

DIRECCION DEL TRABAJO  
DEPARTAMENTO JURIDICO  
K. 008949(479)/98

3033 229

ORD. Nº \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

**MAT.:** 1) Forma de otorgar el día de descanso compensatorio en el caso de trabajadores que laboran permanentemente en turnos nocturnos.  
2) La empresa El Mercurio S.A.P. no puede modificar unilateralmente la jornada de trabajo inferior a 48 horas que reiteradamente en el tiempo ha cumplido parte el personal que allí labora.  
3) Al personal que labora en el área de producción de la referida empresa le asiste el derecho a un día domingo de descanso en el respectivo mes calendario, no resultando jurídicamente procedente de consiguiente, que el empleador los haga devolver las horas no laboradas ese día.

**ANT.:** Presentación del Sindicato de Trabajadores Nº 3 (mixto) de Empresa El Mercurio S.A.P , de 22.05.98.

**FUENTES:**

Código del Trabajo, artículos 5 inciso 2º, 35, 36 y 38.  
Código Civil, artículos 1545 y 1564.

**CONCORDANCIAS:**

Ord. Nº 2942/117, de 27.05.92  
y 1766/102, de 15.04.98.

**SANTIAGO, -9 JUL 1998**

**DE :** DIRECTORA DEL TRABAJO

**A :** SR. DOMINGO VARGAS CORNEJO  
SINDICATO DE TRABAJADORES Nº 3 (MIXTO)  
DE EMPRESA EL MERCURIO S.A.P.  
TEATINOS 251 OF. 706  
SANTIAGO/

Mediante presentación del antecedente se ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección acerca de las siguientes materias:

1) Forma en que debe otorgarse el descanso semanal en el caso de trabajadores que laboran en forma permanente de noche, en una empresa exceptuada del descanso dominical y cuya jornada diaria es de 22:00 horas a 06:00 horas

2) Si resulta procedente que el empleador modifique unilateralmente la jornada de trabajo de un dependiente que por un lapso prolongado de tiempo labora una jornada inferior a las 48 horas semanales, no obstante tener pactada en su contrato individual una de 48 horas.

3) Si resulta procedente que el empleador otorgue un día domingo de descanso en el respectivo mes calendario en calidad de préstamo, obligando a los trabajadores a devolver las horas no laboradas ese día haciéndolos trabajar dos horas diarias más en cuatro de las jornadas diarias siguientes.

Al respecto, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1) En relación con la consulta signada con este número, cabe tener presente, en primer término, que el inciso 3º del artículo 38 del Código del Trabajo, dispone:

*"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".*

De la disposición preinserta fluye que en las empresas exceptuadas del descanso dominical deben otorgar un día de descanso en la semana en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo trabajado, descansos que pueden ser comunes para todos los trabajadores o por turnos a fin de no paralizar el desarrollo de las labores de la empresa, aplicándose para estos descansos la norma del artículo 36.

Por su parte, el referido artículo 36, prescribe:

*"El descanso y las obligaciones y prohibiciones establecidas al respecto en el artículo anterior empezarán a más tardar a las 21 horas del día anterior al domingo o festivo y terminarán a las 6 horas del día siguiente de éstos, salvo las alteraciones horarias que se produzcan con motivo de la rotación en los turnos de trabajo".*

Del precepto transcrito fluye que en el caso de los trabajadores exceptuados del descanso dominical, el descanso compensatorio del día domingo y de los días festivos, por

regla general, debe comenzar a más tardar a las 21 horas del día que precede al descanso y debe terminar a las 6 horas del día siguiente a este.

Se infiere, asimismo, que sólo en el caso que en la respectiva empresa hubiere sistema de turnos rotativos de trabajo, éstos podrán alcanzar parte de aquellas horas en que abarca el descanso compensatorio a que se ha hecho alusión.

Esta norma de excepción se traduce en que los trabajadores sujetos a un sistema de turnos rotativos de trabajo pueden prestar servicios en el lapso que media entre las 21:00 y 24:00 horas del día anterior al de descanso compensatorio, o entre las 0:00 y las 06:00 horas del día que sigue a éste, cuando el respectivo turno incida en dichos períodos.

Por ello, es del caso puntualizar que la excepción en estudio no significa en caso alguno que la ley autorice la prestación de servicios entre las 0:00 horas del día en que se hace uso del descanso compensatorio y las 0:00 horas del día siguiente a éste, teniendo presente que tal posibilidad no importaría una alteración horaria, como lo señala la propia ley, sino una verdadera excepción al descanso compensatorio, la que no se encuentra establecida en el texto legal en comento.

En estas circunstancias, posible es concluir que si bien la jornada del día que antecede a uno de descanso compensatorio puede extenderse después de las 21:00 horas cuando en la empresa hubiere turnos rotativos de trabajo, no es menos cierto que el respectivo turno no puede comprender parte alguna del correspondiente día de descanso compensatorio.

Ahora bien, en la especie, si consideráramos que el trabajador va a hacer uso de su descanso compensatorio un día miércoles, éste debería comenzar a las 06:01 del martes una vez finalizado su turno, y terminar a las 24:00 del miércoles, pudiendo reiniciar sus labores sólo desde las 00:01 del día jueves, a fin de dar estricto cumplimiento a la norma en análisis, vale decir, hacer uso del beneficio de que se trata en forma íntegra entre las 00:00 horas de un día y las 00:00 horas del día siguiente a éste, dejando de esta forma completamente a salvo el día de descanso compensatorio propiamente tal.

2) En lo que respecta a la segunda consulta, cabe señalar que el artículo 5º del Código del Trabajo, en su inciso 2º, 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 antes anotada se infiere que el legislador ha otorgado a las partes la facultad de modificar las cláusulas contenidas en un contrato de trabajo siempre que tales modificaciones se efectuen de mutuo acuerdo y no se refieran a materias respecto de las cuales la ley hubiera prohibido convenir.

A mayor abundamiento, es preciso señalar que conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, sólo resulta procedente modificar un acto jurídico bilateral, carácter que reviste el contrato de trabajo, por el mutuo consentimiento de las partes contratantes.

Ello en virtud de lo prevenido en el artículo 1545 del Código Civil, que al efecto prescribe:

*"Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser modificado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".*

De esta suerte, con el mérito de lo expresado en los párrafos que anteceden, forzoso es concluir que el empleador no puede, sin el acuerdo de sus trabajadores, modificar una cláusula convenida en un contrato de trabajo a cuya suscripción ambas partes concurren, por cuanto de conformidad con lo dispuesto en las normas precedentemente transcritas, toda alteración, supresión o complementación de las estipulaciones de dicho instrumento, requiere el consentimiento de ambas partes.

No obstante lo anterior, es necesario puntualizar que la modificación de cláusulas escritas puede producirse también por la aplicación práctica que las partes hayan dado a las estipulaciones de un contrato. Tal afirmación encuentra su fundamento en la norma de interpretación de los contratos que se contiene en el artículo 1564, inciso final, del Código Civil, que prescribe que las cláusulas de un contrato podrán ser interpretadas por *"la aplicación práctica que hayan hecho de ella ambas partes o una de las partes con aprobación de la otra"*.

En efecto, conforme al precepto citado, que doctrinariamente responde a la teoría denominada "regla de la conducta", un contrato puede ser interpretado por la forma como las partes lo han entendido y ejecutado, en términos tales que tal aplicación puede legalmente llegar a suprimir, modificar o complementar cláusulas expresas de un contrato; es decir, la manera como los contratantes han cumplido reiteradamente en el tiempo una determinada estipulación puede modificar o complementar el acuerdo inicial que en ella se contenía.

En la especie, de acuerdo a lo expresado en la presentación existen trabajadores en la empresa que no obstante tener pactado en sus contratos individuales una jornada de 48 horas, en la práctica laboran una menor desde hace bastante

tiempo, lo que impediría, a juicio del recurrente, que el empleador los hiciera trabajar de nuevo la jornada que tienen acordada por escrito.

Analizada la situación en consulta a la luz de las normas legales transcritas y comentadas y consideraciones expuestas en párrafos precedentes, es dable convenir que si las partes, no obstante haber pactado una jornada de 48 horas semanales, reiteradamente en el tiempo, en forma permanente y fija, han entendido y ejecutado dicha cláusula de forma tal que la duración de la jornada de trabajo ha sido siempre inferior a aquella, tal aplicación habría modificado el acuerdo inicial que en la respectiva cláusula contractual se contiene, por ser ésta la aplicación práctica que las partes le habrían dado, es decir la forma como han entendido y cumplido dicha estipulación.

De esta suerte, de darse las circunstancias anotadas, posible resulta afirmar que la jornada a que se encontrarían actualmente afectos los citados dependientes sería la inferior a 48 horas y el empleador sólo podría modificarla con el consentimiento de los respectivos trabajadores.

3) En lo concerniente a la consulta signada con este número, se hace necesario determinar en primer término si la empresa El Mercurio S.A.P. se encuentra obligada a otorgar al menos uno de los días de descanso en el respectivo mes calendario, en día domingo al personal por el cual se consulta, vale decir, el que trabaja en el área de producción de la referida empresa, que funciona durante todos los días del año, en las secciones corrección de pruebas, prensas, fotocomposición, fotomecánica, talleres o armados, etc.

Para ello, cabe recordar que de conformidad con el inciso 1º del artículo 35 del Código del Trabajo, los trabajadores gozan de un descanso semanal que, por regla general, recae en día domingo, como también en los que la ley declare festivos.

Por su parte, el artículo 38 del mencionado texto legal establece excepciones al descanso dominical, prescribiendo lo siguiente:

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

*"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".*

De la norma preinserta, se colige que aquellos trabajadores que efectúen labores que exijan continuidad por las necesidades que satisfacen, no gozan del descanso dominical ni en días festivos.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 101, de 16 de enero de 1918, que reglamenta las excepciones al descanso dominical, considera expresamente entre éstas a las empresas por las cuales se consulta. En efecto, dicho decreto prescribe:

*"Se exceptúan del descanso público los individuos que se ocupen en las empresas o trabajos que se enumeran enseguida:*

*"1ª categoría*

*"Por la índole de las necesidades que satisfacen o por el grave perjuicio público que acarrearía su interrupción:*

*"21. Las empresas de diarios y revistas que se publiquen en días de descanso público. La distribución y venta de estas publicaciones".*

Del análisis conjunto de las disposiciones transcritas se infiere que los trabajadores que se desempeñan en empresas, explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por las necesidades que satisfacen o para evitar perjuicio público, entre los cuales se encuentran los dependientes por los cuales se consulta, están exceptuados de la norma prevista en el artículo 35 de Código del Trabajo, sobre descanso dominical y en días festivos, pudiendo en este caso, la empresa distribuir la jornada de manera que incluya los días domingo y festivos.

De esta manera, entonces, los trabajadores de que se trata se encuentran exceptuados del descanso dominical y en días festivos, en virtud de lo prevenido en el N° 2 del artículo 38 del Código del Trabajo y en el N° 21 de la 1ª categoría del Decreto Reglamentario N° 101.

Precisado lo anterior, cabe señalar que el artículo 38 citado precedentemente, en sus incisos 4º y 5º, dispone:

*"En los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos uno de los días en el respectivo mes calendario deberá necesariamente otorgarse en día domingo. Esta norma no se aplicará respecto de los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado y domingo o festivos.*

*"Los trabajadores comprendidos en el número 2 del inciso primero, podrán acordar con su empleador que el día de descanso dominical que les corresponda a lo menos en cada mes calendario, en conformidad al inciso cuarto, pueda otorgarse acumulándolo en días domingo dentro de un periodo de meses*

*calendario que no podrán exceder de doce y sin sujeción a la norma del referido inciso cuarto. En los demás días domingo que se trabajaren en el período convenido se aplicará la compensación del inciso tercero. Si el empleador no otorgase los días de descanso dominical en la forma acordada, sin perjuicio de las multas y sanciones que procedieren por incumplimiento de lo convenido, el pacto terminará por el sólo ministerio de ley y los días domingo no otorgados se harán efectivos en los domingo inmediatamente siguientes al término del pacto".*

De la norma legal transcrita se infiere que el legislador otorga a los trabajadores comprendidos en el Nº 2 del inciso 1º del artículo 38, esto es, a aquellos que se desempeñan en las explotaciones, labores y 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, el derecho a que en el respectivo mes calendario, a lo menos, uno de los días de descanso compensatorio que les corresponde impetrar por los días domingo y festivos laborados en dicho período, se otorgue en día domingo.

Del mismo precepto fluye, que los trabajadores aludidos precedentemente podrán convenir con su empleador que el día de descanso dominical que les corresponde impetrar a lo menos en cada mes calendario, se otorgue en forma acumulada dentro de un período que no exceda de 12 meses calendario, estableciéndose que si el empleador no cumpliere lo acordado en el pacto que al efecto celebre, este terminará de pleno derecho, en cuyo caso los domingo no otorgados deberán hacerse efectivos en los domingo inmediatamente siguientes al término de aquél, sin perjuicio de las multas y sanciones administrativas que procedieren en contra del empleador.

De esta suerte, encontrándose el personal que labora en el área de producción de la empresa El Mercurio S.A. exceptuado del descanso dominical y en días festivos, en virtud de lo dispuesto en el Nº 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, como ya se señalara en acápite anteriores, no cabe sino concluir que a dicho personal le asiste el derecho a un día domingo de descanso en el respectivo mes calendario, no resultando jurídicamente procedente de consiguiente, que el empleador haga devolver las horas no laboradas ese día, prolongando la jornada diaria de sus dependientes en cuatro días de la respectiva semana.

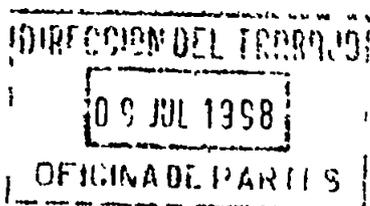
En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

1) La forma en que debe otorgarse el día de descanso compensatorio en el caso de trabajadores que laboran permanentemente en turnos nocturnos, es la señalada en el cuerpo del presente informe.

2) La empresa El Mercurio S A.P. no puede modificar unilateralmente la jornada de trabajo inferior a 48 horas que reiteradamente en el tiempo ha cumplido parte del personal que allí labora.

3) Al personal que trabaja en el área de producción de la referida empresa le asiste el derecho a un día domingo de descanso en el respectivo mes calendario, no resultando jurídicamente procedente de consiguiente, que el empleador los haga devolver las horas no laboradas ese día.

Saluda a Ud ,



*Maria Ester Ferres*  
MARIA ESTER FERRES NAZARALA  
ABOGADA  
DIRECTORA DEL TRABAJO

MAO/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  
Sres. Empresa El Mercurio S.A.P.