



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 6818 (1264) 2015**

90 años

4224

ORD.: _____ /
MAT.: Atiende presentación respecto a la aplicación del artículo 38 bis del Código del Trabajo
ANT.: 1) Instrucciones de 13.08.2015, de Jefe de Departamento Jurídico
2) Presentación de 01.06.2015 de doña Anita Pinto Llantén.

SANTIAGO,

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : ANITA PINTO LLANTÉN
anpintos@gmail.com**

19 AGO 2015

Mediante presentación del antecedente 2), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a la interpretación que debe otorgarse a la Ley N° 20.823, respecto a si los días de descanso de que gozaban los trabajadores del comercio con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley, pueden ser redistribuidos o eliminados unilateralmente por el empleador.

Al respecto, cabe considerar que el inciso primero del artículo 38 bis del Código del Trabajo, 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.

Ahora bien, cabe considerar que el artículo 10 N° 5

"El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

5. duración y distribución de la jornada de trabajo, salvo que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el reglamento interno;"

De la disposición legal anotada, se colige que las partes se encuentran obligadas a determinar, en el contrato de trabajo, la duración y distribución de la jornada, requisito este último que esta Dirección ha estimado se refiere tanto a la distribución diaria como semanal.

En estas circunstancias, preciso es convenir que todo contrato debe contener la referida cláusula, pues el legislador desea que el dependiente conozca con certeza el número de horas que comprende su jornada de trabajo.

Conforme a lo indicado, el contrato de trabajo contiene cláusulas esenciales, respecto de las que debe alcanzarse pleno consentimiento por ambas partes del vínculo y que, además, exigen para su modificación un acuerdo de iguales características.

Ahora bien, atendida la naturaleza consensual del contrato de trabajo -así declarado en el artículo 9º 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.

Necesario resulta puntualizar que, los descansos consagrados en el artículo 38 bis del Código del Trabajo y aquellos compensatorios por desempeño en domingo o festivo, revisten diversa naturaleza jurídica. El primero, posee un ámbito de aplicación temporal de carácter anual, por tal razón, el otorgamiento de tales días de descanso, no justifica la alteración unilateral del sistema de distribución semanal de la jornada laboral, descrito en el contrato de trabajo.

En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que, no resulta jurídicamente procedente que el empleador unilateralmente modifique el sistema de distribución de la jornada de trabajo semanal pactado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, ya se redistribuyendo o eliminando días de descanso, según se detalla en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,


JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
 ABOGADO
 JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
 DIRECCIÓN DEL TRABAJO




 RGR/PRC

Distribución:

-Jurídico, partes, control

