

Juridico

DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 23020(1179)/97 ✓

ORD. N° 0647, 044,

MAT.: Sobre forma de dar cumplimiento a la obligación prevista en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, relativa al otorgamiento de un día de descanso en domingo en cada mes calendario.

ANT.: Presentación de 14.11.97, Sres. Dirigentes de Federación de Trabajadores Hoteleros Gastronómicos y Actividades Conexas, V Región.

FUENTES:
Código del Trabajo, artículo 38.

CONCORDANCIAS:
Dictámenes N°s 1981/80, de 08.03.96; 1220/61 de 11.03.97 y 3552/189, de 16.06.97.

SANTIAGO, 0 + FEB 1998

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SRES. DIRIGENTES DE FEDERACION
DE TRABAJADORES HOTELEROS
GASTRONOMICOS ACTIVIDADES CONEXAS

Mediante presentación individualizada en el antecedente se ha solicitado un pronunciamiento sobre la forma de dar cumplimiento a la obligación prevista en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, relativa al otorgamiento de un día de descanso en domingo en cada mes calendario.

Al respecto, cúmpleme informar a Uds. lo siguiente:

El Código del Trabajo, en el artículo 38, inciso 4º, dispone:

"En los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos uno de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberá 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 aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales, o se contraten exclusivamente para trabajar los día sábado, domingo o festivos".

De la norma legal transcrita se infiere que el legislador otorga a los trabajadores comprendidos en el N° 2 y 7º del inciso 1º del artículo 38 del Código del Trabajo,

*Reconsiderado x
Dictamen 2219/0126
2002.*

el derecho a que en el respectivo mes calendario, a lo menos, uno de los días de descanso compensatorio que les corresponda impetrar por los días domingo y festivos laborados en dicho período, se otorgue en día domingo.

Como es dable apreciar, la norma antes transcrita y comentada contiene la regla general sobre la materia, conforme a la cual el empleador se encuentra obligado a conceder un día de descanso en domingo en cada mes calendario en compensación de las actividades desarrolladas en días domingo o festivos, a los trabajadores a que se refieren los N^{os} 2 y 7^o del inciso 1^o del artículo 38 del Código del Trabajo.

Asimismo, en relación a esta norma cabe consignar que el tenor literal de la misma sólo se limita a establecer que uno de los días de descanso en el respectivo mes calendario debe otorgarse en día domingo, sin que con ello se altere la regla general sobre la materia, manteniéndose así, el mismo número de días de descanso compensatorio, que corresponden por los días domingo y festivos laborados en el mes respectivo.

De consiguiente, posible es convenir que el otorgamiento de los días de descanso compensatorio que deben impetrar en domingo los trabajadores que se desempeñan en las explotaciones, labores o servicios a que se refiere el N^o 2 del artículo 38 del Código del trabajo y a aquellos que prestan servicios en los establecimientos de comercio y de servicios a que alude el N^o 7 del mismo precepto legal, no confiere a los mismos el derecho a un día adicional de descanso semanal.

En otros términos, el empleador cumple con la obligación impuesta en el inciso 4^o del artículo 38 del Código del Trabajo, esto es, otorgar un día de descanso en domingo en el respectivo mes calendario, cuando concede descanso en dicho día, en compensación por las actividades desarrolladas por tales trabajadores en día domingo o bien en compensación por los días festivos laborados en el mes respectivo.

Para tales efectos y tal como lo ha sostenido reiteradamente este Servicio, el empleador puede efectuar las correspondientes adecuaciones en la distribución de la jornada de trabajo, la cual debe contar con el consentimiento de los respectivos trabajadores, si dicha distribución se encuentra contenida en los contratos individuales o colectivos de trabajo, acorde con lo prevenido en el inciso 2^o de artículo 5^o del Código del Trabajo.

Por su parte, si la jornada de trabajo existente en la empresa se cumple a través de un sistema de turnos cuya duración y distribución se encuentra únicamente establecida en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, el empleador se encontraría facultado para modificar la jornada de trabajo establecida en dicho reglamento, debiendo para tales efectos dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 156 del Código del Trabajo, precepto conforme al cual debe poner en conocimiento de los trabajadores tal modificación con treinta días de anticipación contados desde la fecha en que comience a regir, y fijarla, a lo menos, en dos sitios visibles del lugar de las faenas con la misma anticipación.

Con todo, necesario es hacer presente que la modificación de la jornada que se efectúe con el objeto de otorgar el beneficio del descanso en día domingo, en caso alguno puede significar alterar las normas generales sobre la oportunidad en que debe otorgarse el día de descanso semanal, esto es, al séptimo día, después de seis días de trabajo, ni tampoco vulnerar los topes máximos de la jornada ordinaria de 48 horas semanales y de 10 horas diarias, afirmación ésta que se encuentra en armonía con lo sostenido por esta Repartición en los dictámenes NQs 305/24, de 18.01.94 y 1220/61 de 11 03 97.

Asimismo, el inciso 5º del artículo 38 modificado por la ley NQ 19.482, establece otra alternativa para dar cumplimiento al descanso en día domingo, respecto de los trabajadores que se encuentran en alguna de las situaciones contempladas en el NQ 2 del citado precepto, conforme a la cual se faculta a los respectivos dependientes para convenir con su empleador que el día de descanso dominical, que les corresponde impetrar a lo menos en cada mes calendario, se otorgue en forma acumulada, dentro de un período que no exceda de 12 meses calendario, acuerdo éste que debe permitir al trabajador, en un período de doce meses, descansar, a lo menos, doce días domingo.

Finalmente, en relación con esta materia cabe consignar que este Servicio mediante dictamen NQ 1981/80 de 28.03.96, resolvió que resulta ajustado a derecho que *"el empleador pacte con sus trabajadores, dependientes de establecimientos de comercio y de servicios exceptuados del descanso dominical que atiendan directamente al público, compensar los días festivos efectivamente laborados por tales trabajadores y que excedan de uno en la respectiva semana laboral otorgándoles un día de descanso compensatorio en un domingo, del mismo mes calendario, o de otro mes distinto, dentro del mismo año calendario, de forma tal que, en definitiva, el trabajador goce de un domingo de descanso al mes"*, doctrina ésta que resulta plenamente aplicable respecto de los trabajadores que se desempeñan en las labores, explotaciones o servicios a que se refiere el NQ 2 del citado artículo 38.

Concordando lo expuesto en los párrafos anteriores, posible es sostener que la ley ha establecido distintas alternativas para cumplir con la obligación impuesta en el inciso 4º del referido artículo 38, relativa a conceder a los trabajadores que en dicho precepto se señalan, un día de descanso en domingo en compensación por los días domingos y festivos trabajados, sistemas éstos que conforme a lo indicado en acápites precedentes, requieren el acuerdo de ambas partes contratantes, excepto en el caso que la respectiva jornada de trabajo se cumpla mediante turnos contemplados exclusivamente en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad.

Con todo, necesario es consignar que no obstante lo sostenido en este informe en relación a que la aplicación de la norma prevista en el inciso 4º del artículo 38, no implica para los trabajadores de que se trata un día adicional de descanso semanal, en opinión de esta Dirección el descanso en día domingo adquirirá tal carácter, en la medida que las partes contratantes no celebren los acuerdos a que se ha hecho alusión

anteriormente, puesto que tal circunstancia, determinará, necesariamente en la práctica el otorgamiento en alguna semana del respectivo mes calendario de dos días de descanso semanal, uno correspondiente al séptimo día después de 6 días consecutivos de trabajo y otro por concepto del descanso en domingo previsto en el mencionado inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo.

Finalmente, necesario es consignar que a juicio de esta Repartición los acuerdos que se celebren en conformidad al artículo 38 del Código del Trabajo, relativos al otorgamiento del día de descanso en domingo en forma acumulada, sólo resultan procedentes en la medida que los trabajadores involucrados se encuentren afectos a un contrato de duración indefinida, no pudiendo, por ende, celebrarse respecto de trabajadores sujetos a un contrato de plazo fijo inferior a 12 meses.

Lo anterior por cuanto, por una parte, del tenor literal del inciso 5º del artículo 38 del Código del Trabajo, se desprende que el respectivo convenio debe referirse a lo menos a un período de doce meses, asegurando al trabajador descansar doce domingo en año y, por otra, la duración de un contrato de plazo fijo inferior al referido período, además, de impedir el uso efectivo de los doce domingo en el año, el mismo podría referirse a meses en que no estuviere vigente el contrato de trabajo de plazo fijo, circunstancia ésta que impediría descansar en día domingo, caso en el cual se desvirtuaría el objetivo que tuvo el legislador al establecer el aludido beneficio.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales transcritas y consideraciones expuestas, cúmplame informar a Ud. que la forma de dar cumplimiento a la obligación prevista en el inciso 4º del artículo 39 del Código del Trabajo, relativa al otorgamiento de un día de descanso en domingo en cada mes calendario, es la señalada en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,


Maria Ester Irujo Palara
MARIA ESTER IERUS PALARALA
ABOGADA.
DIRECTORA DEL TRABAJO

MCST/sda

Distribución:

Jurídico

Partes

Control

Boletín

Deptos. D.T.

Subdirector

U. Asistencia Técnica

XIII Regiones

Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social

Sr. Subsecretario del Trabajo