

DEPARTAMENTO JURÍDICO  
K 9179 (1587)/ 2014

4138

ORD. N°: \_\_\_\_\_

**MAT.:** Atiende presentación que indica.

*pendiente*

**ANT.:** 1.-Instrucciones de 26.06.2015, de Jefe Unidad de Dictámenes e informes en Derecho (S)  
2.-Comparecencia personal directiva sindical de 19.04.2015.  
3.-Instrucciones de 27.03.15, de Jefe Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho (S)  
4.-Ord. N° 291, de 27.01.2015, de Inspectora Provincial de Santiago  
5.-Ord. N° 4849, de 04.12.2014, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
6.-Ord. N° 3767 de 01.10.2014 de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
7.- Respuesta a traslado de Empresa Servipag Ltda., de 16.09.2014.  
8-Ord. N° 3227 de 20.08.2014, Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.  
9.-Presentación, de 06.08.2014, de Sindicato de Trabajadores de la empresa Servipag Ltda.

---

**SANTIAGO,**

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO**

17 AGO 2015

**A : SRES. SINDICATO DE TRABAJADORES DE  
EMPRESA SERVIPAG LTDA.  
AGUSTINAS 814 OF. 307  
SANTIAGO**

Mediante presentación citada en el antecedente 9) han requerido un pronunciamiento de esta Dirección respecto de las siguientes materias:

1.- Procedencia jurídica de que la empresa obligue a los trabajadores afectos a jornadas laborales distribuidas de lunes a viernes a prestar servicios en días festivos, no declarados por ley como irrenunciables.

2.- Procedencia jurídica de que la misma empresa obligue a los trabajadores afectos a turnos de trabajo exceptuados del descanso

dominical y de días festivos a laborar los aludidos festivos, no obstante que en la práctica siempre han descansado en dichos días.

Sobre el particular, cúpleme manifestar a Ud. lo siguiente:

De los antecedentes reunidos en torno a este asunto, particularmente del informe evacuado por la fiscalizadora María Alejandra Guerrero Villar, dependiente de la Inspección Provincial del Trabajo de Santiago, como también de la presentación de la empresa Servipag S.A. mediante la cual dio respuesta al traslado conferido por este Servicio en cumplimiento del principio de bilateralidad, se ha logrado establecer lo siguiente:

a) Que con el fin de satisfacer los requerimientos de los clientes, la empresa adoptó la medida de extender la atención en días festivos de locales que con anterioridad no lo hacían, habiéndose iniciado la aplicación de dicha modalidad el 15 de agosto de 2014.

b) Que existen los denominados centros de recaudación y pago CPR, cada uno de los cuales cuenta con varias cajas. En general, aquellos que se ubican en supermercados no atienden los días domingo y festivos, salvo los denominados puntos Bip, los cuales funcionan en dichos días.

c) Que la regla general es que los trabajadores laboren en un régimen exceptuado del descanso dominical en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, pudiendo constarse que existen algunos que aun estando afectos a dicho régimen, en la práctica no laboraban en días festivos.

d) Que no obstante ello, existen dependientes que están contractualmente afectos a jornadas laborales distribuidas en cinco o seis días, de lunes a viernes o de lunes a sábado.

1.- Precisado lo anterior y en relación a la primera consulta formulada, cabe señalar que el artículo 35 del Código del Trabajo, que consagra el régimen normal de descanso semanal, prescribe:

*“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.*

*“Se declara Día Nacional del Trabajo el 1° de mayo de cada año. Este día será feriado.”*

Por su parte, el artículo 37 del mismo Código, establece:

*“Las empresas o faenas no exceptuadas del descanso dominical no podrán distribuir la jornada ordinaria de trabajo en forma que incluya el domingo o festivo, salvo en caso de fuerza mayor.*

*Si la Dirección del Trabajo estableciere fundadamente que no hubo fuerza mayor, el empleador deberá pagar las horas como extraordinarias y se le aplicará una multa con arreglo al artículo 506.”*

Del análisis conjunto de los preceptos legales anotados es posible colegir que el legislador ha establecido que los días domingo y festivos constituyen días de descanso obligatorio, salvo respecto de los trabajadores que se desempeñan en actividades o faenas exceptuadas de dicho descanso en los términos previstos en el artículo 38 del Código del Trabajo, los cuales están legalmente autorizados para laborar dichos días.

El mismo análisis permite sostener que las empresas sujetas al régimen normal de descanso previsto en el citado artículo 35 están impedidas de distribuir la jornada de trabajo de sus dependientes incluyendo los días domingo y festivos, salvo en caso de fuerza mayor, circunstancia que deberá ser calificada por la Dirección del Trabajo, y que en caso que dicho organismo estableciere fundadamente que no hubo fuerza mayor, las horas laboradas en dichos días deberán ser pagadas como extraordinarias.

Al tenor de lo expuesto, y dando respuesta a la presente consulta, forzoso resulta convenir que el empleador no puede exigir laborar en días domingo y/ o festivos a los trabajadores que convencionalmente están afectos a la norma general del descanso dominical previsto en el artículo 35 del Código del Trabajo y que laboran en jornadas distribuidas contractualmente de lunes a viernes o de lunes a sábado.

2) En lo que se refiere a los dependientes de esa empresa, exceptuados del descanso dominical, cabe manifestar que de acuerdo a los antecedentes que constan en el informe de fiscalización antes mencionado, la regla general es que la jornada de trabajo de los dependientes de esa empresa que se desempeñan en los distintos centros de recaudación y pago de la misma se distribuya de lunes a domingo entre las 18, 45 y las 18.15 horas, acordándose que éstos podrán quedar sujetos al sistema de turnos establecido en el reglamento interno, previa notificación escrita con treinta días de antelación. Respecto de los días festivos el mencionado informe señala que los trabajadores afectos a jornadas distribuidas de lunes a domingo y que están insertos en un determinado centro de recaudación normalmente laboran en dichos días, salvo en alguna de dichas instalaciones en que no se atendía en dichos días. Tal situación cambió a partir del 15 de agosto de 2014 fecha en que todas las cajas auxiliares comenzaron a atender en días festivos.

En síntesis, la mencionada fiscalizadora manifiesta que la norma general es que los trabajadores laboren en faenas distribuidas de lunes a domingo, con los correspondientes descansos, y que la excepción la constituirían algunas cajas auxiliares insertas en los supermercados, que al mes de julio de 2014, no abrían los festivos. Añade que los trabajadores de los centros de recaudación y pago que incluían dichas cajas se encontraban en dos situaciones: aquellos que hasta el 15.08 2014 nunca habían trabajado en días festivos, y otros, que eran programados para trabajar dichos días en otra caja del mismo centro.

Sin perjuicio de lo señalado indica que de acuerdo a los antecedentes recopilados, la gran mayoría de los trabajadores sujetos a dicho régimen y que nunca trabajaron en festivos, han convenido con la empresa empleadora, trabajar en aquellos que las partes denominan "renunciables", en contraposición a los que la ley ha asignado la condición de irrenunciables. Es así, como el primer festivo trabajado por dichos trabajadores, fue el 15 de agosto de 2014, para cuyo efecto suscribieron un anexo de contrato.

Precisado lo anterior, cabe tener presente que el artículo 38 del Código del Trabajo, que regula las excepciones al descanso dominical que consagra el artículo 35 del mismo cuerpo legal, en sus cinco primeros incisos, 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 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.*

*No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán 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, domingo o festivos.*

*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.”*

De las normas legales precedentemente anotadas fluye que nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla dos sistemas de descanso semanal, uno que establece como días de descanso obligatorio los domingo 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, en tales días, están obligados a prestar los servicios convenidos.

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.

Como es posible advertir, tratándose de los descansos compensatorios que excedan de uno semanal, el citado artículo 38 faculta a las partes para convenir, entre otras alternativas, que ellos no se otorguen efectivamente y que se laboren, remunerándoselos en una forma especial.

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 produjeran por el hecho de incidir festivos en la respectiva semana.

Efectuadas las precisiones anteriores, cabe señalar que de los antecedentes de hecho anteriormente analizados fluye que los trabajadores a quienes se refiere la consulta formulada están afectos a un régimen exceptuado del descanso dominical, no obstante lo cual, hasta el mes de julio de 2014 nunca laboraron los días festivos, por cuanto los establecimientos en que laboran no atendían en dichos días. De iguales antecedentes aparece que debido a necesidades operacionales de la empresa se decidió la apertura de los mismos en los días feriados que no tienen el carácter de irrenunciables de acuerdo a la actual normativa, comenzando a operar esta nueva modalidad a partir del festivo recaído el 15 de agosto del año 2014, oportunidad en que los trabajadores afectados suscribieron un anexo de contrato acordando laborar dicho día. Atendida tal circunstancia, esto es, la existencia de un pacto expreso en tal sentido y teniendo presente que los citados trabajadores se encuentran contractualmente exceptuados del descanso dominical y de días festivos, preciso resulta convenir que no existiría impedimento legal para que presten servicios en tales días, no obstante que con anterioridad éstos habían sido de descanso. Ello, sin perjuicio de los descansos compensatorios que les corresponde impetrar en la forma y condiciones señaladas o de la remuneración o distribución especial que puedan acordar con su empleador en conformidad al inciso 5º del artículo 38, según corresponda.

Cabe advertir que la conclusión anterior solo resultaría válida para los trabajadores que suscribieron los respectivos anexos, pero no así, tratándose de aquellos que no celebraron dicho pacto, toda vez que a su respecto se habría configurado una regla de la conducta en orden a no laborar ningún festivo que incida en su jornada laboral.

En efecto, de acuerdo a la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio, la modificación de cláusulas escritas de un contrato de trabajo, además de poder efectuarse a través de un acuerdo de voluntad entre las partes, puede verificarse aplicando la regla de interpretación de los contratos, contemplada en el artículo 1564 del Código Civil, cuyo inciso final prescribe que la cláusula de un contrato puede interpretarse "por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra".

Conforme al precepto legal 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 su aplicación puede legalmente llegar a suprimir, modificar o complementar cláusulas expresas de un contrato. En otros términos, 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.

De esta suerte, la aplicación práctica que se haga de las estipulaciones de un contrato de trabajo fija en definitiva la interpretación y verdadero alcance que las partes han querido darle.

En el caso que nos ocupa, los trabajadores de que se trata, no obstante estar exceptuados del descanso dominical y de días festivos y por lo tanto facultados para trabajar en dichos días, siempre descansaron los días

festivos , situación que cambió el 15 de agosto de 2014, debido a la decisión de la empresa de abrir en tales días.

De ello se sigue que las partes, reiteradamente en el tiempo entendieron y ejecutaron la cláusula contractual pertinente en forma tal que los dependientes nunca laboraron los festivos que inciden en la respectiva jornada laboral, circunstancia que a la luz de las consideraciones formuladas en párrafos anteriores permiten sostener que respecto a dicho personal se habría producido una modificación de la estipulación relativa a la duración y distribución de la jornada de trabajo inserta en los respectivos contratos individuales, en orden a no laborar en dichos días, la cual no podría ser dejada sin efecto sino por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales de conformidad a lo prevenido en el artículo 1545 del Código Civil, el que al efecto prescribe:


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


De consiguiente, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

1.- El empleador no puede exigir laborar en días domingo y/ o festivos a los trabajadores que convencionalmente están afectos a la norma general del descanso dominical previsto en el artículo 35 del Código del Trabajo y que laboran en jornadas distribuidas contractualmente de lunes a viernes o de lunes a sábado.

2.- Respecto de los trabajadores de esa empresa que, no obstante estar exceptuados del descanso dominical y de días festivos y por lo tanto facultados para trabajar en dichos días, siempre descansaron en días festivos, habría operado una modificación de la estipulación relativa a la duración y distribución de la jornada de trabajo inserta en los respectivos contratos individuales, en orden a no laborar en dichos días, la cual no podría ser dejada sin efecto en forma unilateral por el empleador, esto es, sin el acuerdo de los respectivos trabajadores.

Saluda atentamente a Uds.,

  
**JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO**  
**ABOGADO**  
**JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO**  
**DIRECCIÓN DEL TRABAJO**



  
**RGR/SMS/sms**

**Distribución:**

- Jurídico
- Partes,
- Control
- C/c Empresa Servipag Ltda.