



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN
DERECHO
K 6155 (1404) 2017

ORD. N°: 3486

Jurídico

MAT.: Atiende solicitud de pronunciamiento acerca de la procedencia de considerar como derecho adquirido para los trabajadores antiguos de la Tienda Hites S.A., el horario especial de apertura de tiendas, los domingos de elecciones parlamentarias o presidenciales.

ANT.: 1.- Instrucciones de 17.07.2017 de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
2.- Presentación de 04.07.2017 de doña Teresa Riquelme, en representación del Sindicato de Empresa Comercializadora S.A., RSU 1301.2593.

SANTIAGO,

01 AGO 2017

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SRA. TERESA RIQUELME BRAVO
SINDICATO DE TRABAJADORES COMERCIALIZADORA S.A.
PASAJE LOS PRUSIANOS N°2431
MAIPÚ
teresariquelme.bravo@gmail.com
sindicato.hites@gmail.com

Por medio de la presentación del antecedente Ud. ha solicitado a este Departamento un pronunciamiento acerca de la procedencia de considerar como derecho adquirido, para los trabajadores antiguos de la Tienda Hites S.A., el horario especial de apertura de tiendas los domingos de elecciones parlamentarias o presidenciales.

Funda su presentación en que los trabajadores antiguos tenían el beneficio de ingresar a trabajar a las 13:00 o 14:00 horas en un día de elecciones presidenciales o parlamentarias, situación que actualmente no se realiza, pues la empresa ofrece a los trabajadores que se presentan a trabajar, habiendo ya ejercido su derecho a sufragio, la cantidad \$2.000 pesos en efectivo.

Al respecto, cúpleme en informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 38 del Código del Trabajo dispone "Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

"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"

Este Servicio ya se ha pronunciado al respecto, a propósito de elecciones de presidente y parlamentarias, por medio del dictamen N°4979/067 de 10.12.2009, el que dispone, *"De esta suerte, con el mérito de todo lo expuesto, y teniendo presente que el día 13 de diciembre del presente año se llevará a efecto la elección de presidente de la República y de Parlamentarios en conformidad a la ley, posible es convenir que los trabajadores que laboran en centros o complejos comerciales administrados bajo una misma razón social o personalidad jurídica se encuentran liberados de prestar servicios en dicho día, toda vez que éste reviste carácter de feriado obligatorio para tales dependientes, haciendo presente que los mismos gozarán del mismo derecho el día 17 de enero de 2009, si correspondiere una segunda votación de dichas elecciones."*

Conforme se ha señalado en los párrafos anteriores, los trabajadores a quienes les corresponde prestar servicios en un día domingo de elecciones cívicas deberán gozar del permiso de, a lo menos, 2 horas para ejercer su derecho a sufragio, sin alterar su remuneraciones, así como también los permisos necesarios para ejecutar las labores de vocal de mesa o de miembro del Colegio Escrutador o delegado de la Junta Electoral.

Como se ha sostenido reiteradamente en doctrina de este Servicio, el contrato de trabajo es esencialmente consensual, sin perjuicio que el legislador exige su escrituración para efectos de prueba, de esta forma la manifestación de voluntad, no sólo puede ser expresada de manera explícita, sino también de modo tácito, tal como lo dispone entre otros, el Ordinario N° 6.074 de 26.12.2016 en los siguientes términos: *"la doctrina sobre las cláusulas tácitas y derechos adquiridos de este Servicio, contenida en el Ordinario N° 3.735, de 18.07.2016, entre otros, sostiene que la formación del consentimiento puede emanar tanto de una manifestación expresa de la voluntad como de una tácita, y que esta última se constituye por la 'realización reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo o por el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, situaciones éstas que determinan la existencia de cláusulas tácitas que se agregan a las que en forma escrita se consignan en el contrato de trabajo'."*

Por otra parte, el Ordinario N°4.047 de 29.09.2013 precisa que, *"No basta para incorporar un derecho por cláusula tácita al contrato individual del trabajo, que otros trabajadores lo hayan hecho efectivo y disfrutado de él. Es indispensable que el dependiente, como una **persona natural determinada**, haya hecho uso de él reiteradamente en el tiempo..."*. Requiriéndose, además, *"una experiencia compartida y reiterada de un trabajador con su empleador"*, de la manera manifestada en el Ordinario N°2.036, de 01.06.2007.

Este Servicio ha determinado además por medio del Ordinario N° 535 de 30.01.2015, que la cláusula tácita no resulta procedente cuando el derecho debe ejercerse de modo colectivo, en los siguientes términos, *"Sin embargo, la incorporación de cláusulas tácitas al contrato de trabajo, conforme a la modalidad descrita en el párrafo anterior, no se verifica tratándose de beneficios que revistan el carácter de colectivos."*

Al respecto, mediante Ordinario N° 3.186 de 13.07.1983, este Servicio definió como beneficio colectivo, *"aquél que debe ser disfrutado o exigido por todos los dependientes a un mismo tiempo sin que sea viable a ninguno de ellos demandar separadamente su cumplimiento, en un lugar y tiempo diverso del resto"*.

Entonces, sólo procede invocar la doctrina de la cláusula tácita, respecto de beneficios que se hayan ejercido con permanencia en el tiempo y con la aquiescencia de las partes, sin que pueda impetrarse de manera colectiva.

De la fiscalización efectuada a la empresa y en particular, el informe de exposición de la comisión N° 1388.2016-126, evacuado por el fiscalizador Sr. Rodrigo Puente F., de fecha 14.11.2016, da cuenta que en declaración del representante de la empresa Comercializadora S.A., éste habría expuesto que *"durante la elecciones llevadas a cabo en años anteriores, sin considerar las primaria y municipales realizadas durante este año (2016), las tiendas*

HITES contaba con un horario especial de apertura, el que generalmente era a las 14 horas, para permitir a los trabajadores ejercer su derecho a sufragar, agrega que la situación descrita se dio desde el año 2008 al 2016.”

Revisado los registros del Servicio Electoral, entre el año 2008 y 2016, han transcurrido 5 jornadas electorales, tanto presidenciales, parlamentarias, como para alcaldes y concejales, y que de acuerdo a lo declarado por el representante del empleador, las tiendas abrieron sus puertas al público a las 14:00 horas.

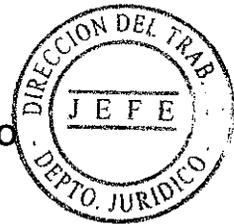
De lo señalado en los párrafos anteriores, es posible inferir que aquellas tiendas que pueden operar en día de elecciones cívicas, el horario de apertura ha sido a las 14:00 horas, con el conocimiento, consentimiento y aprobación tanto del empleador como de los trabajadores, que ejercieron reiteradamente el beneficio, de modo que existe una modificación tácita de los contratos individuales de trabajo, respecto del horario de ingreso de los trabajadores en los días determinados por la Ley, para emitir el sufragio.

El hecho que el empleador decida abrir al público las tiendas en un horario determinado, se encuentra dentro de las facultades para administrar, dirigir y organizar su empresa, no obstante haber operado una modificación tácita respecto del horario de ingreso de ciertos trabajadores de la empresa, beneficio que podrá ser requerido, de modo individual, por aquellos dependientes que en elecciones anteriores, dieron comienzo a su jornada en ese horario, de manera reiterada en el tiempo y con el conocimiento y consentimiento del empleador, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la intervención de la Inspección del Trabajo correspondiente, de ser necesario.

En consecuencia, sólo podrán impetrar el derecho a dar inicio a su jornada laboral a las 14 horas en domingo de elecciones, aquellos trabajadores que individualmente considerados y cumpliendo los requisitos de reiteración en el tiempo y el consentimiento del empleador, hayan disfrutado del beneficio, no siendo procedente que la empresa, se vea obligada a abrir sus puertas al público en determinado horario, al constituir esta una manifestación de las facultades de administración con que cuenta el empleador.

Saluda a Ud.,


JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



JFCC/DEPTO. JURÍDICO

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control