

**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 8784 (1713) 2015**

Jurídico

5652

ORD.: _____/

MAT.: Atiende presentación respecto a la aplicación del artículo 38 bis del Código del Trabajo

ANT.: 1) Instrucciones de 23.09.2015, de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho

2) Presentación de 14.07.2015, de Sindicato de Empresa Comercializadora SA

SANTIAGO,

04 NOV 2015

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : PAOLA RIVEROS PINO
PRESIDENTA SINDICATO COMERCIAL COTYS SA
HUÉRFANOS Nº 1160, OFICINA 704, SANTIAGO**

Mediante presentación del antecedente 2), ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a la interpretación que debe otorgarse al artículo 38 bis del Código del Trabajo, en lo referido a si resulta procedente que el empleador modifique unilateralmente los días de descanso por los días domingo, y respecto a los efectos del no otorgamiento de los 7 días domingo de descanso.

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 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.

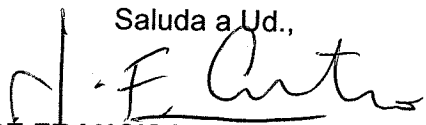
Respecto a la segunda de sus consultas, cabe puntualizar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, recae en el empleador la obligación de otorgar el descanso que dicha norma prescribe, y dentro del período anual de vigencia de la relación laboral, por lo que toda conducta que infrinja dicho descanso, al no indicarse una sanción específica, procede sea objeto de la aplicación del mecanismo de sanción general contemplado en el artículo 506 del Código del Trabajo.

En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citada, y las consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que:

1.- No resulta procedente que el empleador unilateralmente modifique los días de descanso pactados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, ya sea eliminando alguno de aquellos, o bien, sustituyéndolo por alguno de los 7 días domingo conferidos por el artículo 38 bis del Código del Trabajo.

2.- La infracción al artículo 38 bis del Código del Trabajo, puede ser objeto del mecanismo general de sanción contemplado en el artículo 506 del Código del Trabajo.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LBP/PRC

Distribución:

-Jurídico, partes, control