



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
K 7047 (1394) 2018

2035

ORDINARIO N°: _____/

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Cláusula tácita. Descanso compensatorio.

RESUMEN:

Al no haberse constatado una reiteración en el tiempo de la práctica de compensar los días festivos trabajados pagándolos como extraordinarios, no resulta posible determinar que se haya configurado una cláusula tácita, en ese sentido, para los afiliados al sindicato recurrente que se desempeñan como administrativos.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 06.08.2021, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Ordinario N°810 de 15.06.2021, del Inspector provincial del Trabajo (S) de Santiago.
- 3) Ordinarios N°s 1.844 de 09.06.2020 y 1.397 de 04.05.2021, de Jefa de Unidad de pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 4) Ordinario N°2.799 de 11.09.2018, del Inspector Provincial del Trabajo (S) de Santiago.
- 5) Ordinario N°3.852 de 24.07.2018, de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 6) Presentación de 19.06.2018, del Sindicato N° 3 de Trabajadores de Empresa Servicios Generales Paseo Centro Ltda. RSU. 1301.4432

SANTIAGO, 16 AGO 2021

**DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SINDICATO N°3 DE TRABAJADORES DE EMPRESA SERVICIOS
GENERALES PASEO CENTRO LTDA.
sindicato.3.falabellaahumada@gmail.com**

**AHUMADA N°236, PISO 9, OFICINA 911
SANTIAGO**

Mediante presentación del antecedente 6), Uds. solicitan un pronunciamiento jurídico que determine si sus afiliados, que se desempeñan como administrativos, han incorporado a su patrimonio, como derecho adquirido, la compensación en dinero -con un recargo del 50%- de los días festivos que les corresponde trabajar por el sistema de turnos a que se encuentran afectos.

Precisan, que a lo largo de los años han mantenido invariablemente el sistema de compensar los días festivos trabajados con pago de remuneraciones, con un recargo del 50%, modalidad que el empleador habría cambiado unilateralmente, pasando a compensar las labores realizadas en esos días con descanso efectivo.

Como cuestión previa, cumple señalar que, para contar con mayores antecedentes se estimó necesario solicitar una fiscalización investigativa a la empresa denunciada, la cual fue practicada por la Inspección Provincial del Trabajo Santiago Centro, individualizada con el número de Comisión N°1301.2018.3378, cuyo Informe de Exposición fue elaborado por el Inspector Mauricio Pineda Bustos. Luego, mediante Ordinarios del antecedente 3), se requirió una complementación del aludido Informe de Fiscalización, solicitud que originó la Fiscalización N°1301.2021.2155, cuyo Informe de Exposición de 20.05.2021 fue elaborado por el mismo Inspector.

En el primer Informe de Exposición se consigna, en lo que interesa: *“Se reviso contrato de trabajo y sus anexos, reporte de asistencia, comprobantes de pago de remuneración. Período revisado de diciembre 2017 a julio 2018, respecto de una muestra de 15 trabajadores, seleccionando a 5 por cada local (3) y que incluye a administrativos, cajeras y guardias” (...)*

Al ser requerida sobre la materia, la Jefa de Recurso Humano indico que a contar del festivo del 21.05.2018, Falabella, a fin de apegarse la normativa legal, y de privilegiar el descanso de los trabajadores, comenzó a compensador los días festivos trabajados, con un día libre adicional, el cual puede ser tomado una semana antes y hasta dos semanas después”.

Agrega dicho informe que, “Tenidos a la vista el reporte de asistencia y las liquidaciones de remuneraciones de la muestra de trabajadores seleccionada, se puede verificar que hasta el 01.05.2018, el empleador compenso los festivos pagándolos como extraordinarios. Y que a contar del 21.05.2018, los festivos trabajados los compenso con un día libre adicional.

No se verifico testimonio por escrito sobre la forma de tratar los domingos y festivos trabajados, tanto con anterioridad al 21 de mayo, como con posterioridad a esa fecha”.

El segundo Informe de Fiscalización, por su parte, detalla que de la muestra de dependientes analizada se verificó que *“existen trabajadores con jornada de 45 horas semanales, distribuidas de lunes a viernes, trabajadores de jornada de 45 horas semanales distribuidas de lunes a domingo con un día de descanso compensatorio, y trabajadores con jornada parcial que laboran sábados y domingos y festivos.*

Los trabajadores que laboran de lunes a viernes no registran en el período analizado trabajo en domingos y festivos.

Los trabajadores que laboran los domingos como parte de la jornada ordinaria, y que, por turno, deben laborar un festivo, en el período revisado, el festivo se pagó como extraordinario con el recargo del 50%, y los domingos son cancelados con el recargo del 30% legal”.

Finalmente, el informe consigna que 7 de los trabajadores de la muestra registran haber trabajado un festivo en el período analizado y que ese día se pagó como extraordinario; un trabajador trabajó 2 festivos en el mismo período y ambos fueron pagados como extraordinario; y un trabajador trabajó 3 festivos en igual lapso, percibiendo pago como extraordinario solo en el primero de ellos, y los demás fueron compensados con un día libre adicional.

Precisado lo anterior, y sobre lo consultado, es posible informar, el artículo 9º, inciso 1º del Código del Trabajo, establece: *“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”.*

El carácter consensual del contrato supone que este, para perfeccionarse, requiere del simple acuerdo de voluntades de las partes contratantes, sin que sea necesaria su escrituración, salvo para efectos de prueba. Como consecuencia de la naturaleza consensual del contrato individual de trabajo, deben entenderse incorporadas a este no solo las estipulaciones y modificaciones que se realicen por escrito, sino que, además, aquellas no escritas en el documento respectivo, pero que emanan del simple consentimiento de las partes.

De este modo, la jurisprudencia administrativa de esta Dirección ha sostenido, en el Dictamen N°2.739/218 de 05.7.2000, que *“una relación laboral materializada a través de un contrato de trabajo escriturado, no sólo queda regida por las estipulaciones allí consignadas, sino también por aquellas 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.*

Conforme a lo anterior, para que se verifique la existencia de una cláusula tácita en el contrato de trabajo, es necesario que se verifiquen los siguientes elementos a saber:

a) Reiteración en el tiempo de una determinada práctica de trabajo que otorgue, modifique o extinga algún beneficio, regalía o derecho de la relación laboral.

b) Voluntad de las partes, esto es del comportamiento de las partes debe desprenderse inequívocamente que éstas tenían un conocimiento cabal de la modificación del contrato que se estaba produciendo, así como de haber prestado su aquiescencia tácita a la modificación del mismo.

c) *Esta modificación no puede referirse a materias de orden público, ni tratarse de los casos en que el legislador ha exigido que las modificaciones al contrato se estipulen de manera expresa*”.

Aplicando la normativa recién expuesta al caso que se analiza, es posible sostener, que no fue posible constatar la reiteración en el tiempo de la práctica de compensar los días festivos trabajados pagándolos como extraordinarios, por lo que no resulta posible determinar que se haya configurado una cláusula tácita, en ese sentido, para los afiliados al sindicato recurrente que se desempeñan como administrativos.

Lo anterior no obsta a que la organización sindical recurrente pueda acreditar, a través de los medios que le franquea la ley, y ante la autoridad competente, la existencia de la cláusula tácita que invoca.

Con todo, es menester señalar, que los acuerdos no pueden afectar derechos irrenunciables de los trabajadores que, en la especie, corresponderían al descanso compensatorio correspondiente al domingo laborado.

En efecto, los incisos 2º, 3º y 6º del artículo 38 del Código del Trabajo disponen: *“Las empresas exceptuadas de este descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos. Las horas trabajadas en dichos días se pagarán como extraordinarias siempre que excedan de la jornada ordinaria semanal. En el caso de los trabajadores a que se refiere el número 7 del inciso anterior, sea cual fuere la jornada de trabajo en la que se desempeñen, las horas ordinarias trabajadas en día domingo deberán ser remuneradas con un recargo de, a lo menos, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Dicho recargo deberá liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones del respectivo período. El valor de la hora ordinaria y el recargo señalado serán la base de cálculo a efectos de la determinación, en su caso, del valor de la hora extraordinaria trabajada en dichos días domingos.*

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, cuarto y quinto 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”.

Sobre las disposiciones citadas la jurisprudencia administrativa de este Servicio ha señalado, en el Ordinario N°1544 de 07.04.2017, que : *“Del análisis conjunto de los preceptos legales anotados resulta dable inferir, en lo pertinente, que las empresas exceptuadas del descanso dominical y en días festivos están facultadas para distribuir la jornada de trabajo de su personal, incluyendo tales días y que, por regla general, las horas laboradas en éstos no dan lugar al pago de horas extraordinarias, salvo que con ellas se excediera la jornada ordinaria semanal. De iguales normas se infiere, asimismo, que los trabajadores afectos a este régimen tienen derecho a impetrar un día de descanso compensatorio a la semana por las*

labores desarrolladas en día domingo, y otro, por cada festivo en el cual debieron prestar servicios, rigiendo a su respecto la norma sobre duración del descanso semanal prevista en el artículo 36 del Código del Trabajo.

De iguales normas fluye, además, que cuando en el período semanal incidiera más de un festivo y, por lo tanto, el trabajador tuviere derecho a impetrar más de un día de descanso compensatorio, las partes pueden acordar un sistema especial de distribución o remuneración respecto de aquellos que excedan de uno, estableciéndose una retribución especial en caso de acordarse que el trabajador no hará uso de tal derecho y que laborará en dichos días.

Cabe recordar a este respecto que la jurisprudencia administrativa de esta Dirección ha precisado en reiterados pronunciamientos que sólo tiene la calidad de irrenunciable el descanso compensatorio correspondiente al día domingo laborado, pudiendo los demás negociarse en la forma indicada”.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpla con informar, que al no haberse constatado una reiteración en el tiempo de la práctica de compensar los días festivos trabajados pagándolos como extraordinarios, no resulta posible determinar que se haya configurado una cláusula tácita, en ese sentido, para los afiliados al sindicato recurrente que se desempeñan como administrativos.

Saluda atentamente a Ud.,




JUAN DAVID TERRAZAS PONCE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




Distribución:
- Jurídico
- Partes
- Control
- IPT. Santiago