



DEPARTAMENTO JURIDICO
SI/ K (2460)/2015)

5733

066

ORD.: N° _____/_____/_____

MAT: La norma prevista en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, incorporada a su texto por la ley N° 20.823, no confiere a los respectivos trabajadores el derecho a siete días de descanso adicionales a los que les corresponde impetrar en conformidad al artículo 38 del mismo cuerpo legal, sino a que se les otorgue en domingo siete días más de dichos descansos los que se agregan a los dos de que ya gozaban con anterioridad a su entrada en vigencia. Igualmente el citado precepto no produce el efecto de alterar las normas generales sobre duración y distribución de la jornada de trabajo de los mismos dependientes, manteniéndose, de esta forma, los topes máximos de 10 horas ordinarias diarias y de 45 horas semanales, distribuidas en no menos de cinco ni en más de seis días.

ANT.: Necesidades del Servicio.

FUENTES :

Código del Trabajo, artículo 38, inciso 1° números 4 y 7
38 bis.

SANTIAGO,

06 NOV 2015

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO

A : SR. JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Atendida la dictación de la ley N° 20.823, publicada en el Diario Oficial de 07. 04. 2015, cuyo artículo único N° 2 incorpora al Código del Trabajo el artículo 38 bis, que aumenta el número de días de descanso en domingo a que tienen derecho los trabajadores a que alude el artículo 38, inciso 1° N°7 del mismo cuerpo legal, se ha estimado necesario emitir un pronunciamiento acerca de la incidencia de la referida modificación en la duración y distribución de la jornada de trabajo y en los descansos de dicho personal.

Sobre el particular cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 38 bis del Código del Trabajo, previene:

“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.”

Por su parte, el inciso 4° del artículo 38 del mismo Código, dispone:

“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 número 7, del inciso primero del aludido artículo 38, prescribe:

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

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 ...”

Del análisis conjunto de los preceptos legales transcritos se infiere que a partir del 7 de abril de 2015, fecha de entrada en vigor de la ley N° 20.823, los trabajadores excluidos del régimen normal de descanso semanal en virtud del numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, vale decir, los que se desempeñan en empresas comerciales o de servicios a que en el mismo se alude, exceptuados quienes sean contratados por un plazo de treinta días o menos, cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o para trabajar exclusivamente los días sábado, domingo o festivos, tienen derecho a impetrar 7 días de descanso en domingo, adicionales a los dos establecidos en el inciso 4° del citado artículo 38. Se infiere asimismo que a través de un acuerdo escrito celebrado 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 de descanso semanal.

Respecto al beneficio que consagra el inciso 4° del artículo 38 precedentemente aludido, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en dictamen N° 2219/126 de 11.07.2002 resolvió en sus puntos 1° y 2, lo siguiente: 1.- *“La modificación introducida al inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo por la ley 19.759, no altera las normas generales sobre duración y distribución de la jornada de trabajo de los respectivos dependientes manteniéndose de esta forma, los topes máximos de 10 horas ordinarias y de 48 horas semanales (actualmente 45 horas semanales) distribuidas en no más de seis ni en menos de cinco días.*”

2. Asimismo, la referida modificación no varía el número de descansos compensatorios por los días domingo y festivos trabajados en el correspondiente mes calendario y, por ende, no confiere a los respectivos trabajadores el derecho a dos días de descanso adicional."

La conclusión anterior se fundamenta en que el citado precepto se limita a establecer que dos de los días de descanso compensatorio en el respectivo mes calendario deben otorgarse en día domingo, sin modificar la regla general que regula la materia, *"circunstancia que, a la vez, autoriza para sostener, que tras la dictación de la señalada normativa se mantiene inalterable el número de descansos compensatorios que corresponden por los días domingo y festivos laborados en el respectivo mes"*.

Precisado lo anterior, corresponde determinar si el beneficio que consagra el artículo 38 bis del Código del Trabajo implica un aumento de los descansos compensatorios a que tienen derecho los trabajadores del comercio y de servicios a que se refiere el número 7 del inciso 1° del artículo 38 del referido Código, en conformidad al inciso 3° del mismo precepto, o bien sólo un aumento del número de dichos descansos que deben obligatoriamente recaer en domingo.

Al respecto, debe tenerse en consideración que la ley N° 20.823 que, como ya se señalara, incorpora al Código del Trabajo el artículo 38 bis, al igual que la ley N° 19.759 que modificó el inciso 4° del artículo 38 de dicho cuerpo legal en el sentido indicado, no altera la regla general que se contiene en el inciso 3° del mismo precepto en materia de descansos compensatorios, limitándose a expresar que sin perjuicio del derecho previsto en el señalado inciso 4° del artículo 38, los trabajadores a que alude tendrán 7 días adicionales de descanso en domingo, vale decir, 7 días que se agregan a los dos de que ya gozaban los mismos trabajadores en virtud de la modificación efectuada por la mencionada ley N° 19759.

De ello se sigue que el beneficio contenido en el artículo 38 bis en análisis no produce el efecto de aumentar los descansos compensatorios a que tienen derecho dichos trabajadores en virtud del artículo 38 del Código del Trabajo, sino simplemente el de hacer recaer en domingo siete días más de dichos descansos.

La conclusión anterior se ve corroborada por la historia fidedigna de la ley N° 20.823.

En primer término, cabe mencionar que según se desprende de la recopilación de la historia de la ley en referencia efectuada por la Biblioteca del Congreso Nacional, uno de los fundamentos específicos del proyecto derivado de la moción parlamentaria suscrita entre otros, por los H. Diputados Tucapel Jiménez y Nicolás Monckeberg, el cual apuntaba principalmente a establecer una remuneración especial para el trabajo en días domingo y festivos, es que el sistema de compensaciones legales para el trabajo efectuado en esos días, *"no da cuenta de un cambio cultural relevante al que hemos asistido en las últimas décadas: la compatibilización de la vida familiar con la vida laboral, entendiéndose que no tiene el mismo valor social el trabajo realizado en dichos días, que el llevado a cabo en un día de semana cualquiera"*.

Por otra parte, en el Boletín N° 9386-13-1- página 38, consta que como consecuencia del Protocolo de Acuerdo firmado por la unanimidad de los integrantes de la mesa de trabajo tripartita convocada por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, con el fin de elaborar propuestas que incidieran en el mejoramiento del régimen de trabajo y descanso dominical de los trabajadores de que se trata, así como también, en la productividad y organización de la jornada de trabajo de los mismos, con

fecha 5 de enero de 2015, S.E. la Presidenta de la República, recogiendo las propuestas acordadas, presentó una indicación sustitutiva al texto del proyecto de ley aprobado por la Comisión Trabajo de la H. Cámara de Diputados.

Al respecto, se señala: *"En ese contexto, dicha indicación consiste básicamente en que los trabajadores del comercio **contarán anualmente con siete domingos adicionales a los ya existentes como descanso semanal** y, solo por acuerdo entre el empleador y los trabajadores, tres de estos domingos podrán ser cambiados a días sábados adosados a un domingo de descanso, permitiendo con ello una mejor capacidad de planificación de jornada por parte del empleador."*

"Asimismo, la propuesta se hace cargo especialmente de uno de los objetivos perseguidos por la moción parlamentaria que se sustituye, en orden a diferenciar la compensación remuneracional del día domingo con respecto a la de cualquier otro día de la semana, estableciendo un recargo del 30% del valor de la hora trabajado a (sic) en estos días, sin distinción de si se trata de trabajadores contratados por jornadas completas o reducidas."

"Finalmente, cabe destacar que el protocolo de acuerdo que da origen a esta propuesta representa un hito histórico en la conformación de los mecanismos de diálogo social para el mejoramiento de los estándares laborales en armonía con la necesaria capacidad de adaptación a los continuos desafíos del mercado."

Por otra parte, es necesario enfatizar que en la discusión en sala del proyecto, se destacó profusamente el hecho que éste representaba para los involucrados el fortalecimiento del descanso en día domingo. Así, el H. Diputado Tucapel Jiménez, expresó: *"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 es lo que ocurrió en este caso:... y agrega..."* qué mejor que los propios trabajadores, que viven su realidad día a día hayan dialogado con sus empleadores y hayan llegado a un acuerdo: *agregar un descanso de siete domingos al año, adicionales a los dos mensuales ya existentes..."*(pág. 51)

En el mismo sentido, el H. Diputado Monckeberg, manifestó: *"La iniciativa defiende un principio que el país no puede esconder ni olvidar: no es lo mismo para un trabajador desempeñar sus funciones en domingos y festivos que hacerlo cualquier otro día de la semana. Para un trabajador del campo o de la ciudad no es lo mismo descansar con la familia un fin de semana o un día festivo que hacerlo otro día en el que sus hijos se encuentran en el colegio..."*(pág. 49) .

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 toques 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

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúmplame informar a Ud. que la norma prevista en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, incorporada a su texto por la ley N° 20.823, no confiere a los respectivos trabajadores el derecho a siete días de descanso adicionales a los que les corresponde impetrar en conformidad al artículo 38 del mismo cuerpo legal, sino que implica hacer recaer en domingo siete días más de dichos descansos los que se agregan a los dos de que ya gozaban con anterioridad a su entrada en vigencia. Igualmente el citado precepto no produce el efecto de alterar las normas generales sobre duración y distribución de la jornada de trabajo de los mismos dependientes, manteniéndose, de esta forma, los topes máximos de 10 horas ordinarias diarias y de 45 horas semanales, distribuidas en no menos de cinco ni en más de seis días.

Saluda a Ud.



Christian Melis Valencia
CHRISTIAN MELIS VALENCIA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

J. FCC/BB/SMS
JFCC/BB/SMS
Distribución

- Jurídico- Partes - Control
- Boletín- Dptos.D.T.
- Subdirector
- Unidad de Asistencia Técnica
- Sr. Jefe de Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social
- XV Regiones
- Sr. Subsecretario del Trabajo