



DEPARTAMENTO JURÍDICO  
K 11285(1921)/2014

5676

ORD N°: \_\_\_\_\_

*Jurídico*  
MAT.: Atiende presentación que indica.

ANT.: 1.-Instrucciones de 25.09.2015, de Jefe Departamento Jurídico.  
2.- Ord. N° 2473 de Inspectora Provincial del Trabajo de Santiago, recibido el 31.08.2015.  
3.-Ord. N° 1695, de 07.04.2015, de Jefe Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S)  
4.- Ord. N° 767, de 16.03.2015, de Inspectora Provincial del Trabajo de Santiago.  
5.- Ord. N° 601, de 25.02.2015, de Inspectora Provincial del Trabajo de Santiago.  
6.-Ord. 979, de 27.02.2015, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
7.-Ord. N° 4689, de 26.11.2014, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
8.- Respuesta a traslado Empresa Metro S.A., de 29.10.2014.  
9.-Ord. N° 3863, de 08.10.2014, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
10.-Presentación de 29.09.2014, de Sindicato de Vigilantes Privados de Empresa Transporte de Pasajeros de Metro S.A.

SANTIAGO,

04 NOV 2015

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SRES. SINDICATO DE VIGILANTES PRIVADOS DE EMPRESA DE  
TRANSPORTES METRO S.A.  
SANTIAGO

Mediante presentación citada en el antecedente 10) han solicitado un pronunciamiento de esta Dirección en orden a determinar la legalidad del régimen de descansos compensatorios aplicado por esa empresa respecto del personal de vigilantes afectos al turno "5x2 móvil". Requieren específicamente se determine si los trabajadores que deben laborar en días festivos pierden el derecho a gozar de un día de descanso en compensación al trabajo realizado en tales días, por el hecho de que el empleador pague las horas correspondientes como jornada extraordinaria.

Con el fin de dar cumplimiento al principio de bilateralidad, se puso en conocimiento de la empresa Metro S.A. la aludida presentación, para que exprese sus puntos de vista sobre el particular y remita los antecedentes que estimare pertinentes.

En respuesta a dicho requerimiento la señalada empresa, en lo que interesa, manifiesta que los vigilantes privados que allí laboran prestan servicios bajo diversas modalidades de turnos *"cuyo acuerdo lo expresan en los respectivos contratos de trabajo."* Entre dichos trabajadores están aquellos por quienes se consulta, esto es, los afectos al "turno "5x2 móvil" los cuales están afectos a una jornada exceptuada del descanso dominical y de días festivos en virtud del numeral 2, del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo, la cual se distribuye en cinco días.

Agrega que la empresa da cumplimiento a las normas sobre descanso semanal compensatorio previstas en el inciso 3° del mismo artículo, y que en caso de que en un período semanal se acumule más de uno, el que excede, se remunera en la forma prevista por la ley. Manifiesta igualmente que tal modalidad, aplicada por espacio de varios años, constituiría una cláusula tácita en tal sentido, por lo que los trabajadores involucrados no podrían alterarla en forma unilateral.

Argumenta finalmente, que el personal de que se trata se encuentra afecto a un instrumento colectivo de trabajo en el cual se acuerda la forma de remunerar tales días.

Sobre el particular, cúmpleme informar a Uds. lo siguiente:

El artículo 35 del Código del Trabajo en sus incisos 1° dispone:

*"Los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días."*

Por su parte, el artículo 38 del mismo Código, en sus incisos, 1°, 3° y 5°, previene:

*"Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:*

- 1. en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable;*
- 2. en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria;*
- 3. en las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados;*
- 4. en los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa;*
- 5. a bordo de naves;*
- 6. en las faenas portuarias;*
- 7. en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo. Con todo, esta excepción no será aplicable a los trabajadores de centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica, en lo relativo al feriado legal establecido en el artículo 169 de la Ley N° 18.700 y en el artículo 106 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, y*
- 8. en calidad de deportistas profesionales o de trabajadores que desempeñan actividades conexas."*

*"Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios, aplicándose la norma del artículo 36. Estos descansos podrán ser comunes para todos los trabajadores, o por turnos para no paralizar el curso de las labores."*

*“Cuando se acumule más de un día de descanso en la semana por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto, las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal. En este último caso, la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32. “*

Del análisis conjunto de las disposiciones legales antes transcritas y comentadas es dable inferir que nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla dos sistemas de descanso semanal: uno, que establece como días de descanso obligatorio los domingos y festivos de todo el año, y otro, exceptuado de dicho descanso.

El primero, previsto en el ya citado artículo 35 del Código del Trabajo, no faculta a las partes para distribuir la jornada de trabajo incluyendo los días domingo y festivos, por cuanto, como ya se dijera, éstos constituyen días de descanso obligatorio para los respectivos trabajadores

El segundo, regulado en el artículo 38 del mismo cuerpo legal, consagra el régimen exceptuado del descanso en domingo y festivos, en cuya virtud los dependientes que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas en los diversos numerales que dicho precepto contempla, pueden válidamente pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo que incluya dichos días, debiendo precisarse que en tal caso, las horas laboradas durante éstos solo darán derecho al pago de sobresueldo en tanto con ellas se exceda la jornada ordinaria semanal convenida.

De ello se sigue que en el régimen de excepción que contempla el artículo 38 en comento, los días domingo y festivos constituyen días normales de trabajo para los respectivos trabajadores, quienes, por lo tanto, están obligados a laborar en esos días.

Sin perjuicio de lo ya señalado, es necesario precisar que nuestro ordenamiento jurídico laboral se encarga de garantizar a los trabajadores afectos a este último régimen, un sistema de descanso semanal acorde a las condiciones derivadas de la respectiva prestación de servicios, estableciendo que tendrán derecho a gozar de un día de descanso a la semana, en compensación por el trabajo desarrollado en día domingo, y otro, por cada festivo en que hayan debido prestar servicios.

Según lo establecido por la misma disposición, en caso de que en una semana se acumule más de un día de descanso, las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de aquel o aquellos que excedan de uno semanal, estableciendo que ésta no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32 del Código del Trabajo, vale decir, a la remuneración de las horas extraordinarias de trabajo.

De ello se sigue, tal como lo ha sostenido invariablemente la doctrina institucional, que en el caso de los dependientes exceptuados del descanso dominical, la irrenunciabilidad de los descansos compensatorios ha sido prevista por el legislador sólo respecto de uno semanal- el correspondiente al domingo- pudiendo negociarse los restantes que se produjeren por el hecho de incidir uno o más festivos en la respectiva semana.

Ahora bien, según ya se señalara, tratándose de los descansos compensatorios que excedan de uno semanal, el citado artículo 38 faculta a las partes para convenir una especial forma de distribución de los mismos o que ellos no se otorguen efectivamente y que se laboren, remunerándoseles en una forma especial, lo cual permite afirmar que la opción por una de tales alternativas, exime al empleador de la obligación de otorgar descanso efectivo por la labor desarrollada en ellos.

Precisado lo anterior, cabe señalar que de los antecedentes tenidos a la vista, en especial, de los informes evacuados por el fiscalizador Sr. Luis

Calbún Miranda, dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, aparece que los trabajadores afectos al turno "5X2 móvil" están efectivamente exceptuados del descanso dominical y de días festivos, como asimismo, que su jornada laboral se distribuye en cinco días. De los mismos antecedentes aparece que la empresa compensa con un día de descanso el trabajo realizado en domingo y que cuando en el período semanal incide un festivo, lo remunera en la forma prevista en el inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, vale decir, con el recargo del 50% sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Del mismo informe aparece que tal modalidad, esto es, la de remunerar el día de descanso compensatorio que excede de uno semanal ha sido aplicada en forma reiterada en el tiempo- por lo menos desde el año 2012- circunstancia que en opinión de la empleadora, habría configurado una cláusula tácita que obligaría a los trabajadores a continuar operando en la misma forma, esto es, laborando el día de descanso semanal que excede de uno, con el pago correspondiente.

En cuanto a esta última argumentación, es necesario precisar que la jurisprudencia vigente de este Servicio en relación con las formalidades del acuerdo relativo a una especial forma de distribución o de remuneración del día de descanso compensatorio que exceda de uno semanal, se contiene en dictamen N° 0407/06, de 30.01.2014, cuya copia se acompaña, conforme al cual: *"El acuerdo previsto en el inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, conforme al cual las partes pueden convenir una especial forma de distribución o remuneración de los días de descanso compensatorio que exceden de uno semanal, debe constar por escrito"*.

Atendido lo anterior, en la especie, no resulta procedente que la empresa Metro S.A. invoque una cláusula tácita para mantener la modalidad de remunerar en forma especial dicho día, debiendo para ello contar con el acuerdo escrito de cada uno de los trabajadores involucrados.

Efectuada dicha precisión, cabe señalar que según lo informado por el fiscalizador actuante, si bien los trabajadores laboraron los días de descanso compensatorio que les habría correspondido por la incidencia de uno o más festivos en la respectiva semana, el empleador remuneró dichos días como jornada extraordinaria de trabajo en conformidad a lo preceptuado en el señalado inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, circunstancia que, en opinión de este Servicio, la eximiría de la obligación de otorgar en forma efectiva dichos descansos, sin perjuicio de la eventual sanción administrativa que podría proceder en su contra por la inexistencia de pacto escrito al respecto.

Finalmente y por tener incidencia en la materia consultada, cúmpleme remitir a Uds., copia del Ordinario N° 3711/144, de 07.07.92 que establece la forma de remunerar el día de descanso compensatorio laborado, jurisprudencia que ha sido recogida posteriormente, entre otros, en Ord. N° 2881 de 01°.08.2014.

Al respecto, el primero de los pronunciamientos jurídicos mencionados, concluye: *"El día de descanso compensatorio laborado que excede de uno semanal deberá pagarse con un recargo del 50% sobre la remuneración ordinaria, independientemente del derecho del trabajador a que dicho día le sea también pagado en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 del Código del Trabajo o por el hecho de estar incluido en la remuneración mensual convenida."* Cabe hacer presente que la referencia que en dicho dictamen se hace al artículo 44 del Código del Trabajo debe entenderse hecha actualmente al artículo 45 del mismo cuerpo legal.

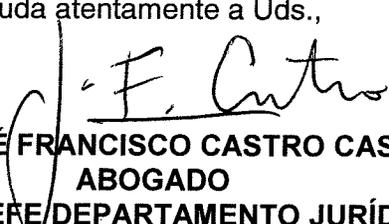
En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, doctrina institucional invocada y consideraciones expuestas, cúmpleme informar a Uds. lo siguiente:

1.- El acuerdo a que se refiere el inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, según el cual las partes pueden convenir una especial forma de

distribución o de remuneración de los días de descanso compensatorio que exceden de uno semanal, debe constar por escrito.

2.- No resulta procedente que los vigilantes privados de la empresa Metro S.A., afectos al turno "5x2 móvil", exijan que ésta les otorgue en forma efectiva los descansos compensatorios de los días festivos laborados de los cuales no hicieron uso, pero que les fueron remunerados en la forma prevista en el inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el cuerpo del presente informe.

Saluda atentamente a Uds.,

  
JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO  
ABOGADO  
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO  
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



  
BP/SMS/sms

**Distribución:**

- Jurídico, Partes, Control
- Empresa Metro S.A.