



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E 77057 (903) (2023)

Jurídico

ORDINARIO N°: 875 /

ACTUACIÓN:
Aplica doctrina.

MATERIA:
Descanso compensatorio. Art.38 n°7 del Código del Trabajo. Procedencia.

RESUMEN:
Las empresas exceptuadas del descanso dominical en virtud de lo dispuesto en el art.38 N°7 del Código del Trabajo, están obligadas a otorgar un día de descanso compensatorio por cada domingo y festivo laborado por sus trabajadores, no siendo jurídicamente procedente que el empleador modifique dicho sistema unilateralmente, en conformidad a lo expuesto en el presente informe.

ANTECEDENTES:
1) Instrucciones de 08.05.2023 de Jefa de Unidad Dictámenes e Informes en Derecho.
2) Presentación de 30.03.2023 de doña Anita Pinto Llantén

SANTIAGO, 27 JUN 2023

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: DOÑA ANITA PINTO LLANTÉN
PUENTE ARENAS N°325
anpintos@gmail.com
QUILICURA

Mediante presentación del Ant.2), se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento jurídico respecto a determinar si resulta jurídicamente procedente que el empleador decida unilateralmente compensar en dinero a los trabajadores que se desempeñan bajo el artículo 38 N°7 del Código del Trabajo, sin otorgarles un día compensatorio en virtud de la citada norma. Agrega que los días festivos que laboran no se refieren a feriados irrenunciables.

Sobre el particular, cumplo con informar a Ud., que el artículo 35 del Código del Trabajo, en su inciso 1° dispone que:

"Los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días.

Por su parte, el inciso 1° del artículo 38 del mismo Código, en su numerales 2 y 7, establece:

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

2. en las explotaciones, labores o servicios que exijan continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria;

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..."

A su vez, los incisos 4° y 5° del mismo artículo, prescriben:

"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.

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."

Del análisis conjunto de las disposiciones legales precedentemente transcritas es posible inferir, en primer término, que los trabajadores tienen derecho a gozar de un descanso semanal que, por regla general, recae en día domingo, como también, en aquellos que la ley declare festivos.

Del mismo análisis de la norma se desprende que dichos trabajadores que realizan actividades comprendidas en los numerales 2 y 7 del inciso 1° del mencionado artículo 38, vale decir, aquellas que requieren continuidad por la naturaleza de sus procesos, por razones de carácter técnico, por las necesidades que satisfacen o para evitar notables perjuicios al interés público o de la industria y los que se desempeñan en establecimientos de comercio y servicios que atiendan directamente al público, tienen derecho a que al menos dos de los días de descanso compensatorio que les corresponden recaigan en domingo, salvo las situaciones de excepción que allí se prevén. Igualmente, y de conformidad al artículo 38 bis del mismo Código, los trabajadores que se desempeñen en los establecimientos comerciales y de servicios precedentemente aludidos, tienen derecho a gozar de siete días adicionales de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato.

De iguales normas fluye además que el artículo 38 del Código del Trabajo contempla excepciones al descanso dominical y en días festivos en los casos y situaciones que en forma taxativa enumera en su inciso 1°, cuyo fundamento descansa principalmente en la naturaleza especial de las labores que se prestan y en la necesidad de evitar perjuicios al interés de la comunidad y de la empresa.

Entre dichas situaciones de excepción está la prevista en el numeral 7 del artículo en comento, referida a los trabajadores de establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, los que al igual que los señalados en el N° 2, gozaban del derecho a que, a lo menos, dos de los descansos compensatorios que les correspondía hacer uso en el respectivo mes calendario, recayeran en domingo.

Ahora bien, la ley N°20.823, publicada en el Diario Oficial de 7.04.2015 incorporó al Código del Trabajo el artículo 38 bis, cuyo texto es el siguiente:

"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".

De la disposición legal antes transcrita se colige que el legislador ha otorgado a los trabajadores comprendidos en el número 7 del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo, siete días de descanso en domingo, adicionales a los que consagra el inciso 4° de dicho precepto, disposición esta última que como ya se expresara, obliga a hacer recaer en domingo, al menos dos de los días de descanso compensatorios devengados en el respectivo mes calendario.

De este modo entonces, preciso es afirmar, que, por aplicación de la citada norma legal, los trabajadores exceptuados del descanso dominical en virtud del número 7 del inciso 1° del citado artículo 38, vale decir, aquellos que se desempeñen en establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, tienen derecho a que su empleador les otorgue en domingo, siete días más de descanso, durante cada año de vigencia del contrato de trabajo.

En relación con lo precedentemente señalado, es necesario señalar que mediante Dictamen N°4755/058, de 14.09.2015 y sobre la base de los fundamentos y consideraciones que allí se exponen, este Servicio precisó que el beneficio de siete días adicionales de descanso en domingo que prevé el artículo 38 bis del Código del Trabajo, resulta aplicable a todos los trabajadores comprendidos en el numeral 7 del artículo 38 del mismo cuerpo legal, con independencia de que sus labores se relacionen o no con la atención directa al público.

Por otro lado, considerando la naturaleza consensual del contrato de trabajo -así declarado en el artículo 9° del Código del Trabajo- el acuerdo sobre la jornada, puede formarse no solo a través de la manifestación expresa de voluntad de los contratantes, sino también por la manifestación tácita de la misma, derivada esta última, de la aplicación reiterada en el tiempo de determinadas prácticas de trabajo, así como el otorgamiento y goce de beneficios con aquiescencia de ambas partes, lo que lleva a la existencia de cláusulas tácitas que confirman o modifican las que constan escrituradas en el contrato de trabajo.

Por lo que, ya se trate de una estipulación expresa del contrato de trabajo, o bien, de un acuerdo tácito, la entrada en vigencia de la Ley N°20.823, por la que se agregó al Código del Trabajo el artículo 38 bis, no habilita al empleador para que éste de forma unilateral modifique el sistema de distribución de la jornada semanal.

En ese sentido lo ha expresado este Servicio mediante Dictamen N°3996/52 de 07.08.2015, al indicar que:

"No resulta jurídicamente procedente que el empleador modifique el sistema de turnos que se venía utilizando con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.823, sin que previamente cuente con el acuerdo de los trabajadores, en orden a que éstos accedan a modificar dicha cláusula esencial del contrato de trabajo".

El citado pronunciamiento manifiesta además que: *"el sentido que corresponde otorgar al artículo 38 bis del Código del Trabajo, no es otro que, los 7 días domingo de descanso revisten el carácter de adicionales a aquellos que conforme a lo dispuesto en los incisos 3 y 4 del artículo 38, ya tenían derecho los trabajadores del comercio".*

Conforme a lo anterior, el empleador, por una parte, se encuentra obligado a respetar el régimen de jornada y descansos acordado con el trabajador, mismo que se cumplía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N°20.823, a menos que ambas partes consientan en establecer un nuevo sistema de distribución de la jornada semanal.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas, cumplo con informar a Ud. que, las empresas exceptuadas del descanso dominical en virtud de lo dispuesto en el art.38 N°7 del Código del Trabajo, están obligadas a otorgar un día de descanso compensatorio por cada domingo y festivo laborado por sus trabajadores, no siendo jurídicamente procedente que el empleador modifique dicho sistema unilateralmente, en conformidad a lo expuesto en el presente informe.

Saluda atentamente a Ud.,


NATALIA POZO SANHUEZA
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



LEP/EZD

Distribución:

- Partes
- Jurídico