

DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO

K. 23288(1190)/97
S/K. (800)/97

ORD. NQ 0648 / 045

MAT.: La empresa Hotelera Panamericana S.A., Hotel O'Higgins, está dando cumplimiento a la obligación prevista en el artículo 38 del Código del Trabajo, al haber convenido con los respectivos trabajadores, compensar los días festivos trabajados, otorgándoles un día de descanso compensatorio en domingo, del mismo mes calendario, o de otro mes distinto del mismo año calendario, de forma tal, que en definitiva, los dependientes gozan de un día domingo de descanso al mes.

ANT.: 1) Ord. NQ 2626, de 10.11.97, Sra. Inspectora Comunal del Trabajo, Viña del Mar.
2) Ordinario NQ 5440, de 08.-09.97, Sr. Jefe Departamento Jurídico.
3) Pase NQ 43, de 11.08.97, Sr. Subdirector del Trabajo.
4) Presentación de 16.07.97, Sindicato de Trabajadores de la Empresa Hotelera Panamericana S.A. Hotel O'Higgins.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículo 38.

CONCORDANCIAS:

Dictámenes NQs 1981/80, de 08.03.96, 1220/91 de 11.03.97 y 3552/189 de 16.06.97.

SANTIAGO, 04 FEB 1998

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES. DIRIGENTES DEL SINDICATO DE TRABAJADORES
DE LA EMPRESA HOTELERA PANAMERICANA S.A.
HOTEL O'HIGGINS
CASILLA 3-D
VINA DEL MAR/

Mediante presentación del antecedente 4), se ha solicitado un pronunciamiento en orden a determinar si la empresa Hotelera Panamericana S.A. Hotel O'Higgins, está dando cumplimiento a la obligación prevista en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, en orden a otorgar a sus trabajadores un

día de descanso en domingo en cada mes calendario en compensación por los días domingo o festivos laborados.

Al respecto, cúpleme informar a Ud.

lo siguiente:

El Código del Trabajo, en el artículo

38, inciso 4º dispone:

"En los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero al menos uno de los días de descanso 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 aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales, o se contraten exclusivamente para trabajar los día sábado, domingo o festivos"

De la norma legal transcrita se infiere que el legislador otorga a los trabajadores comprendidos en el N° 2 y 7º del inciso 1º del artículo 38 del Código del Trabajo, el derecho a que en el respectivo mes calendario, a lo menos, uno de los días de descanso compensatorio que les corresponda impetrar por los días domingo y festivos laborados en dicho período, se otorgue en día domingo.

Como es dable apreciar, la norma antes transcrita y comentada contiene la regla general sobre la materia, conforme a la cual el empleador se encuentra obligado a conceder un día de descanso en domingo en cada mes calendario en compensación de las actividades desarrolladas en días domingo o festivos, a los trabajadores a que se refieren los N°s 2 y 7º del inciso 1º del artículo 38 del Código del Trabajo.

Asimismo, en relación a esta norma cabe consignar que el tenor literal de la misma sólo se limita a establecer que uno de los días de descanso en el respectivo mes calendario debe otorgarse en día domingo, sin que con ello se altere la regla general sobre la materia, manteniéndose así, el mismo número de días de descanso compensatorios, que corresponden por los días domingo y festivos laborados en el mes respectivo.

De consiguiente, posible es convenir que el otorgamiento de los días de descanso compensatorio que deben impetrar en domingo los trabajadores que se desempeñan en las explotaciones, labores o servicios a que se refiere el N° 2 del artículo 38 del Código del trabajo y a aquellos que prestan servicios en los establecimientos de comercio y de servicios a que alude el N° 7 del mismo precepto legal, no confiere a los mismos el derecho a un día adicional de descanso semanal.

En otros términos, el empleador cumple con la obligación impuesta en el inciso 1º del artículo 38 del Código del Trabajo, esto es, otorgar un día de descanso en

domingo en el respectivo mes calendario, cuando concede descanso en dicho día, en compensación por las actividades desarrolladas por tales trabajadores en día domingo o bien en compensación por los días festivos laborados en el mes respectivo.

Para tales efectos y tal como lo ha sostenido reiteradamente este Servicio, el empleador puede efectuar las correspondientes adecuaciones en la distribución de la jornada de trabajo, la cual debe contar con el consentimiento de los respectivos trabajadores, si dicha distribución se encuentra contenida en los contratos individuales o colectivos de trabajo, acorde con lo prevenido en el inciso 2º de artículo 5º del Código del Trabajo.

Por su parte, si la jornada de trabajo existente en la empresa se cumple a través de un sistema de turnos cuya duración y distribución se encuentra únicamente establecida en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, el empleador se encontraría facultado para modificar la jornada de trabajo establecida en dicho reglamento, debiendo para tales efectos dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 156 del Código del Trabajo, precepto conforme al cual debe poner en conocimiento de los trabajadores tal modificación con treinta días de anticipación contados desde la fecha en que comience a regir, y fijarla, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación.

Con todo, necesario es hacer presente que la modificación de la jornada que se efectúe con el objeto de otorgar el beneficio del descanso en día domingo, en caso alguno puede significar alterar las normas generales sobre la oportunidad en que debe otorgarse el día de descanso semanal, esto es, al séptimo día, después de seis días de trabajo, ni tampoco vulnerar los toques máximos de la jornada ordinaria de 48 horas semanales y de 10 horas diarias, afirmación ésta que se encuentra en armonía con lo sostenido por esta Repartición en los dictámenes NQs 305/24, de 18.01.94 y 1220/61 de 11.03.97.

Asimismo, el inciso 5º del artículo 38 modificado por la ley NQ 19.482, establece otra alternativa para dar cumplimiento al descanso en día domingo, respecto de los trabajadores que se encuentran en alguna de las situaciones contempladas en el NQ 2 del citado precepto, conforme a la cual se faculta a los respectivos dependientes para 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, acuerdo éste que debe permitir al trabajador, en un período de doce meses, descansar, a lo menos doce días domingo.

Finalmente, en relación con esta materia cabe consignar que este Servicio mediante dictamen NQ 1981/80 de 28.03.96, resolvió que resulta ajustado a derecho que *"el empleador pacte con sus trabajadores, dependientes de establecimientos de comercio y de servicios exceptuados del descanso dominical que atiendan directamente al público, compensar los días*

festivos efectivamente laborados por tales trabajadores y que excedan de uno en la respectiva semana laboral otorgándoles un día de descanso compensatorio en un domingo, del mismo mes calendario, o de otro mes distinto, dentro del mismo año calendario, de forma tal que, en definitiva, el trabajador goce de un domingo de descanso al mes", doctrina ésta que resulta plenamente aplicable respecto de los trabajadores que se desempeñan en las labores, explotaciones o servicios a que se refiere el N° 2 del citado artículo 38.

Con todo, necesario es consignar que a juicio de esta Repartición los acuerdos que se celebren en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, relativos al otorgamiento del día de descanso en domingo en forma acumulada, sólo resultan procedentes en la medida que los trabajadores involucrados se encuentren afectos a un contrato de duración indefinida, no pudiendo, por ende, celebrarse respecto de trabajadores sujetos a un contrato de plazo fijo inferior a 12 meses.

Lo anterior por cuanto, por una parte, del tenor literal del inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, se desprende que el respectivo convenio debe referirse a lo menos a un período de doce meses, asegurando al trabajador descansar doce domingo en año y, por otra, la duración de un contrato de plazo fijo inferior al referido período, además, de impedir el uso efectivo de los doce domingo en el año, el mismo podría referirse a meses en que no estuviere vigente el contrato de trabajo de plazo fijo, circunstancia ésta que impediría descansar en día domingo, caso en el cual se desvirtuaría el objetivo que tuvo el legislador al establecer el aludido beneficio.

Ahora bien, en la especie conforme a los antecedentes reunidos en torno a este asunto, en especial del informe de fiscalización de fecha 24.10.94, complementado el día 03.12.97, que fuera evacuado por el funcionario de la Inspección Comunal del Trabajo, Viña del Mar, Sr. Carlos Montero S., se ha podido establecer que los trabajadores de la empresa Hotelera Panamericana S.A., Hotel O'Higgins cuya jornada de trabajo se encuentra distribuida en turnos rotativos que incluyen el trabajo en días domingo y festivos tienen derecho a un día de descanso en la semana en compensación por los días domingo trabajados.

Asimismo, de los referidos informes de fiscalización aparece que los trabajadores de que se trata convinieron con el empleador, mediante anexo del contrato individual de trabajo, compensar los días festivos trabajados, otorgándoles un día de descanso en domingo del mismo mes calendario o de otro mes distinto, dentro de un período de meses calendario que no podrá exceder de doce, de forma tal que en definitiva el trabajador goce de un domingo de descanso al mes.

Finalmente, de los documentos tenidos a la vista se ha podido establecer que el acuerdo de modificación de contrato antes señalado fue suscrito por la Empresa y los respectivos trabajadores, con el objeto de dar cumplimiento a la obligación

de otorgar un día de descanso en domingo, en compensación por los días domingo o festivos laborados.

Analizados los hechos descritos a la luz del precepto en análisis y teniendo presente la doctrina administrativa emanada de esta Repartición sobre la materia, forzoso es concluir que la forma en que la empresa Hotelera Panamericana S.A., Hotel O'Higgins está dando cumplimiento a la obligación contenida en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, se encuentra ajustada a derecho.

La conclusión anterior no puede verse desvirtuada por la circunstancia de que la organización sindical constituida en la Empresa haya presentado una nota a la Inspección Comunal del Trabajo, Viña del Mar, en virtud de la cual los trabajadores que en la misma se individualizan revocan el acuerdo suscrito entre los dependientes de que se trata y la empresa Hotelera Panamericana S.A. Hotel O'Higgins, puesto que dicho acuerdo al formar parte del contrato individual de trabajo, sólo puede ser dejado sin efecto por acuerdo mutuo de ambas partes contratantes, acorde con lo prevenido en el artículo 1545 del Código Civil y en el artículo 5º inciso 2º, del Código del Trabajo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, consideraciones expuestas y doctrina administrativa invocadas, cúmpleme informar a Uds. que la empresa Hotelera Panamericana S.A., Hotel O'Higgins está dando cumplimiento a la obligación prevista en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, al haber convenido con los respectivos trabajadores compensar los días festivos laborados, otorgándole un día de descanso compensatorio en un domingo, del mismo mes calendario, o de otro mes distinto, dentro del mismo año calendario, de forma tal, que en definitiva, los dependientes gozan de un día domingo de descanso al mes.

Saluda a Ud.,

DIRECCION DEL TRABAJO
 04 FEB. 1958
 OFICINA DE PARTES



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

MCST/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 Hotelera Panamericana S.A. Hotel O'Higgins