

DIRECCION DEL TRABAJO  
DEPARTAMENTO JURIDICO

K. 15919(795)/97

ORD. No 4294 / 296 /

**MAT.:** No corresponde que el empleador, en el caso de empresas exceptuadas del descanso en domingo y festivos en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, establezca con sus trabajadores una distribución de la jornada de trabajo de manera que incluya los festivos, con el día de descanso compensatorio correspondiente, y se otorgue a la vez, el descanso semanal en día domingo.

**ANT.:** Presentación de don Víctor Herrera Vargas, por Transportes y Servicios Ruta del Mar, de 08 08.97.

**FUENTES:**

Código del Trabajo, artículos 35 y 38

SANTIAGO, ~~12~~ 29 SEP 1998

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SR. VICTOR HERRERA V.  
BARROS ARANA Nº 741, DEPTO 25-5  
CONCEPCION/

Se ha solicitado a este Servicio, por presentación de don Víctor Herrera Vargas, asesor laboral, un pronunciamiento acerca de si se ajusta a la ley que el empleador convenga con sus trabajadores, en el caso de empresas exceptuadas del descanso dominical y en festivos del artículo 38 del Código del Trabajo, una jornada normal de trabajo que incluya los festivos, con un día de descanso compensatorio, pero que a la vez otorgue el descanso semanal en domingo.

Según señala la presentación, esta forma de distribución de la jornada de trabajo y de los descansos es perfectamente lícita, ya que el hecho de fijar el descanso en domingo no tiene incidencia alguna que la empresa se encuentre en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 38 del Código del Trabajo, disposición que le permite distribuir la jornada normal de manera que incluya los días festivos.

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 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, 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 dicho 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.

b) 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 contemplado 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.

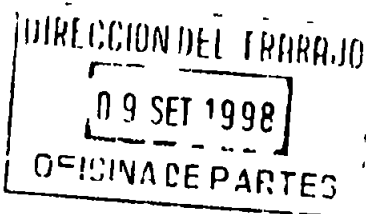
Ahora, lo anterior, sin embargo, no significa que las partes puedan convenir una opción distinta a las legalmente contempladas, como sería la situación consultada en la especie, de pactar otorgar el descanso semanal en día domingo y el descanso por festivo en un día compensatorio distinto.

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

En consecuencia, de las consideraciones de hecho y de derecho precedentemente transcritas, es posible concluir que no corresponde que el empleador, en el caso de empresas exceptuadas del descanso en domingo y festivos en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, establezca con sus trabajadores una distribución de la jornada de trabajo de manera que incluya los festivos, con el día de descanso compensatorio correspondiente, y se otorgue a la vez el descanso semanal en día domingo

Saluda a Ud ,



MARÍA ESTER FERES NAZARALA  
ABOGADA  
DIRECTORA DEL TRABAJO

JLU/nar

**Distribución:**

Jurídico, Partes, Control

Boletín, Dptos. D.T., Subdirector

U. Asistencia Técnica, XIII Regiones

Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social

Sr. Subsecretaría del Trabajo