



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E6546(107)2021

DICTAMEN N° 97 / 01

ACTUACION:

Fija doctrina

MATERIA: Días adicionales de descanso en domingo. Suspensión temporal del contrato de trabajo. Otorgamiento. Procedencia.

RESUMEN:

Los trabajadores excluidos del descanso dominical y en días festivos en virtud del numeral 7 del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo, cuyos contratos de trabajo hubieren estado suspendidos en conformidad a la Ley N° 21.227, sea por acto de autoridad, o por un pacto de tal naturaleza, tendrán derecho a que se les otorguen los descansos adicionales de descanso en domingo que consagra el artículo 38 bis del mismo cuerpo legal una vez que se reincorporen a sus funciones, siempre que en el periodo que reste para cumplir la respectiva anualidad, existan días domingo en que puedan hacer efectivo dicho derecho.

ANTECEDENTES:

- 1.- Instrucciones de 03.11.2022, de Jefa de Departamento Jurídico y Fiscal (S)
Instrucciones de 16.02.2021, 18.03.2021 y 09.08.2021, de Jefa Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2.- Presentación de 21.01.2021, de abogada Alejandra Figueroa Uribe.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículo 38 bis.
Ley N°21.227.

SANTIAGO,

18 ENE 2023

DE: DIRECTOR DEL TRABAJO

A: SRA. ALEJANDRA NAVARRO URIBE
ESTUDIO NAVARRO ABOGADOS
AGUSTINAS N° 853, OFICINA 547

SANTIAGO
afigueroa@navarro.cl

Mediante presentación citada en el antecedente 2) ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección en orden a determinar la procedencia de otorgar total o parcialmente a los trabajadores afectos al artículo 38, inciso 1°, numeral 7 del Código del Trabajo, los siete días adicionales de descanso que establece el artículo 38 bis del mismo cuerpo legal y cuyos contratos de trabajo han estado suspendidos, sea por acto de autoridad o por la suscripción de un pacto de suspensión celebrado en conformidad a las normas establecidas por la Ley N°21.227.

Al respecto, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 38 del Código del Trabajo, en su artículo 1°, numeral 7, establece:

“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 ...”

Por su parte, el inciso 4° de la citada norma legal, previene:

“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 artículo 38 bis del Código del Trabajo, establece:

“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”.

Del análisis conjunto de la normativa legal precedentemente transcrita, se infiere, en primer término, que los trabajadores excluidos del descanso dominical

en virtud del numeral 7 del inciso 1° del artículo 38, esto es, aquellos que se desempeñen en establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, tienen derecho a siete días de descanso compensatorio en domingo por cada año de vigencia de la relación laboral, adicionales a los dos días que, en cada mes calendario, corresponde a dichos dependientes en conformidad al inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo.

Ahora bien, mediante Dictamen N°1921/033, de 20.04.2015, este Servicio fijó el sentido y alcance de la Ley N°20.823, que Modifica el Código del Trabajo en Materia de Jornada Laboral, precisando, en el ámbito de la consulta planteada, lo siguiente:

“En este orden, el derecho consagrado en el artículo 38 bis ya transcrito, amplía el régimen de descanso de que gozan los trabajadores del área comercio y servicios, y revisten una naturaleza autónoma de otros descansos.

“Sin embargo, 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”.

Asimismo, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en Dictamen N°2205/037 de 06.05.2015, ha señalado: *“...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 los 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”.

En cuanto a la determinación de la respectiva anualidad, la jurisprudencia institucional contenida en Ordinario N°2485, de 18.05.2015, prevé la posibilidad de que las partes, de común acuerdo, consideren por tal, el respectivo año calendario, en tanto ello no vulnere el número mínimo de días de descanso que garantiza la ley. Al efecto, señala: *“Ahora bien, no obstante lo indicado, es posible que por un acuerdo de voluntades celebrado entre el empleador y el trabajador o las organizaciones sindicales, la distribución de los domingos adicionales se efectúe conforme al año calendario, en la medida que esto no signifique una disminución en el mínimo de domingos establecidos en la ley y que corresponde otorgar a los trabajadores por cada año de vigencia de sus respectivos contratos de trabajo”.*

En relación con la forma de distribución de los siete días adicionales de descanso, este Servicio, en Dictamen N°2205/37 de 06.05.2015, ha precisado: *“...considerando que la organización funcional de la empresa recae en el empleador, corresponde a éste determinar, para los efectos indicados, la distribución de la jornada de los trabajadores, en términos que permita respetar la obligación legal de descanso. Con todo, tales definiciones deberán ser comunicadas oportunamente y con la anticipación necesaria a los trabajadores, a fin de atender a uno de los objetivos centrales de esta reforma legal, en el sentido de avanzar*

hacia una mayor compatibilización de la vida familiar y laboral, para este grupo de trabajadores”.

Conforme a la misma jurisprudencia, ello no constituye un impedimento para el acuerdo o negociación que legítimamente pudieran alcanzar empleadores y trabajadores, ya sea en forma individual o colectiva, a través sus organizaciones sindicales, incluidas las federaciones, en orden a definir la oportunidad en que se hará uso del derecho, en la medida que tales acuerdos aseguren el cumplimiento de las normas sobre descanso dominical contempladas en la ley.

Asimismo, como ya se indicó, el legislador hizo exigible el acuerdo de voluntades, tratándose del reemplazo del día domingo por día sábado, verificable hasta en tres oportunidades en el año.

Ahora bien, la consulta específica que se plantea, requiere determinar si durante los periodos de suspensión temporal del contrato de trabajo, sea por acto de autoridad o por un pacto celebrado en los términos de la Ley N° 21.227, procede otorgar el beneficio en comento, sea en su integridad o en forma parcial.

De acuerdo a la doctrina institucional, ambas suspensiones producen los mismos efectos, los que se traducen principalmente, en el cese temporal de la obligación de prestar servicios por parte del trabajador y de la obligación de pagar la remuneración y demás asignaciones que no constituyan remuneración, por parte del empleador. Este último igualmente estará obligado a pagar las cotizaciones previsionales y de seguridad social, tanto de su cargo como aquellas del trabajador, con excepción de las cotizaciones del seguro social de la Ley N° 16.744, las que se calcularán sobre el 100 % de las prestaciones que establece el Título I de la misma Ley de Protección al Empleo para las cotizaciones de pensión y sobre la última remuneración mensual percibida, para el resto de las cotizaciones de seguridad social y salud.

Aclarado lo anterior, debe tenerse presente que la finalidad del legislador al establecer el beneficio en comento, es garantizar el descanso dominical efectivo de los trabajadores de que se trata, lo que obviamente no es posible de lograr estando suspendidos los efectos de la relación laboral de dichos dependientes en los términos ya señalados. Debe considerarse igualmente que el mencionado beneficio rige por cada año de vigencia de la relación laboral y que la jurisprudencia institucional precisó tal circunstancia señalando que *para los trabajadores con contrato vigente al 7 de abril de 2015, su primera anualidad vence el 6 de abril de 2016* [...] *“En tanto que, respecto a los trabajadores cuya relación laboral se ha iniciado el día de entrada en vigencia de la ley o posteriormente, el ciclo anual lo determinará la fecha de inicio del vínculo contractual”*. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio del acuerdo de las partes en orden a considerar para tal efecto, el respectivo año calendario.

Considerando lo expuesto, la resolución de la consulta planteada hace necesario establecer previamente si existe una regulación respecto al otorgamiento de los descansos de que se trata y como han operado fuera del período que abarca la suspensión. Así, si existe una distribución al respecto, dichos descansos deberán ser otorgados en la forma establecida, descartándose para tal efecto, el lapso de suspensión temporal del contrato por las causas señaladas.

De esta manera, corresponderá que el empleador otorgue los descansos en día domingo en la forma establecida o en los términos acordados, una vez que el trabajador se reincorpore a sus funciones, siempre que en la respectiva anualidad resten días domingo en que pueda hacer efectivo el derecho.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que los trabajadores excluidos del descanso dominical y en días festivos en virtud del numeral 7° del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo,

cuyos contratos de trabajo hubieren estado suspendidos en conformidad a la Ley N°21.227, sea por acto de autoridad o por un pacto de tal naturaleza, tendrán derecho a que se les otorguen los descansos adicionales de descanso en domingo que consagra el artículo 38 bis del mismo cuerpo legal una vez que se reincorporen a sus funciones, siempre que en el periodo que reste para cumplir la respectiva anualidad, existan días domingo en que puedan hacer efectivo dicho derecho.

Saluda atentamente a Ud.



PABLO ZENTENO MUÑOZ
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

NPS/LBP/SMS
Distribución

- Jurídico, Partes, Control
- Boletín Oficial
- Departamentos y Oficinas del Nivel Central
- Subdirectora del Trabajo
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunes
- Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretario del Trabajo

