

DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 4467(225)/98

ORD. Nº 4559 / 324 /

MAT.: No resulta jurídicamente procedente pactar ni expresa ni tácitamente una modalidad de distribución de la jornada y de los descansos, de manera tal que el descanso semanal se otorgue en día domingo, pero, al mismo tiempo, los descansos por feriado en un día compensatorio distinto del festivo.

ANT.: Ord. Nº 335, de 10 03.98 del Inspector Provincial del Trabajo de Bio-Bío.

FUENTES:

Artículo 35 y 38 del Código del Trabajo.

SANTIAGO, 22 SEP 1998

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR INSPECTOR PROVINCIAL DEL TRABAJO DEL
B I O - B I O /

Se ha solicitado a este Servicio, por Ordinario Nº 335 del Inspector Provincial del Trabajo del Bio-Bío, un pronunciamiento acerca de la posibilidad de celebrar cláusulas tácitas por trabajadores de Supermercados referidas a la distribución de la jornada y el otorgamiento de los descansos legales.

Segun señala dicho oficio, la situación a resolver se plantea respecto de si procede descontar los días festivos no trabajados de trabajadores que tienen distribuida la jornada convencionalmente de lunes a sábado en un establecimiento de supermercado que atiende todos los días de la semana y que tiene a sus trabajadores en dos sistemas de trabajo uno de martes a domingo y el resto de lunes a sábado. En el primero se laboran los domingos y festivos, y en el segundo, los festivos que inciden entre lunes y sábado.

Respecto de esta última categoría de trabajadores, esto es, aquellos que tienen distribuida su jornada de lunes a sábado, y que históricamente han trabajado los festivos, se plantean, frente a su negativa actual a continuar laborando dichos días, dos cuestiones fundamentales: en primer lugar, puede entenderse que han pactado sobre esta materia con su empleador una cláusula tácita, y, en segundo lugar, si la respuesta a lo anterior es afirmativa, y los trabajadores no concurren a sus labores, procede legalmente el descuento del día respectivo o el despido por ausencia injustificada al trabajo, en conformidad con el artículo 160 Nº 3 del Código del Trabajo.

Al respecto cumpla en informar a Ud
lo siguiente:

El artículo 38 del Código del Trabajo señala, en lo pertinente, lo siguiente:

"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 se impostergable;

"2.- en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de su proceso, 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, y

"7.- en los establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realice dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo.

"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.

"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".

Como es fácil advertir, del tenor literal de la norma citada que utiliza la expresión "exceptúanse", los casos señalados son excepciones a la regla general en materia de descanso contemplada en los artículos 35 y 37 del Código del Trabajo, que establece que son días de descanso el día domingo y los festivos, no pudiendo distribuirse la jornada normal de modo que incluya esos días.

De este modo, nuestra ley contempla un sistema general de descanso, señalado en el artículo 35 del Código del Ramo, en el cual los días domingo y festivos son días de descanso, de manera tal que no puede distribuirse la jornada ordinaria de trabajo incluyendo dichos días.

Junto a dicho sistema general, nuestro legislador ha previsto un sistema excepcional, establecido para los casos específicos del artículo 38 del texto legal citado, que permite a las partes distribuir la jornada de trabajo de manera que incluya los días domingo y festivos, otorgando los descansos compensatorios correspondientes.

La ley señala en el artículo 38 citado, que el sistema de jornadas exceptuadas del descanso dominical y en festivos, requiere como condición "sine qua non" que el trabajo de que se trata corresponda a alguno de los casos señalados en los siete numerandos de dicho artículo, de modo tal, que si la labor de que se trata, no está dentro de algunas de esas hipótesis, entonces, no existe posibilidad alguna de distribuir la jornada ordinaria en los días señalados.

Sin embargo, para los casos señalados en alguna de las hipótesis del artículo 38 del Código del Trabajo, la ley no establece como regla obligatoria, sino, nada más, facultativa, la posibilidad de optar por el sistema de excepción contemplado en dicho artículo, que permite distribuir la jornada ordinaria en días domingo o festivos, cuestión que se desprende inequívocamente del tenor explícito de la norma legal citada, que en su inciso segundo, señala textualmente que las *"empresas exceptuadas de este descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos"*.

En otras palabras, si la empresa cumple con el requisito de encontrarse en algunos de los casos enumerados en el artículo 38 del Código del Trabajo, ello no significa que necesariamente deban acordar con sus trabajadores un sistema que incluya en la jornada ordinaria los días domingo y festivos, conservando las partes la facultad de convenir en los contratos de trabajo, la distribución normal de la jornada de trabajo, de manera tal, de otorgar los descansos conforme a la regla contenida en el artículo 35 del Código del Trabajo

Ahora, si la empresa y trabajadores han convenido que, no obstante encontrarse en las situaciones de excepción numeradas por el artículo 38 del Código del Trabajo, la distribución de la jornada normal de trabajo no incluya los días domingo y festivos, entonces, dicho pacto hace inaplicable a la situación en cuestión, por voluntad de las partes, la norma de excepción contemplada en dicho artículo.

De este modo, las partes no han optado por el sistema de excepción contemplado en el artículo 38, sino que, en conformidad a la propia ley, que sólo da carácter facultativo a las excepciones del descanso dominical y en festivo, han decidido convenir los descansos en día domingo y, consecuentemente, en días festivos.

Ahora lo anterior, sin embargo, no significa que las partes puedan convenir ni expresa ni tácitamente una opción distinta a las legalmente contempladas, como sería la situación consultada en la especie, de otorgar el día de descanso semanal en día domingo, pero, al mismo tiempo, otorgar el día de descanso por feriado no en la fecha del festivo mismo, sino en un día compensatorio distinto.

Ello, no sólo significaría generar una suerte de tercer sistema no contemplado en la ley, sino, además, importaría no dar cabal cumplimiento a ninguno de los sistemas establecidos por el Código del Trabajo, ya que no se ajusta con la regla general del artículo 35, al otorgarse el descanso semanal en domingo, pero el día de descanso por festivo en día compensatorio, como tampoco a la regla de excepción del artículo 38 del mismo texto legal, porque se estaría dando el descanso por festivo en día compensatorio, pero el descanso semanal en día domingo.

Como es fácil de advertir, la ley no contempla una distribución de la jornada y de otorgamiento del descanso del modo recién señalado, no pudiendo en consecuencia, ni el empleador unilateralmente ni las partes mediante acuerdo, expreso o tácito, infringir dichas disposiciones legales.

De las consideraciones de hecho y de derecho precedentemente transcritas es posible concluir lo siguiente:

a) No es lícito pactar ni expresa ni tácitamente una modalidad de distribución de la jornada y de los descansos, de manera que el descanso semanal se otorgue en día domingo y el descanso por feriado en un día compensatorio distinto del día del festivo.

b) No es lícito, en consecuencia, que el empleador proceda a descontar a los trabajadores en el caso anterior los días festivos que no prestaron servicios, puesto que, no existiendo obligación legal ni contractual en dicho sentido, la conducta de los empleados no corresponde sino al ejercicio del derecho a descanso en día festivo.

Saluda a Ud ,



Maria Ester Feres Nazarala
MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

22 SET 1981

JUC/emoa

Distribución:

Jurídico, Partes, Control, Boletín, Dptos. D.T ,
Subdirector, U. Asistencia Técnica, XIIIª Regionales,
Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social,
Sr. Subsecretario del Trabajo.