



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 7888 (1525) 2015**

90 años

Jurídico

4521

- ORD.:** _____/
- MAT.:** Atiende presentación respecto a la aplicación del artículo 38 bis del Código del Trabajo
- ANT.:**
- 1) Instrucciones de 18.08.2015, de Jefe de Departamento Jurídico.
 - 2) Pase N° 1041 de 25.06.2015, de Jefe de Gabinete Director del Trabajo
 - 3) Memorandum INPR2015-41381 de 23.06.2015, de Paulina Maragaño, Coordinadora Área Social Dirección de Gestión y Correspondencia Presidencia de la República
 - 4) Correo electrónico a S.E. la Presidenta de la República de doña Otilia Martínez González

SANTIAGO,

03 SEP 2015

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : OTILIA MARTÍNEZ GONZÁLEZ
PRINCIPAL N° 124, POBL VILLA CONCÓN, CONCÓN**

Mediante presentación del antecedente 4), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a la interpretación que debe otorgarse al artículo 38 bis del Código del Trabajo, en lo referido a si el empleador se encontraría facultado para modificar el sistema de distribución de la jornada semanal establecido con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823 publicada en el Diario Oficial del día 7.04.2015.

Además, consulta si el empleador se encuentra facultado para restringir el goce de los siete días domingo de descanso, solo a algunos períodos del año, impidiendo que dichos días recaigan en fiestas patrias, pascuas, años nuevo, o bien, enero y febrero.

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 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.

Ahora bien, cabe considerar que el artículo 10 N° 5

"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 solo 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 que 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.

En ese sentido lo ha expresado este Servicio mediante Dictamen N° 3996/52 de 07.08.2015, al indicar que:

"No resulta jurídicamente procedente que el empleador modifique el sistema de turnos que se venía utilizando con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, sin que previamente cuente con el acuerdo de los trabajadores, en orden a que éstos accedan a modificar dicha cláusula esencial del contrato de trabajo".

El citado pronunciamiento manifiesta además que: *"el sentido que corresponde otorgar al artículo 38 bis del Código del Trabajo, no es otro que, los 7 días domingo de descanso revisten el carácter de adicionales a aquellos que conforme a lo dispuesto en los incisos 3 y 4 del artículo 38, ya tenían derecho los trabajadores del comercio".*

Conforme a lo anterior, el empleador por una 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.

En cuanto a la segunda de sus consultas, referida a si el empleador puede restringir la oportunidad en que el trabajador goce de los días domingo de descanso consagrados en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, esta Dirección por medio de Dictamen N° 2205/037 de 06.05.2015, ha manifestado:

“...el artículo 38 bis del Código del Trabajo, confiere a los trabajadores del comercio siete días domingo de descanso al año, en carácter de adicionales a aquellos devengados semanalmente por aplicación del artículo 38. Así, considerando que la organización funcional de la empresa recae en el empleador, corresponde a éste determinar, para los efectos indicados, la distribución de la jornada de los trabajadores, en términos que permita respetar la obligación legal de descanso. Con todo, tales definiciones deberán ser comunicadas oportunamente y con la anticipación necesaria a los trabajadores, a fin de atender a uno de los objetivos centrales de esta reforma legal, en el sentido de avanzar hacia una mayor compatibilización de la vida familiar y laboral, para este grupo de trabajadores.

Cabe precisar en todo caso, que la referida facultad del empleador, no es óbice al acuerdo o negociación que legítimamente pudieran alcanzar empleadores y trabajadores, ya sea en forma individual o colectiva, a través de sus organizaciones sindicales, incluidas las federaciones, en orden a definir la oportunidad en que se hará uso del derecho, en la medida que tales acuerdos aseguren el cumplimiento de las normas sobre descanso dominical contempladas en la ley.

Asimismo, el legislador hizo exigible el acuerdo de voluntades, tratándose del reemplazo del día domingo por día sábado, verificable hasta en tres oportunidades al año”.

Conforme a dicho sentido interpretativo, resulta jurídicamente procedente que el empleador programe las oportunidades en que otorgará a sus trabajadores el descanso en domingo consagrado en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, en la medida que tal sistema de organización permita el goce de la totalidad del descanso por parte de sus trabajadores.

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

1.- No resulta jurídicamente procedente que el empleador unilateralmente modifique el sistema de distribución de la jornada de trabajo semanal pactado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, según se detalla en el cuerpo del presente informe, ya sea modificando los días de descanso o el número de horas que se distribuyen semanalmente.

2.- El empleador se encuentra facultado para determinar la oportunidad en que los trabajadores podrán gozar del domingo de descanso consagrado en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, observando las finalidades que el legislador tuvo presente al sancionarse la ley N° 20.823, explicitadas precedentemente.

Saluda a Ud.,

F. Castro
JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



MGR/FR
MGR/FR

Distribución:

-Jefe de Gabinete Director del Trabajo, jurídico, partes, control