



DEPARTAMENTO JURIDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN
DERECHO
S/K (491) 2016

ORD.: 0806 / 014

MAT.: Si de modo excepcional al término de la relación laboral, el trabajador no hizo uso de los 7 domingos de descanso establecidos por la Ley N° 20.823, debido a que no se completó la anualidad, dichos días, deberán ser pagados, en la forma establecida en el cuerpo del presente informe.

ANT.: 1) Pase N° 159 de 31.01.2018 del Director del Trabajo.

2) Instrucciones de 07.08.2017 de la Jefa de la Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

3) Instrucciones de 12.06.2017 del Jefe del Departamento Jurídico.

4) Pase N° 632 de 07.06.2017 del Director del Trabajo.

5) Pase N° 603 de 22.04.2016 del Director del Trabajo.

6) Instrucciones de 09.03.2016 de la Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

7) Correo electrónico de 15.02.2016 del Centro de Conciliación y Mediación Metropolitano Oriente.

FUENTES: Artículo 38 bis del Código del Trabajo.

CONCORDANCIAS: Dictamen N° 8413/143 de 30.10.1989, Dictamen N° 5733/066 de 06.11.2015.

SANTIAGO, 09 FEB 2018

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

A : SRA. JEFA DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN METROPOLITANO ORIENTE.

Mediante presentación del antecedente 7), se ha solicitado un pronunciamiento, tendiente a resolver la procedencia de pagar a los trabajadores los descansos que otorga la Ley N°20.823, si al momento de poner término a la relación laboral, no habían hecho uso de todo o parte de los mismos.

Sobre el particular, cumplo con informar lo siguiente:

Que, el 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 sindicatos 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.*

Este artículo no se aplicará a los trabajadores contratados por un plazo de treinta días o menos, ni a aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos.”

Como es posible colegir, la norma citada concede a los trabajadores, cuyas funciones se encuentran contempladas en el N°7 del artículo 38 del Código del Trabajo, 7 días de descanso en domingo, siempre que estén contratados por más de 30 días, cumplan jornada ordinaria superior a 20 horas semanales, no se encuentren contratados para prestar servicios solo los sábados, domingos y festivos, y que además, contemplen una distribución de la misma de manera que incluya la prestación de servicios en día domingo, por cada año de vigencia del contrato de trabajo.

Respecto del contenido del beneficio, es importante señalar que, no produce el efecto de aumentar los descansos compensatorios a que tienen derecho los trabajadores por aplicación del artículo 38 del Código del Trabajo, de esta manera el dictamen N° 5733/066 de 06.11.2015, reitera lo resuelto doctrinariamente a propósito de las modificaciones legales introducidas por la Ley N° 19.759 de la inclusión del descanso en dos domingos en el mes, en el siguiente sentido: *“Con el mérito de todo lo expuesto, cabe concluir que el beneficio que consagra el artículo 38 bis del Código del Trabajo no implica un aumento de los descansos que en virtud del artículo 38 corresponde hacer uso a los trabajadores a que se refiere el presente informe, sino establecer a su favor más días de descanso en domingo, adicionales a los dos de que ya gozaban en virtud de la modificación introducida al inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo.*

“De esta suerte, los empleadores y trabajadores del sector deberán efectuar las adecuaciones de jornada tendientes a dar cumplimiento a la nueva normativa, no implicando una alteración de las normas generales sobre duración y distribución de la jornada de trabajo, manteniéndose de esta forma los topes máximos de la jornada ordinaria de 45 horas semanales y de 10 horas diarias y su distribución semanal en no menos de cinco ni más de seis días.”

Asimismo, la jurisprudencia de la Dirección del Trabajo ha señalado en el dictamen N° 2.205/037 de 06.05.2015, que: *“... cabe considerar que el derecho a los 7 días domingo de descanso, se devenga dentro del respectivo año de vigencia del contrato de trabajo, sin que sea necesario el cumplimiento de la primera anualidad. Esto quiere decir, que el derecho nace para el trabajador a partir del día de su contratación. Conforme a lo anterior, el derecho en estudio no admite la acumulación de días de descanso para una época posterior al año en que se han devengado, y en el entendido que el legislador ha pretendido garantizar el descanso*

efectivo, no se admite la compensación en dinero de los días de descanso que no hayan sido utilizados”.

A su vez, la doctrina de este Servicio ha precisado la forma en que debe determinarse la anualidad. En este sentido, la jurisprudencia prevé que por acuerdo de las partes pueda considerarse la anualidad como año calendario, así lo dispone el Ordinario N° 2.485 de 19.05.2016, que señala: *“Ahora bien, no obstante lo indicado, es posible que por un acuerdo de voluntades celebrado entre el empleador y el trabajador o las organizaciones sindicales, la distribución de los domingos adicionales se efectúe conforme al año calendario, en la medida que esto no signifique una disminución en el mínimo de domingos establecido en la ley y que corresponde otorgar a los trabajadores por cada año de vigencia de sus respectivos contratos de trabajo”.*

Este beneficio constituye un derecho irrenunciable conforme lo dispone el inciso segundo del artículo 5° del Código del Trabajo mientras subsista la relación laboral, puesto que los 7 domingos de descanso, constituyen un beneficio que podrá hacerse efectivo desde el momento en que el trabajador es contratado. El dictamen N° 2205/037 ya citado, refuerza el concepto que la finalidad perseguida por el legislador es, fomentar el descanso del trabajador y el fortalecimiento de su vida familiar, razón por la cual no procede la compensación monetaria ni la acumulación del beneficio, disponiendo: *“el referido derecho tiene el carácter de irrenunciable para el trabajador, y su goce consiste en el descanso efectivo en domingo. Por tal razón, se le ha reconocido al empleador la facultad para disponer la oportunidad en que su dependiente hará uso de dicho descanso, en el ejercicio de su poder de administración de la empresa.”* Sin perjuicio que cualquier alteración de la jornada de trabajo, deberá contar con el consentimiento del trabajador.

Analizada la doctrina citada, se concluye que cumplidos los requisitos normativos, los días adicionales de descanso en domingo, es un beneficio que podrá hacerse efectivo desde el momento en que el trabajador es contratado, cuyo fin es el efectivo descanso de los trabajadores razón por la cual, no son compensables en dinero ni acumulables de un año para otro.

Ahora bien, la situación consultada dice relación con los mismos trabajadores que, al momento del término de la relación laboral y estando pendiente la anualidad, no han hecho uso del beneficio de la forma establecida por la Ley, sea que se considere la anualidad desde la suscripción del contrato o se pacte su equivalencia al año calendario, en cuanto a la procedencia y forma de pago de dichos días a los trabajadores.

Al respecto, el dictamen N° 2602/119 de 23.06.2004, a propósito de las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.759 y la incorporación de los denominados “dos domingos al mes”, permite el pago de los domingos en que no se descansó, en el sentido que se indica: *“En lo que respecta a los dependientes de la misma empresa cuya relación laboral se encuentra extinguida a la fecha, debe precisarse que no siendo posible a su respecto otorgar los días de descanso en domingo que se les estuviere adeudando a causa de dicha terminación, forzoso resulta sostener que los afectados tienen derecho a exigir el pago de tales días.*

Aplicando el criterio doctrinario contenido en el pronunciamiento citado, a este caso en particular, es posible concluir que, en caso que el trabajador no hubiere hecho uso de todo o parte de los descansos establecidos por la Ley N° 20.823 al término de la relación laboral por no haberse completado la anualidad, surge el derecho de estos trabajadores a exigir que el empleador los pague.

Sin embargo, no tendrán derecho a exigir el pago, aquellos trabajadores que estando vigente la relación laboral y habiéndose cumplido la anualidad, no hubieren hecho uso de dichos descansos, pues como se ha señalado, mientras subsista la relación laboral este es un derecho irrenunciable, no susceptible de compensarse en dinero ni acumularse de un año para el siguiente. Por consiguiente, es deber del empleador otorgar dichos descansos, en caso contrario, incurrirá en infracción en los términos señalados en el artículo 506 del Código del Trabajo, conforme dispone el Ordinario N° 5.652 de 04.11.2015 *“... cabe puntualizar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, recae en el empleador la obligación de otorgar el descanso que dicha norma prescribe, y dentro del período anual de vigencia de la relación laboral, por lo que toda conducta que infrinja dicho descanso, al no indicarse una sanción específica, procede sea objeto de la aplicación del mecanismo de sanción general contemplado en el artículo 506 del Código del Trabajo.”*

Ahora bien, puesto que el legislador establece estos 7 días domingo por cada año de vigencia del contrato de trabajo, en caso en que al momento de ponerse término a la relación laboral, no se hubiere enterado en su totalidad el período de un año, para efectos de determinar el pago que debe realizar el empleador, es necesario obtener una proporción, que se determinará por la cantidad de tiempo de trabajo que cuenta el dependiente en la anualidad respectiva.

Por tratarse de un proporción en razón del tiempo servido, resulta aplicable la fórmula de cálculo que la Dirección del Trabajo ha determinado para efectos del feriado proporcional, contenida en el dictamen N° 8413/143 de 08.10.1989.

Ello encuentra su fundamento en la aplicación del principio de interpretación de la ley denominado de analogía o “a pari”, que se expresa en el aforismo jurídico que señala “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”, que consiste precisamente en resolver conforme a las leyes que rigen casos semejantes o análogos, uno no previsto por la ley en su letra ni en su espíritu, o uno previsto, pero cuya ley aplicable no tiene un sentido claro.

Para tales efectos, se deberá proceder con la forma de cálculo establecida los numerales 2 a) y 2 b) del dicho dictamen, ya citado en los términos adecuados a la problemática en estudio:

“2 a) Deberá primeramente dividirse el número de días de descanso a que tiene derecho el trabajador, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, por el número de meses que comprende el año.

El producto de dicha operación será el número de días de descanso al trabajador.

2 b) El resultado anterior deberá multiplicarse por el número de meses, y fracción de meses que el dependiente hubiera acumulado entre la fecha de su contratación y la del término de sus funciones, o entre la fecha que haya enterado su última anualidad y la de terminación del contrato, según corresponda.”

Una vez determinada la cantidad de días que le corresponde al trabajador, procede cotejar la información de los días en el que el trabajador hizo uso efectivo de sus domingos y si existe una diferencia, el empleador debe pagarla. Por el contrario, si el trabajador alcanzó a descansar idéntico número de días domingos que los determinados según la proporción de la anualidad, el empleador nada deberá pagar al término de la relación laboral.

Este sistema permite a su vez, aplicar el principio de razonabilidad, respecto del empleador, en tanto y basándose en lo señalado por

Americo Plá Rodríguez "*las partes en materia laboral deben actuar razonablemente, esto es, conforme a la razón*", permitiendo equilibrar, tanto los derechos como las obligaciones de las partes al término de la relación laboral.

Para su mejor ilustración, se ejemplifica de la siguiente manera, si el trabajador fue contratado el 1° de febrero y es despedido el 31 de agosto (esto es, habiendo transcurrido 7 meses de la anualidad), deberá dividirse el total de días que establece el legislador por la cantidad de meses del año: 7 (domingos de descanso) / 12 (meses). El resultado dará un factor, este es, 0.583, el que a su vez debe multiplicarse por el número de meses o fracción de meses trabajados durante la anualidad, que en este ejemplo son 7: 0.583×7 lo que arroja un total de 4.08 días, que deben ser pagados, conforme a la remuneración ordinaria, pues no se genera, jornada extraordinaria.

Una vez efectuado el cálculo, este se coteja con la cantidad de días efectivamente descansados por el trabajador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, debiendo la empleadora pagar la diferencia al trabajador, en el caso que este hubiera descansado menos domingos de los que indica el cálculo de la proporción. Así si descansó 2 días, a los 4.08 se le restan estos 2 días y el resultado de ello, es lo que corresponde pagar al empleador. Por el contrario, si descansó efectivamente 5 días, nada debe pagar el empleador, pues el trabajador ya había hecho efectivo el descanso en proporción con la anualidad, lo que constituye justamente el contenido del derecho concedido por el legislador.

Por tanto, respecto de los trabajadores que se desempeñan en establecimientos de comercio y de servicio, cuyas funciones puedan ser clasificadas en el N°7 del artículo 38 del Código del Trabajo, que prestan servicios de modo habitual en día domingo, procede que durante cada año de vigencia del contrato de trabajo, se le otorguen 7 descansos en domingo, adicionales a los que ya estaban establecidos en la norma, mientras la relación laboral se encuentre vigente. En este caso no es posible compensar ese descanso en dinero ni acumularlo para el año siguiente, siendo obligación del empleador concederlos, por ser este un derecho irrenunciable.

En consecuencia, si de modo excepcional, al término de la relación laboral, el trabajador no hizo uso de los 7 domingos de descanso, debido a que no se completó la anualidad, deberán ser pagados, en la forma establecida en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,



RAFAEL PEREIRA LAGOS
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO (S)



[Handwritten signature]
 LP/RGR/CGD/KRF
Distribución:

- Jurídico
- Control
- Oficina de Partes
- Boletín
- U. de Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Sr. Subdirector del Trabajo
- Sr. Jefe de Gabinete Sra. Ministra del Trabajo y Previsión Social