



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E2338 09 (1489) (2022)

ORDINARIO N°: 832 /

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

MATERIA:
Descanso compensatorio. Día Domingo y Festivos.
Procedencia. Día adicional de descanso.
Otorgamiento.

RESUMEN:
Respecto a los días de descanso adicional de los trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad del N°7 del artículo 38 del código del trabajo, en el contexto planteado, cabe remitirse a lo señalado en el Dictamen N°97/1 de 18.01.2023, así como a lo expuesto en el presente informe.

ANTECEDENTES:
1) Instrucciones de 19.05.2023 de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
2) Presentación de 19.10.2022 de doña Marcela Ríos Palma, subgerente de personas, Biarritz S.p.A

SANTIAGO, 09 JUN 2023

**DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: DOÑA MARCELA RÍOS PALMA
BIARRITZ S.P.A
remuneraciones@guante.cl
SANTIAGO**

Mediante presentación del Ant.2), se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento jurídico, respecto a determinar si la situación acontecida durante los años 2020 y 2021 por Pandemia y de funcionamiento comercial en Fase 2, que permitía trabajar a los dependientes bajo la modalidad del N°7 del artículo 38 del Código del Trabajo sólo de lunes a viernes, tendría alguna incidencia respecto del otorgamiento de los 7 días domingos adicionales en que podrían descansar durante el año de vigencia de la relación laboral, si aquellos se mantendrían o no.

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

El artículo 38 del Código del Trabajo., en su artículo 1°, numeral 7, establece

“Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

“N°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...”

Por su parte, el inciso 4° de la citada norma legal, previene:

“No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán necesariamente otorgarse en día domingo. Esta norma no se aplicará respecto de los trabajadores que se contraten por un plazo de treinta días o menos, y de aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos”.

A su vez, el artículo 38 bis del Código del Trabajo, establece:

“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. Sólo 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”.

Del análisis conjunto de la normativa legal precedentemente transcrita, se infiere, en primer término, que los trabajadores excluidos del descanso dominical en virtud del numeral 7 del inciso 1° del artículo 38, esto es, aquellos que se desempeñen en establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, tienen derecho a siete días de descanso compensatorio en domingo por cada año de vigencia de la relación laboral, adicionales a los dos días que, en cada mes calendario, corresponde a dichos dependientes en conformidad al inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo.

Ahora bien, mediante Dictamen N°1921/033 de 20.04.2015, este Servicio fijó el sentido y alcance de la Ley N°20.283, que Modifica el Código del Trabajo en Materia de Jornada Laboral, precisando, en el ámbito de la consulta planteada, lo siguiente:

“En este orden, el derecho consagrado en el artículo 38 bis ya transcrito, amplía el régimen de descanso de que gozan los trabajadores del área comercio y servicios, y revisten una naturaleza autónoma de otros descansos.

“Sin embargo, respecto de estos 7 días domingo anuales, el legislador ha contemplado la posibilidad que mediante acuerdo escrito entre trabajador y empleador, o bien, entre este último y el o los sindicatos existentes, hasta tres de estos días de descanso sean reemplazados por días sábado, en tanto se distribuyan junto a un domingo, casos en los que se ha pretendido que los trabajadores gocen de un fin de semana de descanso íntegro.

Tratándose de los acuerdos alcanzados entre el empleador y el o los sindicatos, cabe puntualizar que el alcance de éstos, se restringe en sus efectos, respecto exclusivamente a los trabajadores afiliados a cada una de estas organizaciones”.

Asimismo, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en Dictamen N°2205/037 de 06.05.2015, ha señalado: *“...cabe considerar que el derecho a los 7 días 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 los 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”.

En cuanto a la determinación de la respectiva anualidad, la jurisprudencia institucional contenida en Ord.N°2485 de 18.05.2015, prevé la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, consideren por tal, el respectivo año calendario, en tanto ello no vulnere el número mínimo de días de descanso que garantiza la ley. Al efecto, 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 establecidos en la ley y que corresponde otorgar a los trabajadores por cada año de vigencia de sus respectivos contratos de trabajo.”*

En relación con la forma de distribución de los siete días adicional de descanso, este Servicio, en Dictamen N°2205/037 de 06.05.2015, ha precisado: *“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”.

Conforme a la misma jurisprudencia, ello no constituye un impedimento para el 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, como ya se indicó el legislador hizo exigible el acuerdo de voluntades, tratándose del reemplazo del día domingo por día sábado, verificable hasta en tres oportunidades en el año.

Ahora bien, respecto a la consulta específica planteada, cabe remitirse a lo expuesto en Dictamen N°97/1 de 18.01.2023, que al efecto hace necesario determinar si existe una regulación previa respecto al otorgamiento de los descansos de que se trata y como han operado fuera del periodo, en suspensión de contrato o mediante el plan paso a paso citado. De este modo, la jurisprudencia administrativa citada establece que, de existir una distribución al respecto, dichos descansos deberán ser otorgados en la forma establecida, descartándose para tal efecto, las situaciones de suspensión y de plan paso a paso.

De esta manera, corresponderá que el empleador otorgue los descansos en día domingo en la forma establecida o en los términos acordados, una vez que el trabajador se reincorpore a sus funciones, siempre que en la respectiva anualidad resten días domingo en que puedan hacer efectivo el derecho.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas, cumpro con informar a Ud. que, respecto a los días de descanso adicional de los trabajadores que se desempeñan bajo la modalidad del N°7 del artículo 38 del código del trabajo, en el contexto planteado, cabe remitirse a lo señalado en el Dictamen N°97/1 de 18.01.2023, así como a lo expuesto en el presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,


NATALIA POZO SANHUEZA
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




USP/EZD
Distribución:

-Partes
 -Jurídico