



Departamento Jurídico y Fiscalía  
Unidad de Pronunciamientos,  
Innovación y Estudios Laborales  
E 13876 (234) 2021

2583

**ORDINARIO N°:** \_\_\_\_\_/

**ACTUACIÓN:**

Aplica doctrina.

**MATERIA:** Días de descanso compensatorios adicionales.

**RESUMEN:** Resuelve diversas consultas conforme al contenido del presente pronunciamiento.

**ANTECEDENTES:**

- 1) Instrucciones de 08.11.2021 de Jefa de U. de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Solicitud de pronunciamiento de 16.02.2021 de abogada Sra. Andrea Serrano España.

**SANTIAGO,**

**DE: JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL**

**A: SRA. ANDREA SERRANO ESPAÑA**  
andrea.serrano@lizamabogados.cl

11 NOV 2021

Mediante presentación de ANT.2) se ha solicitado a este Servicio que se pronuncie acerca de la especial forma de distribución de días de descanso que excedan de uno semanal conforme a lo establecido en el inciso 6° del artículo 38 del Código del Trabajo. Sobre la materia se consulta si el acuerdo al que hace alusión la norma legal citada debe constar por escrito tal como señala el Dictamen N°0407/06 de 30.01.2014, firmado por el trabajador o la organización sindical a la que se encuentre afiliado, o, por el contrario, basta el acuerdo verbal. Y en caso de no existir acuerdo escriturado, si deben entenderse como cláusulas tácitas del contrato de trabajo, las particulares formas en que las partes han venido ejerciendo la distribución de aquellos días. Finalmente, en cuanto a esta materia, se consulta si ante omisión de acuerdo escrito y resistencia a firmar tal documento por el trabajador, procede aplicar lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 38 del Código del Trabajo.

Luego, en relación con la forma de otorgar el día de descanso compensatorio previsto en el inciso 3° del artículo 38 del Código del Trabajo, se consulta la oportunidad en que el día adicional que excede a uno semanal debiera otorgarse, si en la semana siguiente, si puede acumularse durante el mismo mes calendario, el mes siguiente, o, incluso durante el año calendario. En este sentido, la doctrina vigente contenida en Dictamen N°2219/126 de 11.07.2002 reconsideró a la anterior jurisprudencia que consideraba que el descanso compensatorio semanal debía otorgarse al séptimo día después de seis días consecutivos de labor, estableciendo que

Consulta, además, si es posible pactar por escrito las hipótesis de acumulación de días de descanso compensatorio señalados, mediante acuerdo escrito de acuerdo con los dictámenes N°3094/170 de 27.05.1997 y N°2219/126 de 11.07.2002.

Posteriormente, se plantea qué ocurre cuando no se ha otorgado dentro del año calendario, uno o más días de descanso compensatorio de un feriado trabajado, si el empleador debe proceder a su pago, otorgar de inmediato o seguir acumulándose tal tipo de días de descanso, considerando, además, lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 510 del Código del Trabajo en cuanto a la prescripción.

Concluye exponiendo el caso en que un trabajador deja de prestar servicios para el empleador, y tuviera días feriados trabajados pendientes de compensar mediante días de descanso. En tal situación pregunta si procede remunerar dichos días de forma análoga al feriado legal, o, es necesario otorgar aquellos días antes de comenzar a regir la fecha prevista para la separación efectiva de funciones.

Al respecto, cumpla con informar a Ud. que el inciso 3° del artículo 38 del Código del Trabajo, dispone que: *“Las empresas exceptuadas del descanso dominical deberán otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que los trabajadores debieron prestar servicios, aplicándose la norma del artículo 36. Estos descansos podrán ser comunes para todos los trabajadores, o por turnos para no paralizar el curso de las labores”*. A su vez, el inciso 6° del artículo 38 del mismo cuerpo normativo, prescribe que: *“Cuando se acumule más de un día de descanso en la semana por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto y quinto las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal. En este último caso, la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32”*.

Sobre estas normas en particular, la doctrina vigente de este Servicio contenida en Dictamen N°407/06 de 30.01.2014, señala que: *“Del análisis conjunto de las disposiciones legales citadas se desprende, en primer término, que el régimen normal de descanso dominical y en días festivos que consagra el artículo 35 del Código del Trabajo, no rige tratándose de las actividades exceptuadas de dicho descanso en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, no obstante lo cual, por expreso mandato del legislador, los respectivos trabajadores tienen derecho a impetrar un día de descanso a la semana en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo y otro, por cada festivo en que debieron prestar servicios.*

*Se desprende asimismo, que en caso que se acumule más de un día de descanso a la semana, las partes pueden acordar una especial forma de distribución o de remuneración de aquél o aquellos que exceden de uno, estableciéndose que en esta última situación la remuneración que se pacte no puede ser inferior a la prevista en el artículo 32 del Código del Trabajo, esto es, la correspondiente a las horas extraordinarias de trabajo.”*

Ahora bien, en cuanto a la forma que debe tener el acuerdo antes indicado, el mismo pronunciamiento anteriormente citado precisa que: *“(…) aún cuando la citada norma legal no establece expresamente dicha exigencia sino que se limita a establecer que las partes pueden acordar una especial forma de distribución o remuneración de los días de descanso compensatorio que exceden de uno semanal, este Servicio, en el ámbito de su competencia en materia de interpretación legal estima que dicho acuerdo debe materializarse por escrito, debiendo establecerse en el mismo las condiciones de otorgamiento y pago del beneficio que en él se establece”*. Por lo tanto, la jurisprudencia de este Servicio, ha concluido que el acuerdo acerca de la especial forma de distribución o remuneración de los días de descanso compensatorio que exceden de uno semanal, debe constar por escrito.

Por otra parte, el mismo pronunciamiento anteriormente señalado, establece que la no materialización por escrito del acuerdo aludido constituye una infracción a la normativa laboral que este órgano fiscalizador sanciona.

Asimismo, la omisión de acuerdo escrito y resistencia a firmar tal documento por parte del trabajador no obliga a aplicar exclusivamente lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 38 del Código del Trabajo, prescindiendo de la norma del inciso 6° del mismo cuerpo normativo, por cuanto la jurisprudencia de este Servicio contenida en Ord. N°5676 de 04.11.2015 —al confirmar que el acuerdo previsto en el inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo debe constar por escrito— estableció que: *“Atendido lo anterior, en la especie, no resulta procedente que la empresa Metro S.A. invoque una cláusula tácita para mantener la modalidad de remunerar en forma especial dicho día, debiendo para ello contar con el acuerdo escrito de cada uno de los trabajadores involucrados”*.

Luego, en relación con la forma de otorgar el día de descanso compensatorio por las actividades desarrolladas durante uno o más días feriados no domingo en una semana, previsto en el inciso 3° del artículo 38 del Código del Trabajo, se consulta la oportunidad en que el descanso compensatorio debiera otorgarse, si en la semana siguiente, si puede acumularse durante el mismo mes calendario, el mes siguiente, o, incluso durante el año calendario, y si aquellos días pueden utilizarse todos conjuntamente en una única oportunidad, o debieran ser distribuidos como las partes juzguen pertinente, como se esbozaría en el Dictamen N°2219/126 de 11.07.2002. En este caso, efectivamente, el Dictamen N°2219/126 de 11.07.2002 luego de reconocer la anterior jurisprudencia que consideraba que el descanso semanal debía concederse al séptimo día, señala la necesidad de cambiar la doctrina en el siguiente sentido: *“Efectuado un nuevo estudio sobre la materia y considerando por una parte que la ley no ha establecido la oportunidad precisa en que debe otorgarse el descanso semanal tratándose de los dependientes exceptuados del descanso dominical y de días festivos a que se refiere el artículo 38 del Código del Trabajo, limitándose a establecer que éstos tendrán un día de descanso a la semana por cada domingo trabajado y otro, por cada festivo laborado,*

*y, por otra, que de acuerdo a dicha normativa, la ley garantiza un día íntegro de descanso, en opinión de esta Dirección no existe impedimento legal para que para los efectos de dar cumplimiento a la obligación contenida en el inciso 4° de dicho precepto, vale decir, la concesión de dos descansos compensatorios en día domingo en el correspondiente mes calendario, las partes de la relación laboral convengan el otorgamiento del descanso semanal en una oportunidad distinta a la ya señalada- séptimo día-, sin que ello, en caso alguno, implique vulnerar las normas sobre duración y distribución de la jornada ordinaria, de suerte tal, que en un período de siete días el trabajador no podrá laborar más de 48 horas distribuidas en un mínimo de cinco y un máximo de seis días.*

*En otros términos, el cumplimiento de la antedicha obligación faculta al empleador para convenir con el respectivo trabajador que el señalado descanso se otorgue después de tres, cuatro o cinco días de labor, en tanto no se excedan los límites precedentemente señalados, no siendo obligatorio, por ende, que dicho descanso se otorgue después de laborar en forma ininterrumpida todos los días en que se distribuye la jornada convenida.”* Como es dable observar, hasta aquí, el pronunciamiento se refiere al descanso regulado en el inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo, esto es, el descanso en dos días domingo dentro del mes calendario, en relación con los trabajadores que se desempeñan en las actividades descritas en los números 2 y 7 del artículo 38 del Código del Trabajo.

Sin perjuicio de ello, el Dictamen anteriormente señalado es claro en establecer lo siguiente: *“Sobre la base de las consideraciones formuladas en párrafos que anteceden, cúmpleme informar a Ud. que, tratándose de trabajadores exceptuados del descanso dominical y de días festivos, las partes se encuentran facultadas para acordar el otorgamiento del descanso semanal en una oportunidad distinta al séptimo día, en la medida que con ello no se alteren las normas sobre distribución de jornada que prevé el ordenamiento jurídico laboral”.* De esta forma, aquellos descansos compensatorios serán utilizados en la distribución que pacte el empleador y los trabajadores, debiendo siempre respetar los límites legales sobre distribución semanal de la jornada de trabajo. Esto también significa que el día de descanso adicional que excede a uno semanal, se otorga en la oportunidad que hayan previamente pactado las partes, si es que no acordaron su remuneración, con el debido respeto a los límites que el legislador ha establecido sobre duración y distribución semanal de la jornada ordinaria de trabajo.

En este sentido, al no existir un límite legal que señale en forma específica la oportunidad en que el día de descanso adicional que excede a uno semanal debiera otorgarse, no existe inconveniente jurídico en que las partes acuerden que se otorgará la semana siguiente, o pacten la opción de acumular durante el mismo mes calendario, el mes siguiente, o, incluso durante el año calendario en curso, resultando excesivo y perdiendo el objetivo del descanso el pactar el otorgamiento de días de descansos adicionales compensatorios en un periodo que exceda de un año calendario. Estos descansos adicionales, además, pueden ser pactados de forma tal que se utilicen en una sola oportunidad o se distribuyan conforme el acuerdo de voluntades establezca, respetando los límites legales acerca de la duración y distribución diaria y semanal de la jornada de trabajo.

Evidentemente que dichos acuerdos, deben constar por escrito, conforme lo dispone el inciso 6° del artículo 38 del Código del Trabajo.


En relación con la consulta que plantea el caso en que se han acumulado uno o más días de descanso compensatorio adicionales dentro del año calendario, evidentemente que debe ser respetado el acuerdo que rige a las partes sobre la materia, conforme lo establece el inciso 6° del artículo 38 del Código del Trabajo, no existiendo la posibilidad de ceñirse en forma exclusiva por la fecha que señale el empleador, ni tampoco se pierde el derecho por prescripción extintiva conforme lo regula el inciso 1° del artículo 510 del Código del Trabajo. Además, puede ser pactado el pago de dichos días compensatorios adicionales como lo permite la norma en estudio, y, siguiendo el razonamiento anteriormente señalado, no corresponde el acumular un descanso compensatorio adicional para el siguiente año calendario, debiendo ser otorgado a la brevedad posible.

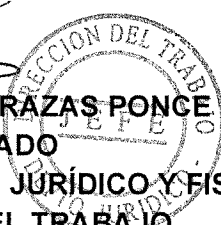
Finalmente, si el trabajador deja de prestar servicios para el empleador, y el acuerdo escrito pactado conforme lo dispone el inciso 6° del Código del Trabajo, establece el otorgamiento de descansos compensatorios adicionales acumulados, deberán otorgarse a la brevedad posible, y si esto no es posible por el transcurso del tiempo y la separación del trabajador, corresponderá su compensación en dinero, conforme lo establece el inciso 6° del artículo 38 del Código del Trabajo.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia administrativa invocada, cumpla con informar a usted que:

La resolución de las diversas consultas planteadas, se resuelven conforme al contenido del presente pronunciamiento.

Saluda atentamente a Ud.,

  
**JUAN DAVID TERRAZAS PONCE**  
**ABOGADO**  
**JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL**  
**DIRECCIÓN DEL TRABAJO**



JDTP/LEP/AMF  
Distribución:  
- Jurídico  
- Partes