



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 6932 (1289) 2015**

5655

Jurídico.

ORD.: _____ /

MAT.: Atiende presentación respecto a la aplicación del artículo 38 bis del Código del Trabajo

ANT.: 1) Instrucciones de 06.10.2015, de Jefe de Departamento Jurídico.

2) Presentación de 03.06.2015, de doña María Cristina Oñate Paz en representación de GMO SA

SANTIAGO,

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : MARÍA CRISTINA OÑATE PAZ
ÓPTICAS GMO SA
mariacristina.onate@cl.luxottica.com**

04 NOV 2015

Mediante presentación del antecedente 2), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a la interpretación que debe otorgarse a los artículos 38 y 38 bis del Código del Trabajo, en atención a las reformas introducidas mediante la Ley N° 20.823 de 07.04.2015, en lo referido a los siguientes aspectos:

1.- Si respecto de los trabajadores a quienes su sistema de distribución de jornada incluye la prestación de servicios en día domingo, corresponde el pago de 30% adicional en su remuneración.

2.- Si respecto de aquellos trabajadores con quienes la empresa mantenía un pacto de incremento de la remuneración ascendente al 50% por desempeño en domingo, procede además incrementar dicho monto en un 30% por efecto de la Ley N° 20.823.

3.- Determinar si el cambio de 3 días domingo de descanso a 3 días sábado, debe constar por acuerdo colectivo o se trata de una facultad unilateral del empleador.

4.- Determinar si los 7 días domingo de descanso que contempla la ley, son de carácter irrenunciable y no procede su acumulación.

Conforme a lo anterior, cabe considerar que el inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, ordena:

"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.”

Conforme a los preceptos legales transcritos, resulta posible determinar que la reforma legal en análisis tiene por efecto, por una parte, fijar 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.

Con base en lo anterior, es posible atender sus consultas en el siguiente sentido:

Preguntas 1.- y 2.- Según fuera analizado por este Servicio mediante Dictamen N° 2205/37 de 06.05.2015, en lo referido al incremento remuneración por la prestación de servicios en domingo, ha considerado que:

“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”.

Por lo que, aplicando el mismo sentido interpretativo, cabe informar que procederá el pago del incremento remuneracional, aún en los casos en que el tiempo laborado en domingo, corresponda al período pactado para la jornada ordinaria de trabajo, puesto que, la causa de dicho pago, es la ejecución de servicios en ese particular día de la semana, en tanto sea realizada por los trabajadores comprendidos en el numeral 7 del inciso primero del artículo 38; consecuentemente, verificadas tales condiciones, se devenga el referido derecho.

Por otra parte, la base de cálculo del referido incremento, está constituido por el “sueldo convenido”, por lo que ante la circunstancia

planteada en su consulta, consistente en que la partes -antes de la entrada en vigencia de la ley N° 20.823- pactaron como sueldo dominical un monto más un incremento del 50%, para los casos en que se hacía necesaria la prestación de servicios en dicho día, procederá puntualizar que, dicho resultado deberá estimarse como base de cálculo para los efectos de su consulta.

Lo anterior en razón que, nuestra legislación no impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad, ni la libertad contractual, en tanto se respeten los mínimos de protección asegurados al trabajador, por lo que, no existirá inconveniente jurídico en que la base de cálculo que se analiza, consista en una suma superior, con base en la particular valuación efectuada por las partes.

En este sentido, cabe considerar que mediante Dictamen N° 2611/039 de 27.05.2015, esta Dirección describió el sistema de cálculo de la remuneración correspondiente a día domingo, por aplicación del incremento contenido en el artículo 38 inciso 2° del Código del Trabajo.

Si bien, el referido pronunciamiento considera la situación en la que el sueldo reviste el carácter de mensual, no existe inconveniente jurídico en que las partes hayan fijado un sueldo superior por desempeño en día domingo, caso en el que dicho valor -como ocurre en la especie- deberá ser además incrementado en 30% en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo.

Pregunta 3.- Según fuera analizado por este Servicio mediante Dictamen N° 1921/33 de 20.04.2015, el cambio por sábado de hasta 3 de los 7 días domingo de descanso contemplados en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, resulta procedente en la medida que exista acuerdo entre el trabajador y el empleador. Al efecto se ha señalado que:

“...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”.

Conforme a lo indicado, el referido cambio no puede derivar de una decisión unilateral del empleador.

Pregunta 4.- Conforme a su consulta, procede tener presente lo analizado en Dictamen N° 2205/37 de 06.05.2015, oportunidad en que se expresó:

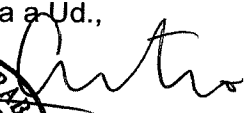
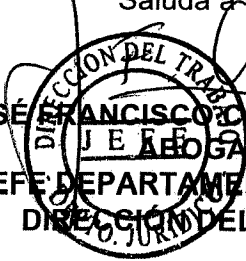
“...cabe considerar que el derecho a los 7 días domingo de descanso, se devenga dentro del respectivo año de vigencia del contrato de trabajo, sin que sea necesario el cumplimiento de la primera anualidad. Esto quiere decir, que el derecho nace para el trabajador a partir del día de su contratación.

“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”.

Por otra parte, el referido derecho tiene el carácter de irrenunciable para el trabajador, y su goce consiste en el descanso efectivo en domingo. Por tal razón, se le ha reconocido al empleador la facultad para disponer la oportunidad en que su dependiente hará uso de dicho descanso, en el ejercicio de su poder de administración de la empresa.

En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que respecto a la aplicación de las disposiciones sobre incremento de remuneración y descanso en día domingo, incorporadas al Código del Trabajo mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, deberá estarse a lo informado en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,



JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO


LEP/PRC

Distribución:

-Jurídico, partes, control