

**K 4596 (804) 2015**  
**DEPARTAMENTO JURÍDICO**  
**UNIDAD DE DICTÁMENES E**  
**INFORMES EN DERECHO**



ORD.: 2205 / 37

**MAT.:** Atiende consultas relativas a la aplicación y entrada en vigencia de la ley N° 20.823, que modifica el sistema remuneracional y de descansos de trabajadores del comercio y servicios.

**ANT.:** 1) Pase N° 638 de 14.04.2015, de Director del Trabajo

2) Presentación de 10.04.2015, de Confederación Nacional de Sindicatos y Federaciones de Trabajadores del Comercio y Servicios.

**FUENTES:** Artículo 38 y 38 bis del Código del Trabajo.

**SANTIAGO,** 06 MAY 2015

**DE : DIRECTOR DEL TRABAJO**

**A : JOSÉ LUIS ORTEGA PEREIRA**  
**CONFECOVE**  
**PASAJE PHILLIPS N° 451, OF 1902, SANTIAGO**

Mediante presentación del antecedente 2), la Confederación Nacional de Sindicatos y Federaciones de Trabajadores del Comercio y Servicios, ha solicitado un pronunciamiento jurídico sobre ciertos aspectos específicos vinculados a la aplicación de la ley N° 20.823 de 07.04.2015, que modificó el sistema de remuneraciones y descanso en día domingo para los trabajadores del comercio y servicios.

En primer término cabe considerar que mediante Dictamen N° 1021/33 de 20.04.2015, este Servicio fijó el sentido y alcance de la ley N° 20.823, acto administrativo que en lo pertinente resulta complementado mediante el presente pronunciamiento.

Las consultas formuladas son las siguientes:

1.- Qué se entiende por "sueldo convenido" para efectos del recargo de 30% en el pago de las horas ordinarias trabajadas en día domingo, conforme a la nueva redacción del inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo.

2.- Si la decisión relativa a la distribución de los siete domingos adicionales que contempla el nuevo artículo 38 bis del Código del Trabajo es unilateral por parte del empleador. Se consulta, asimismo, si podría una Federación negociar un modelo de mallas que incorpore los siete domingos adicionales.

3.- Qué se entiende por "siete domingos de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo". A modo de ejemplo, si un trabajador lleva tres años en una empresa, y cumple un año más en agosto ¿tendrá que esperar hasta agosto de 2015 para recién aspirar a gozar de un domingo adicional?

4.- Si a un trabajador le asignan un tercer domingo por malla en una determinada semana ¿puede cambiarlo con acuerdo del empleador?

5.- Si a los trabajadores de Call Center del *retail* se les considera también para efectos de feriados y descanso dominical.

6.- Solicita aclaración sobre la procedencia del pago de incremento en la remuneración y días de descanso adicional, respecto de trabajadores contratados en régimen de jornada parcial.

7.- Solicita aclaración sobre la situación de trabajadores excluidos del límite de jornada ordinaria, como es el caso de supervisores de tienda o departamentos, quienes en la actualidad atienden público, su jornada incluye los días domingo y descansan dos domingos al mes.

8.- Sistema de cálculo del recargo del 30% establecido en el inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo. Determinación del valor de la hora ordinaria y extraordinaria de trabajo en día domingo y de las horas laboradas durante el día de descanso compensatorio que excede de uno semanal.

9.- Si en la actualidad los trabajadores gozan ya de un sábado libre o un sábado junto a un domingo libre ¿puede el empleador imputar o eliminar este beneficio solo por dar cumplimiento a la ley 20.823?

En relación con las materias consultadas cabe hacer presente que el texto de la reforma, incorporado por la Ley N° 20.823, incide en la redacción del inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo y a la vez agrega un nuevo artículo 38 bis al mismo cuerpo normativo.

Conforme a lo anterior, el inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, contiene la siguiente redacción:

*"Las empresas exceptuadas de este descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos. Las horas trabajadas en dichos días se pagarán como extraordinarias siempre que excedan de la jornada ordinaria semanal. En el caso de los trabajadores a que se refiere el número 7 del inciso anterior, sea cual fuere la jornada de trabajo en la que se desempeñen, las horas ordinarias trabajadas en día domingo deberán ser remuneradas con un recargo de, a lo menos, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Dicho recargo deberá liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones del respectivo período. El valor de la hora ordinaria y el recargo señalado serán la base de cálculo a efectos de la determinación, en su caso, del valor de la hora extraordinaria trabajada en dichos días domingo".*

Por su parte, el artículo 38 bis agregado por la Ley N° 20.823, 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."*

Entonces, según se ha indicado en Dictamen N° 1921/33 de 20.04.2015, los preceptos legales transcritos, fijan un sistema remuneracional particular respecto de aquellos dependientes que, comprendidos en el n° 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, ejecutan sus labores en día domingo.

Además, beneficia al mismo grupo de trabajadores, aumentando el número de días domingo en que podrán descansar durante el año.

Luego, resulta procedente atender las consultas planteadas en los siguientes términos:

**1.- En cuanto a qué se entiende por "sueldo convenido" para efectos del recargo de 30% en el pago de las horas ordinarias trabajadas en día domingo**

En el entendido que el incremento al valor de las horas ordinarias trabajadas en domingo asciende, al menos, a un 30% sobre el "sueldo convenido", cabe informar en primer término que, dicho concepto corresponde a aquel definido en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, que señala: *"sueldo, o sueldo base, que es el estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo..."*

Forzosa resulta tal conclusión, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil, que obliga a otorgar el sentido legal a aquellas palabras que el legislador ha definido expresamente sobre ciertas materias, circunstancia que ocurre en la especie.

De tal manera, la disposición legal citada indica que existe sueldo cuando concurren los siguientes requisitos copulativos:

- se verifica la existencia de un estipendio fijo;
- pagadero en dinero por períodos iguales determinados en el contrato de trabajo, y
- que tenga por causa la prestación de los servicios contratados.

Ahora bien, este Servicio mediante dictámenes N° 3152/063 de 25.07.2008 y N° 3662/053 17.08.2010, ha precisado el sentido y alcance del artículo 42 del Código del Trabajo, determinando que toda aquella remuneración que reúna las condiciones de fijeza, periodicidad, pagada en dinero como contraprestación de los servicios en una jornada laboral, puede ser calificada como sueldo o sueldo base, aun cuando las partes le hayan dado una denominación diversa, circunstancia que, a su vez, permite sostener que todas ellas deben ser consideradas para fijar la base de cálculo del incremento remuneracional en estudio.

Así las cosas, es posible observar, que el cálculo de las horas ordinarias trabajadas en día domingo debe hacerse sobre la base del sueldo convenido entre las partes en los términos indicados previamente, por lo cual, en el mismo no se consideran otras formas de remuneración, tales como, comisiones, gratificaciones o participaciones, dado que tales estipendios no constituyen sueldo conforme a la definición legal recién examinada.

**2.- Respecto a la decisión sobre la distribución de los siete domingos adicionales que contempla el nuevo artículo 38 bis del Código del Trabajo y los acuerdos relativos a la misma.**

Al respecto, corresponde tener en cuenta que 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 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.

En lo referido a los acuerdos alcanzados entre el empleador y el o los sindicatos, cabe puntualizar que el alcance de éstos se restringe en sus efectos, solo en relación con los trabajadores afiliados a la respectiva organización.

### **3.- En cuanto a la forma en que se determina la anualidad en que se debe hacer uso de los 7 días domingo de descanso adicionales.**

Conforme fuere analizado en Dictamen N° 1921/33 de 20.04.2015 *“el beneficio consagrado en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, consistente en el otorgamiento de 7 días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo, por razones de certeza, se entiende que para los trabajadores con contrato vigente al 7 de abril de 2015, su primera anualidad vence el 6 de abril de 2016”* [...] *“En tanto que, respecto a los trabajadores cuya relación laboral se ha iniciado el día de entrada en vigencia de la ley o posteriormente, el ciclo anual lo determinará la fecha de inicio del vínculo contractual.*

Asimismo, 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 modo de ejemplo, un trabajador o trabajadora que ha iniciado su relación laboral el día 2 de mayo, podrá hacer uso de los siete días domingo de descanso adicionales, hasta el 1° de mayo del año siguiente.

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.

### **4.- Si a un trabajador le asignan un tercer domingo por malla en una determinada semana ¿puede cambiarlo con acuerdo del empleador?**

Sobre la consulta planteada cabe reiterar lo indicado en el número 2 del presente pronunciamiento, en el sentido que la definición relativa a la distribución de los siete domingos adicionales corresponde en primer término efectuarla al empleador, en el marco de la obligación legal que se le impone y atendidas sus facultades de administración. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al acuerdo

de voluntades, sea individual o colectivo para los efectos de definir la oportunidad en que se hará uso del derecho establecido en favor de los trabajadores. En el mismo orden de ideas, resulta también lícito la modificación de los acuerdos alcanzados, por vía individual o colectiva, en tanto no se disminuyan los derechos establecidos.

#### **5.- La aplicación de las normas en estudio respecto a los trabajadores de Call Center del *retail*.**

En lo referido a si las normas en estudio, afectan a quienes se desempeñan en plataformas de atención comercial vía *call center*, corresponde determinar, si los mencionados trabajadores se consideran o no trabajadores de comercio para tales efectos. En tal sentido, si se encuentran o no comprendidos en la norma del número 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, que exceptúa del descanso dominical y de días festivos a los trabajadores que se desempeñen en establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, en tanto realicen dicha atención.

De tal manera, habrá que establecer si se cumplen o no las condiciones señaladas en la norma legal mencionada, esto es, que se trate del desempeño de actividades de comercio y servicios y que los trabajadores cumplan funciones consistentes precisamente en otorgar atención directa al público en dichas áreas de actividad. En cuanto a este último aspecto preciso es señalar que de acuerdo a la definición de la Real Academia Española la expresión "directa" significa "derecho en línea recta", "que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios", de tal forma la atención comercial proporcionada por los trabajadores de *call center*, en la medida que signifique un contacto inmediato con el público, cumpliría con tal característica.

Sin perjuicio de lo anterior, y en la medida que se trate de trabajadores que laboren días domingos y festivos, deberá determinarse en cada caso cuál es el numeral del artículo 38 del Código del Trabajo utilizado por la empresa para incluir a estos trabajadores en la excepción de descanso en días domingos y festivos, así como su pertinencia jurídica.

Así las cosas, el cumplimiento de las condiciones señaladas deberá determinarse en cada caso particular.

De verificarse los presupuestos indicados y teniendo los trabajadores referidos distribuida su jornada de tal manera que incluya los domingos y festivos, corresponderá considerarlos incluidos en el número 7 del artículo 38 del Código del trabajo, siendo, por tanto aplicable a su respecto las normas sobre incremento remuneracional y descansos, incorporadas por la ley 20.823.

#### **6.- Efectos de la ley respecto a trabajadores contratados en régimen de jornada parcial.**

##### **a.- Incremento remuneracional por desempeño en día domingo:**

Atendido que el legislador no ha efectuado distinción que margine del beneficio en estudio a los trabajadores contratados en régimen de jornada parcial, y considerando lo dispuesto en el artículo 40 bis B del Código del Trabajo, procede concluir que el referido incremento beneficia igualmente a los trabajadores sin atender al régimen de jornada ordinaria a que se encuentren afectos, en tanto concurren los demás requisitos legales.

##### **b.- Descanso adicional de 7 días domingo al año.**

Este Servicio ha señalado anteriormente que, el referido beneficio, por expresa disposición legal, no resulta aplicable respecto de aquellos dependientes 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 y festivos.

Por lo que, refiriéndose a un beneficio autónomo y adicional al descanso compensatorio semanal, no se advierte imposibilidad que además favorezca a los trabajadores contratados en régimen de jornada parcial, en tanto no concorra alguna de las circunstancias específicas de exclusión, definidas en el párrafo que antecede.

El sentido interpretativo expuesto, deriva de la convicción en orden a que los sistemas de organización del trabajo, no pueden implicar condiciones de precariedad o discriminación en el empleo, sobretodo respecto a trabajadores que se desempeñan en régimen de jornada parcial, en comparación a quienes lo hacen en jornada completa.

## **7.- Efectos de la ley respecto a trabajadores con exclusión del límite de jornada laboral.**

### **a.- Incremento remuneracional por desempeño en día domingo:**

Cabe considerar en primer término que, conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 22 del Código del Trabajo:

*“Quedarán excluidos de la limitación de jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento”.*

Por su parte el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, ordena:

*a) sueldo, o sueldo base, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10. El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien cuando el empleador efectuare descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador.*

Del análisis armónico de las disposiciones transcritas, y considerando a la vez que la base de cálculo del incremento que se analiza está constituida por el “sueldo” que percibe el trabajador, forzoso resulta sostener que el derecho a incremento se devenga en favor de aquellos trabajadores respecto de quienes se ha convenido el pago de tal estipendio, o bien, respecto de quienes la ley ordena su pago, por cuanto éstos cumplirían una jornada ordinaria de trabajo.

De tal modo, aquellos trabajadores que en virtud de la naturaleza de sus servicios, no se encuentran obligados al cumplimiento de una jornada laboral ordinaria y que están excluidos de la limitación a que se refiere el artículo 22 del Código del Trabajo, tendrán derecho al incremento cuando se haya convenido el pago de sueldo.

No obstante lo anterior, la calificación respecto al cumplimiento de una jornada a que se pudiera encontrar sujeto un trabajador y que haría procedente y obligatorio el pago de sueldo, es una circunstancia de hecho que debe ser

ponderada en base a antecedentes recabados mediante un proceso de fiscalización, en cada caso en particular.

**b.- Descanso adicional de siete días domingo al año.**

En el entendido que este grupo de trabajadores, no se encuentre en alguna de las circunstancias excluyentes que han sido analizadas precedentemente, procederá a su respecto el otorgamiento de estos días domingo de descanso adicional.

**8.- Sistema de cálculo del recargo del 30% establecido en el inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo. Determinación del valor de la hora ordinaria y extraordinaria de trabajo en día domingo y de las horas laboradas durante el día de descanso compensatorio que excede de uno semanal.**

**a.- En cuanto al valor de la hora ordinaria de trabajo en día domingo.**

Conforme a la disposición legal contenida en la nueva redacción del inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, para los trabajadores que señala, la hora ordinaria trabajada en día domingo deberá remunerarse con, a lo menos, un 30 % de recargo sobre el sueldo convenido.

El trabajo en día domingo genera dos tipos de valores, uno por el día domingo trabajado y otro por el recargo del 30% sobre el sueldo convenido. Con todo, el valor del día domingo trabajado corresponde a horas ordinarias de trabajo que como tal, su pago ya está comprendido en el sueldo convenido y no genera pago adicional sin perjuicio de las asignaciones variables que se generen; más aún, dado que se genera un día de descanso compensatorio por dicho día domingo laborado. Distinto es el caso del día festivo trabajado, cuando se haya optado de acuerdo a las posibilidades que otorga la norma por el pago del día de descanso compensatorio, cuyo valor no está comprendido en el sueldo y debe pagarse adicionalmente junto con el recargo del 50% según mandato legal. Por su parte, el recargo del 30% sobre el sueldo convenido debe pagarse adicionalmente.

**b.- Respecto al valor de la hora extraordinaria de trabajo en día domingo**

La misma disposición establece que *el valor de la hora ordinaria y el recargo señalado serán la base de cálculo a efectos de la determinación, en su caso, del valor de la hora extraordinaria trabajada en dichos días domingo.* Así, las cosas cuando se generen horas extraordinarias en día domingos deberán pagarse teniendo para estos efectos como base de cálculo la hora ordinaria de trabajo más el recargo correspondiente.

**9.- Situación de aquellos trabajadores que ya gozaban de un sábado libre o de un sábado junto a un domingo.**

Respecto a este aspecto de su consulta, cabe considerar que el Derecho del Trabajo, es una rama jurídica en evolución y que en tal carácter permanentemente adapta sus disposiciones con el fin de regular desequilibrios sociales.

A causa de lo anterior, en los casos en que el acuerdo voluntario de las partes de la relación laboral, establece condiciones de derechos más favorables que el mínimo contemplado por la ley, la posterior entrada en vigencia de leyes que extiendan esos beneficios a la generalidad de los trabajadores, no altera lo pactado entre las partes de la relación laboral, a menos que la ley confiera mayores beneficios.

Sobre tales bases, resulta necesario indicar que respecto de aquellos trabajadores que antes de la entrada en vigencia de la ley N° 20.823,

gozaban de un sábado libre o un sábado junto a un domingo libre, ese régimen de descanso deberá mantenerse en tanto no medie acuerdo de partes para su modificación. Asimismo, el reemplazo de hasta tres días domingos por días sábados junto a un domingo requiere acuerdo con el trabajador o con las organizaciones sindicales concernidas.

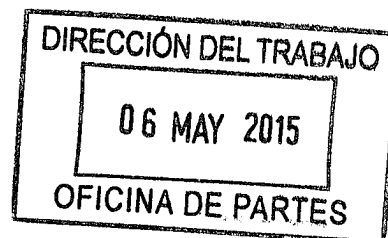
En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud, que el sentido interpretativo que corresponde otorgar a las situaciones jurídicas consultadas, corresponde a aquel que se indica en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,



*Christian Melis Valencia*  
**CHRISTIAN MELIS VALENCIA**  
**ABOGADO**  
**DIRECTOR DEL TRABAJO**

*JFGC/RGR/PRC/CMV*  
**JFGC/RGR/PRC/CMV**



**Distribución:**

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