



DEPARTAMENTO JURIDICO
S/K(925) 2013

ORD.: N° 0407 / 06 /

MAT.: El acuerdo previsto en el inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, conforme al cual las partes pueden convenir una especial forma de distribución o remuneración de los días de descanso compensatorio que excedan de uno semanal, debe constar por escrito.

ANT.: 1) Instrucciones de 02.01.2014 y 12.12.2013 de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
2) Correo electrónico de 11.11.2013 de Subjefe Departamento Inspección.
3) Correos electrónicos de 27/09/2013; 12 y 13.06.2013 DRT Santiago Oriente.
4) Correos Electrónicos de 08.11.2013, 27.09.2013 y 14.06.2013, Departamento Jurídico.
5) Memo N° 43 de 26.04.2013, de Sr. Jefe Departamento Inspección.

FUENTES: Código del Trabajo, Artículos 35, inc 1°, y 38, inciso 5,

CONCORDANCIAS: Ords. N° 4231/305 de 08.09.2000 y N° 2095, de 18.04.1986.

SANTIAGO,

30 ENE 2014

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Mediante Memo del antecedente 5), se ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección en orden a precisar si corresponde sancionar al empleador que paga como horas extraordinarias el día de descanso compensatorio que excede de uno semanal, no existiendo pacto escrito al respecto que permita establecer los términos del eventual acuerdo y sobre el cual existiría discrepancia entre las partes.

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

El artículo 35 del Código del Trabajo, en su inciso 1°, dispone:

“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.”

Por su parte, el artículo 38 del mismo cuerpo legal, que regula las actividades exceptuadas del régimen normal de descanso

semanal establecido en el inciso 1º del citado artículo 35, en sus incisos 3º y 5º, prescribe:

"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."

"Cuando se acumule más de un día de descanso a la semana por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto, las partes podrán acordar una forma especial de distribución o de remuneración de los días de descanso compensatorios que excedan de uno semanal. En este último caso la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32"

Del análisis conjunto de las disposiciones legales citadas se desprende, en primer término, que el régimen normal de descanso dominical y en días festivos que consagra el artículo 35 del Código del Trabajo, no rige tratándose de las actividades exceptuadas de dicho descanso en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, no obstante lo cual, por expreso mandato del legislador, los respectivos trabajadores tienen derecho a impetrar un día de descanso a la semana en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo y otro, por cada festivo en que debieron prestar servicios.

Se desprende asimismo, que en caso que se acumule más de un día de descanso a la semana, las partes pueden acordar una especial forma de distribución o de remuneración de aquél o aquellos que exceden de uno, estableciéndose que en esta última situación la remuneración que se pacte no puede ser inferior a la prevista en el artículo 32 del Código del Trabajo, esto es, la correspondiente a las horas extraordinarias de trabajo.

Precisado lo anterior, cabe señalar que la resolución de la consulta planteada en la especie, esto es, la eventual sanción que correspondería aplicar por la inexistencia de un pacto escrito al respecto obliga a determinar si el acuerdo a que alude el inciso 5º del artículo 38 del Código del Trabajo, está sujeto a dicha formalidad.

Al respecto, cabe señalar que aún cuando la citada norma legal no establece expresamente dicha exigencia sino que se limita a establecer que las partes pueden acordar una especial forma de distribución o remuneración de los días de descanso compensatorio que exceden de uno semanal, este Servicio, en el ámbito de su competencia en materia de interpretación legal, estima que dicho acuerdo debe materializarse por escrito, debiendo establecerse en el mismo las condiciones de otorgamiento y pago del beneficio que en él se establece.

La conclusión anterior se fundamenta en el principio de certeza y seguridad jurídica que debe imperar en las relaciones laborales el cual busca garantizar que trabajador y empleador conozcan con exactitud sus derechos y obligaciones recíprocas. En efecto la materialización por escrito de dicho pacto permitirá a las partes conocer con claridad los términos del mismo y evitar con ello eventuales discrepancias al respecto, sirviéndoles además como medio de prueba de acordado. Asimismo, la escrituración de dicho documento facilitará la labor fiscalizadora de este Servicio al conocer de denuncias que se efectúen sobre la materia.

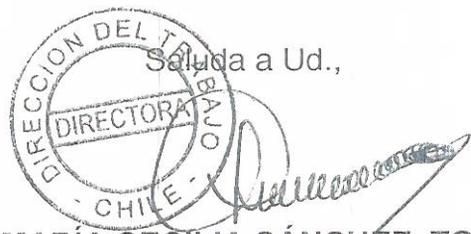
En cuanto a la oportunidad en que debe celebrarse dicho acuerdo, esta Dirección, en forma reiterada y uniforme ha sostenido, que éste debe suscribirse con anterioridad a la época en que dicho día debe trabajarse, conclusión que se fundamenta en la circunstancia que si bien es cierto el

inciso 5º del artículo 38 faculta a las partes para convenir una especial forma de distribución o de compensación de los días de descanso que excedan de uno semanal, no lo es menos que tal potestad no puede ser ejercida para subsanar en forma retroactiva, las omisiones cometidas por una empresa, debiendo por tanto operar sólo a futuro. En el sentido indicado se han pronunciado, entre otros, los Ords. Nº 4231/305, de 11.10.2000 y Nº 2095 de 18.04.86.

Precisado lo anterior, cabe señalar a Ud. que la inexistencia de pacto escrito sobre la materia podrá ser sancionada administrativamente por este Servicio, conforme al artículo 503 del Código del Trabajo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que el acuerdo previsto en el inciso 5º del artículo 38 del Código del Trabajo, conforme al cual las partes pueden convenir una especial forma de distribución o remuneración de los días de descanso compensatorio que excedan de uno semanal, debe constar por escrito.

Saluda a Ud.,



MARÍA CECILIA SÁNCHEZ TORO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO




MAOM/SMS/MOP
Distribución:

-Jurídico – Partes – Control – Boletín - Divisiones D.T. – Subdirector - U. Asistencia Técnica - XV Regiones- Sr. Subsecretario del Trabajo - Jefe de Gabinete Sr. Ministro del Trabajo y Previsión Social.