



**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 7534 (1402) 2015**

Jurídico

5671

ORD.: _____/

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

ANT.: 1) Instrucciones de 23.10.2015, de Jefe de Departamento Jurídico

2) Ordinario N° 1124/2015 de 16.06.2015, de Director Regional del Trabajo, Región Metropolitana Poniente

3) Presentación de 02.06.2015, de Sindicato de Empresa Inversiones y Tarjetas SA

SANTIAGO,

04 NOV 2015

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

**A : ALEJANDRA VÁSQUEZ DEL RIO
PRESIDENTE SINDICATO DE EMPRESA INVERSIONES Y TARJETAS SA
sindicatotarjetahites@gmail.com**

Mediante presentación del antecedente 3), 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 el empleador se encontraría facultado para imputar los días domingo de descanso pactados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, a aquellos conferidos por aplicación de esta nueva normativa.

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".

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.

Ahora bien, tratándose de aquellas empresas en que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, eran otorgados días domingo de descanso en un número superior al mínimo legal -calculado conforme a las reglas contenidas en los incisos 3º y 4º del artículo 38 del Código del Trabajo-, el nuevo régimen de descanso contemplado en el artículo 38 bis, solo complementa el número total de días domingo de descanso, en el número de días que sean necesarios para completar el total de 7 días domingo que el legislador ha establecido como adicionales a aquellos que derivan del descanso compensatorio semanal.

En conclusión, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúmpleme informar a Ud. que si bien, el empleador no se encuentra facultado para modificar unilateralmente el sistema de jornada laboral pactado antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, en aquellas

empresas en que dicho régimen de jornada contemplaba más días domingo de descanso que los conferidos por los inciso 3 y 4 del artículo 38 del Código del Trabajo, procede que el descanso contenido en el artículo 38 bis del Código del Trabajo se otorgue solo por hasta el número de días domingo necesarios para completar 7 días al año, adicionales al descanso compensatorio semanal, sin perjuicio del acuerdo de las partes por un número mayor de días.

Saluda a Ud.,



JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



KBP/PRC

Distribución:

-Jurídico, partes, control