



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K. 7073 (1305) 2015

ORD. N°: 0961 / 018

MAT. 1.- No resulta jurídicamente procedente que el empleador unilateralmente modifique el sistema de distribución de la jornada de trabajo y descansos que se venía utilizando con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20823, sin que previamente cuente con el acuerdo de los trabajadores.

2.- El otorgamiento de uno de los días de descanso consagrados en el artículo 38bis del Código del Trabajo, faculta al empleador a que dentro de los límites legales convenga con el trabajador la ampliación de la jornada diaria a fin de cumplir el total de la jornada semanal pactada expresa o tácitamente.

ANT.: 1) Instrucciones de 03.02.2016, Jefe del Departamento Jurídico.
2) Instrucciones de 27.11.2015, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
3) Pase N°1647 de 29.09.2015, de Director del Trabajo.
4) Instrucciones de 31.08.2015 y 29.07.2015, de Jefe de Departamento Jurídico.
5) Instrucciones de 25.06.2015, de Jefe de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
6) Presentación de 05.06.2015, de Sindicato Nacional Jumbo.

FUENTES: Artículo 38 bis del Código del Trabajo.

SANTIAGO,

15 FEB 2016

DE: DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

**A: CARLOS VALDERAS VARGAS
PRESIDENTE SINDICATO NACIONAL JUMBO
URQUIZAR 6340, LA REINA. SANTIAGO.**

Mediante presentación del antecedentes 6), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto de la interpretación que debe otorgarse al artículo 38 bis del Código del Trabajo, en lo referido a si con motivo de la entrada en vigencia de dicho artículo, el empleador se encontraría facultado para extender la jornada de trabajo, aún cuando con esta medida podrían verse vulnerados pactos tácitos respecto de la distribución de la jornada laboral.

Por otra parte, consulta la forma en que el referido descanso se relaciona con el descanso compensatorio consagrado en el inciso 4° del artículo 38 del

Código del Trabajo, en particular, en el caso de existir acuerdo con el empleador en el sentido de modificar el domingo por un sábado.

Al respecto, cabe considerar que el inciso primero del artículo 38 bis del Código del Trabajo, dispone:

"Sin perjuicio de lo señalado en el inciso cuarto del artículo anterior, los trabajadores a que se refiere el número 7 del inciso primero del mismo artículo gozarán, adicionalmente a ello, de siete días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo. Solo mediante acuerdo escrito entre el empleador y los trabajadores, o con el o los sindicato existentes, hasta tres de dichos domingos podrán ser reemplazados por días sábado, siempre que se distribuyan junto a un domingo también de descanso semanal. Este derecho al descanso dominical no podrá ser compensado en dinero, ni acumulado de un año a otro".

Por su parte, el artículo 10 N°5 del Código del Trabajo, prescribe:

"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

5. Duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno".

De la disposición legal anotada, se colige que las partes se encuentran obligadas a determinar, en el contrato de trabajo, la duración y distribución de la jornada, requisito este último que esta Dirección ha estimado se refiere tanto a la distribución diaria como semanal.

En estas circunstancias, preciso es convenir que todo contrato debe contener la referida cláusula, pues el legislador desea que el dependiente conozca con certeza el número de horas que comprende su jornada de trabajo.

Conforme a lo indicado, el contrato de trabajo contiene cláusulas esenciales, respecto de las que debe alcanzarse pleno consentimiento por ambas partes del vínculo y que, además, exigen para su modificación un acuerdo de iguales características.

Ahora bien, atendida la naturaleza consensual del contrato de trabajo –así declarado en el artículo 9° del Código del Trabajo- el acuerdo sobre la jornada, puede formarse no sólo a través de la manifestación expresa de voluntad de los contratantes, sino también por la manifestación tácita de la misma, derivada esta última, de la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo, así como el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, lo que lleva a la existencia de cláusulas tácitas que confirman o modifican las que constan escrituradas en el contrato de trabajo.

Por lo que, ya se trate de una estipulación expresa del contrato de trabajo, o bien, de un acuerdo tácito, la entrada en vigencia de la Ley N°20.823, por la que se agregó al Código del Trabajo el artículo 38 bis, no habilita al empleador para que éste de forma unilateral modifique el sistema de distribución de la jornada semanal.

Conforme a lo anterior, el empleador por un parte, se encuentra obligado a respetar el régimen de jornada y descansos acordado con el trabajador, mismo que se cumplía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.823, a menos que ambas partes consientan en establecer un nuevo sistema de distribución de la jornada semanal.

Cabe considerar que este Servicio, mediante Dictamen N°3996/52, de 07.08.2015, ha efectuado idéntica interpretación de la normativa por la que

se consulta, agregando expresamente que la Ley N°20.823, no contiene disposiciones que modifiquen las reglas generales sobre el contenido esencial del contrato de trabajo, o respecto de los acuerdos alcanzados por las partes sobre la distribución de la jornada.

En el mismo orden, la entrada en vigencia de la ley en estudio, no modificó las reglas generales sobre la extensión de la jornada laboral diaria o semanal, por lo que, ambas partes de la relación laboral están llamadas a cumplir el máximo pactado en cada caso. Por lo que, el empleador se encuentra facultado para ampliar la jornada diaria -dentro de los límites legales- a objeto de que se cumpla la jornada semanal pactada expresa o tácitamente, tratándose de aquellas semanas en que se otorgue alguno de los descansos determinados en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, debiendo en tal caso convenir con el trabajador, los términos en que dicha ampliación se hará efectiva.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúmpleme en informar a Ud. que:

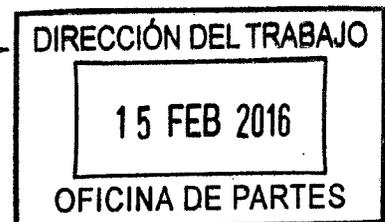
1.- No resulta jurídicamente procedente que el empleador unilateralmente modifique el sistema de distribución de la jornada de trabajo y descansos que se venía utilizando con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20823, sin que previamente cuente con el acuerdo de los trabajadores.

2.- El otorgamiento de uno de los días de descanso consagrados en el artículo 38bis del Código del Trabajo, faculta al empleador a que dentro de los límites legales convenga con el trabajador la ampliación de la jornada diaria a fin de cumplir el total de la jornada semanal pactada expresa o tácitamente

Saluda a Ud.



RAFAEL PEREIRA LAGOS
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO (S)



JFCC/LBP/PRC

Distribución:

- Subsecretario del Trabajo
- Jefe de Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subdirector del Trabajo
- Jurídico
- Boletín
- Divisiones DT.
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Partes
- Control