia planteada incide en una situación de hecho cuya resolución no compete a este Servicio, sino que a los Tribunales de Justicia, único organismo facultado tanto para recibir los medios probatorios ofrecidos por las partes, como para apreciarlos y resolver conforme al mérito de éstos.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 24.06.2019 Jefe Departamento Jurídico y Fiscal de la Dirección del Trabajo.
- 2) Presentación de 29.05.2019, de Sindicato Nacional de Trabajadores AFP Provida S.A.
- 3) Ordinario N°1849, de 17.05.2019, de Jefa Unidad Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.

Jurídico

4) Presentación de 26.04.2019, de Sindicato Nacional de Trabajadores AFP Provida S.A.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL

**A : SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES AFP PROVIDA S.A.
sindiconacional@sindicatoprovida.cl**

Mediante presentación del antecedente 4), han solicitado un pronunciamiento jurídico de esta Dirección, respecto del cambio de funciones que estaría afectando a los trabajadores que se desempeñan como ejecutivos previsionales, sin que el trabajador pueda manifestar su aceptación a las nuevas condiciones impuestas por su empleador.

Señalan que el empleador ha ofrecido a los trabajadores que se desempeñan en agencias, como ejecutivos previsionales, la posibilidad de realizar traspasos a clientes, labor que realizan en terreno los ejecutivos de ventas, sin que esta modificación conste por escrito.

Agregan que las comisiones denominadas "premios" no están establecidas en el contrato de trabajo ni en los anexos de este. Además, son más bajas que las de los ejecutivos de venta.

Plantean, también, que esta práctica se encuentra tan extendida que para quienes se rehúsan a efectuarla significa una presión indebida, a través de constantes comparaciones con los colegas que si la efectúan.

Finalmente, indican que los trabajadores no tienen certeza respecto de la protección laboral en caso de accidentes que ocurran en terreno o en el trayecto, ya que por contrato su lugar de trabajo es la agencia a la que pertenecen.

Precisado lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

"1.- Si la venta en terreno, al ser un cambio de condiciones laborales, requiere de un anexo o modificación contractual, y si la modificación informal en sí constituye un abuso del ius variandi.

2.- Si las remuneraciones denominadas "premios", cuyo origen sería extracontractual, deben cumplir con alguna formalidad al ser ofrecidas a los trabajadores, teniendo en consideración la protección de las remuneraciones y la certeza jurídica.

3.- Si la masificación de la práctica de favorecer las ventas en terreno, importaría una presión indebida en contra de los trabajadores que no quieren desarrollar labores de venta, y cómo debe el empleador salvaguardar la libertad de decidir de quienes no quieren desempeñar labores de venta.

4.- Si el empleador debe tomar alguna medida para garantizar la protección de los trabajadores que se desempeñan en terreno, cuando esta obligación no figura en su contrato.

5.- *Si existe discriminación al remunerar de distinta manera la venta que efectúa un trabajador que se desempeña como ejecutivo previsional y la que efectúa un ejecutivo de ventas.*"

Al respecto, cabe hacer presente que con el objeto de dar cumplimiento al principio de bilateralidad de la audiencia, se puso en conocimiento de la empresa la presentación en referencia, a través del ordinario del ANT. 3), solicitándole la expresión de sus puntos de vista sobre la materia consultada, trámite que no fue evacuado.

Atendido lo expuesto, cabe considerar los siguientes aspectos sobre cada una de las preguntas formuladas:

1.- Si la venta en terreno, al ser un cambio de condiciones laborales, requiere de un anexo o modificación contractual, y si la modificación informal en sí constituye un abuso del ius variandi.

Al efecto, se debe considerar lo dispuesto en el N°3 del artículo 10 del Código del Trabajo, que dispone:

"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. El contrato podrá señalar dos o más funciones específicas, sean éstas alternativas o complementarias;"

Por su parte, el inciso 3° del artículo 5° del citado cuerpo legal, establece:

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

A su turno, el inciso 1° del artículo 11 del mismo cuerpo legal, prescribe:

"Las modificaciones del contrato de trabajo se consignarán por escrito y serán firmadas por las partes al dorso de los ejemplares del mismo o en documento anexo."

Del análisis de las disposiciones legales citadas y de la reiterada y uniforme doctrina del Servicio sobre la materia, contenida, entre otros en dictámenes Nos. 2855/161, de 30.08.2002 y 2298/053, de 29.05.2017 y en Ordinario N°4597, de 08.09.2016, se desprende que dentro de las menciones obligatorias del contrato de trabajo está aquella referida a la determinación de la naturaleza de los servicios prestados, en virtud de la cual se debe establecer o consignar, en forma clara y precisa, el trabajo específico para el cual ha sido contratado el trabajador.

De dichas normas también es posible concluir que el consentimiento es un elemento de la esencia del contrato de trabajo, pues tanto su perfeccionamiento como sus modificaciones requieren el acuerdo de voluntades de ambas partes y constar por escrito en el mismo documento, no siendo procedente, por tanto, la modificación unilateral de las estipulaciones contractuales, sean éstas expresas o tácitas.

Sin perjuicio de lo anterior, nos encontramos con la institución del *ius variandi*, consagrada en el artículo 12 del Código del Trabajo, que constituye una excepción a la consensualidad del contrato de trabajo al permitir al empleador modificar, bajo las

modalidades previstas por el legislador, las condiciones acordadas por ambos contratantes, en virtud de su potestad o poder de dirección.

Ahora bien, como ha sostenido el Servicio en dictamen N°3351/0185, de 09.06.1997, dicha potestad no puede significar *en caso alguno dejar de ser una legítima manifestación de la facultad de mando del empleador, puesto que de ser así pasaría a ser un abuso del derecho*, y, en consecuencia, si el empleador desea alterar unilateralmente la naturaleza de los servicios, debe tratarse de labores similares a las convenidas y que no importen un menoscabo para el trabajador, entendiéndose por tal todo hecho o circunstancia que determine una disminución del nivel socio-económico del trabajador en la empresa, tales como mayores gastos, una mayor relación de subordinación o dependencia, condiciones ambientales adversas, disminución del ingreso, imposibilidad de trabajar horas extraordinarias, diversa frecuencia de los turnos, etc.

Sobre la base de los antecedentes aportados (contrato de trabajo) y lo expuesto en su presentación, los trabajadores por los que se consulta, contratados como ejecutivos previsionales, tienen como función principal la atención de público, la que deben desempeñar en cualquiera de las oficinas de AFP Provida. A estos trabajadores el empleador les ha ofrecido, según sus dichos, realizar traspasos de AFP a clientes, labor que sería propia de un ejecutivo de ventas y que se realiza fuera de la sucursal, sin que se haya suscrito el anexo de contrato que dé cuenta de dicha modificación o, en algunos casos, sin que se haga entrega de una copia del mismo.

Conforme a lo señalado y a las normas y doctrina administrativa citadas, no existe inconveniente en que el empleador ofrezca a los trabajadores ejecutar funciones complementarias a las principales pactadas en el contrato de trabajo y que, en aplicación de la autonomía de la voluntad, las partes estén de acuerdo en aquello. Eso sí, el empleador no se encuentra facultado para modificar unilateralmente las funciones de su personal o las condiciones en que estas deben prestarse, debiendo contar para ello -como se señaló- con el acuerdo de los respectivos trabajadores y materializarse en el respectivo anexo de contrato.

Por otro lado y en caso de que proceda, la conducta del empleador debe enmarcarse en el ejercicio del *"ius variandi"*, en lo relativo a alterar la naturaleza de los servicios, por cuanto esta facultad, como ya se señaló, exige el cumplimiento de condiciones copulativas: primero, que se trate de labores similares, y segundo que el cambio no importe un menoscabo para el trabajador.

2.- Si las remuneraciones denominadas "premios", cuyo origen sería extracontractual, deben cumplir con alguna formalidad al ser ofrecidas a los trabajadores, teniendo en consideración la protección de las remuneraciones y la certeza jurídica.

Sobre el particular, cabe considerar lo dispuesto en el N°4 del artículo 10 del Código del Trabajo, que señala:

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

4.- monto, forma y período de pago de la remuneración acordada;"

De la disposición legal transcrita se colige que la remuneración es una estipulación mínima del contrato de trabajo que el legislador ha exigido con el propósito de que el trabajador tenga cabal conocimiento de la retribución a la cual tiene derecho por la prestación de los servicios convenidos.

El carácter consensual del contrato de trabajo, a que se ha hecho referencia en el punto anterior, determina que la cláusula que regule la remuneración de los trabajadores afectos al mismo, como toda modificación que se pretenda introducir al respecto, también deberá ser acordada entre las partes de la relación laboral.

De acuerdo a los hechos expuestos en su presentación, el empleador no estaría dando cumplimiento a la finalidad establecida por el legislador en el artículo citado, esto es, otorgar certeza a los trabajadores respecto del pago de sus remuneraciones, al no encontrarse claramente establecidas, en el contrato de trabajo o en un anexo, las comisiones denominadas "premios" ni el monto de estas. Con todo, esta situación debe ser verificada a través de procedimiento de fiscalización respectivo, motivo por el cual debe requerir de la misma ante la Inspección del Trabajo respectiva, lo que podría hacer variar la conclusión expuesta.

3.- Si la masificación de la práctica de favorecer las ventas en terreno, importaría una presión indebida en contra de los trabajadores que no quieren desarrollar labores de venta, y cómo debe el empleador salvaguardar la libertad de decidir de quienes no quieren desempeñar labores de venta.

Tal como se señaló en la respuesta a la consulta N°1, de acuerdo a las normas contenidas en los artículos 5° inciso 3° y 11 inciso 1° del Código del ramo, el consentimiento constituye un elemento de la esencia del contrato de trabajo, toda vez que tanto su perfeccionamiento como las modificaciones que se pretendan incorporar al mismo requieren del acuerdo de voluntades de ambas partes, la que debe constar en el mismo documento.

Ahora bien, respecto de los trabajadores en cuyos contratos no se expresaría ni se determinaría la función de ejecutivos de ventas, es necesario determinar si la función ha sido convenida de manera tácita, pues, de acuerdo a la doctrina del Servicio, contenida en dictamen N°2346/149, de 14.05.1993, "(...) una relación 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 de pago u omisión de determinados beneficios, o de prácticas relativas a funciones, jornada, 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."

En consecuencia, el trabajador se encuentra obligado a cumplir las estipulaciones establecidas en el contrato de trabajo, sea que estas se encuentran escrituradas o no.

Cualquier otro tipo de exigencias o presiones por parte del empleador para que los ejecutivos previsionales realicen labores de venta en terreno debe ser constatada, en su casa, a través del procedimiento de fiscalización respectivo.

4.- Si el empleador debe tomar alguna medida para garantizar la protección de los trabajadores que se desempeñan en terreno, cuando esta obligación no figura en su contrato.

El inciso 1° del artículo 184 del Código del Trabajo dispone que:

“El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.”

Del precepto legal precedentemente transcrito se desprende el deber general de protección que recae sobre el empleador, en virtud del cual tiene la obligación de adoptar todas las medidas pertinentes para que el desarrollo de las labores no signifique al trabajador riesgo a su integridad física y psíquica, manteniendo las condiciones de higiene y seguridad adecuadas, y proporcionando los implementos para evitar accidentes y enfermedades profesionales, que garanticen una eficaz protección.

A mayor abundamiento, esta Dirección en Dictamen N°5469/292, de 12.09.1997, ha sostenido que *“La obligación de protección es un deber genérico, cuyo contenido no queda exclusivamente circunscrito a las disposiciones legales expresas sobre la materia, sino también por la naturaleza de las circunstancias en que el empleador esté en condiciones de salvaguardar los intereses legítimos del trabajador.”*

Como ya se señaló, el contrato individual de trabajo es consensual, por lo que deben entenderse incorporadas a él no sólo las estipulaciones que en él aparezcan consignadas por escrito, sino que también aquellas no escritas en dicho documento, pero que emanan del acuerdo de voluntad de las partes contratantes, por lo que el hecho que la obligación de desempeñar funciones en terreno no conste expresamente en el contrato de trabajo no exime al empleador del cumplimiento del deber de protección que le ha impuesto la ley.

5.- Si existe discriminación al remunerar de distinta manera la venta que efectúa un trabajador que se desempeña como ejecutivo previsional y la que efectúa un ejecutivo de ventas.

Como ya se señaló, de acuerdo a lo dispuesto en el N°4 del artículo 10 del Código del Trabajo, el monto de la remuneración constituye una estipulación mínima del contrato de trabajo que obedece al libre acuerdo entre empleador y trabajador.

Sin embargo, todo empleador ha de respetar el principio de no discriminación arbitraria que deriva del principio de igualdad ante la ley reconocido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y que encuentra materialización concreta en el ámbito laboral en los artículos 19 N°16 inciso 3° de la Constitución (que establece: *“Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”*) y en el artículo 2° del Código del Trabajo, cuyos incisos 3°, 4° y 5° disponen:

“Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación."

Al efecto, cabe indicar que la materia planteada incide en una situación de hecho cuya resolución no compete a este Servicio, sino a los Tribunales de Justicia, único organismo facultado tanto para recibir los medios probatorios ofrecidos por las partes, como para apreciarlos y resolver conforme al mérito de éstos.

Finalmente, sin perjuicio de todo lo expuesto en el presente informe, cualquier irregularidad en relación con los hechos expuestos en su presentación, como sería la alternación o modificación unilateral por parte del empleador de cláusulas contractuales o la falta de certeza de las mismas, constituiría una infracción a las normas laborales vigentes, susceptible de ser fiscalizada y eventualmente sancionada por este Servicio en uso de las facultades que le confiere su ley orgánica, para cuyo efecto, si así lo estiman pertinente, pueden efectuar la denuncia ante la Inspección Provincial o Comunal que corresponda, para que se disponga el procedimiento administrativo de rigor.

Saluda atentamente a Ud.,


DAVID ODDÓ BEAS
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCION DEL TRABAJO



MBA/MDM
Distribución:
- Jurídico
- Partes
- Control