



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
S/K (1874) 2015**

90 años

ORD.: 3996 / 52

MAT.: 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.

ANT.: Necesidades del Servicio.

FUENTES: Artículo 38 bis del Código del Trabajo.

SANTIAGO, 07 AGO 2015

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Por necesidades del Servicio, ha sido menester fijar el sentido normativo de la Ley N° 20.823, que modificó el sistema remuneracional y de descanso de los trabajadores del comercio, publicada en el Diario Oficial del día 07.04.2015, en particular, respecto a los efectos sobre los sistemas de distribución de la jornada laboral y descansos que se encontraban vigentes a la fecha de publicación de la ley.

En particular, resulta necesario fijar el sentido 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 modificar unilateralmente el sistema de jornada, con motivo del otorgamiento de uno de los 7 días domingo de descanso.

Al respecto cabe considerar que, 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.”

Conforme al tenor de la norma transcrita, y según se expresó mediante Dictamen N° 1921/033 de 20.04.2015, éste Servicio entiende que dicha

reforma legal, en los referente a los aspectos consultados, amplía el régimen de descanso de que gozan los trabajadores del comercio, mediante el otorgamiento de 7 días domingo adicionales de descanso al año, y por tanto, independientes respecto de otros descansos.

Ahora bien, cabe considerar que 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 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.

A su vez de forma excepcional, el artículo 12 del Código del Trabajo, contempla un mecanismo de adaptación unilateral de la jornada, al señalar:

“Por circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa o establecimiento o a alguna de sus unidades o conjuntos operativos, podrá el empleador alterar la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, debiendo dar el aviso correspondiente al trabajador con treinta días de anticipación a lo menos”.

De la norma preinserta se infiere que el legislador ha concedido al empleador la facultad de modificar unilateralmente la distribución de la jornada de trabajo, sea anticipando o postergando la hora de ingreso al trabajo, hasta en 60 minutos, lo cual solamente le está permitido de mediar la concurrencia copulativa de dos requisitos, a saber: a) que existan circunstancias que afecten a todo el proceso de la empresa, establecimiento o alguna de sus unidades o conjuntos operativos, y b) que se de aviso al trabajador de la alteración con una anticipación mínima de treinta días.

Ahora bien, la intención que el legislador tuvo en vista al exigir condiciones especiales para que pueda hacerse efectiva la atribución del empleador que se analiza, ha sido la de permitir al trabajador planificar su tiempo libre y garantizarle el poder cumplir fiel y oportunamente sus obligaciones laborales, dado que adquiere la certeza de que su horario de trabajo no podrá ser modificado si no concurren íntegramente las circunstancias requeridas por la ley (Ordinario N° 1240 de 06.03.1985).

Resulta necesario precisar que, las reglas precedentemente expuestas no han sido alteradas con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, que incorporó al Código del Trabajo el artículo 38 bis, que regula un régimen de descanso adicional de 7 días domingo al año, para los dependientes comprendidos en el numeral 7 del inciso primero del artículo 38, generalmente denominados “trabajadores del comercio”.

Cabe considerar que, según informa la historia de la ley, entre las diversas iniciativas tendientes a regular el régimen de trabajo en el comercio, en el sentido de adaptar éste a las necesidades familiares y sociales de los trabajadores, se propuso el cierre total de los establecimientos comerciales en días domingo y festivos, o bien, una restricción al horario de cierre en dichos días.

Frente a tales propuestas, durante la discusión parlamentaria, el Honorable Diputado señor Tucapel Jiménez, manifestó:

“Obviamente, hubo una reacción de la Cámara de Comercio ante tal propuesta. Sin embargo, la ministra del Trabajo, muy hábilmente, instaló una mesa de diálogo, lo que fue un gran aporte porque en ella se reunieron cuatro confederaciones de trabajadores del comercio: la Confetracosí, la Confecove, la Conatracops y la Confederación Coordinadora de Sindicatos del Comercio, representada por Manuel Díaz, quien se encuentra presente en las tribunas”.

“Después de dos meses, la mesa de diálogo logró llegar a una solución. Es la actitud que queremos que exista en relación con la reforma laboral. Cuando hablamos de mejorar las relaciones laborales, nos referimos a que los actores tengan la capacidad de sentarse a una mesa y conversar de igual a igual. Eso fue lo que ocurrió en este caso: las cuatro confederaciones y los empleadores se sentaron a una mesa y, después de dos meses, llegaron a un acuerdo, que para algunos fue menor de lo que pensábamos, y que, en efecto, es menor de lo que planteaba el proyecto original” (Historia de la Ley N° 20.823, Biblioteca del Congreso Nacional, pag. 51).

De tal nivel de acuerdo alcanzado, solo cabe inferir que el sentido que corresponder 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

Por otra parte, 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, por lo que resulta obligatorio dar estricta aplicación a los mandatos expuesto en párrafos precedentes.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. 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.

Saluda a Ud.,



Christian Melis Valencia
CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO

DIRECTOR DEL TRABAJO



JFCC/RGR/PRC

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