

S/K (1194) 2016
K 5649 (1428) 2016
DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES
EN DERECHO

4247 - 0073

ORD.:

MAT.:

Fija sentido y alcance de la Ley N° 20.918 de 30.05.2016, relativa a los sistemas de jornada y descanso de trabajadores del sector turismo y entretenimiento.

ANT.:

Necesidades del Servicio

FUENTES:

Artículos 34, 34 bis, 38 y 64 del Código del Trabajo; artículo 2° Ley N° 19.973.

CONCORDANCIAS: Dictámenes 4185/93 de 05.06.1990, 6077/275 de 21.10.1992, N° 4237/165 de 14.09.2004 y 935/12 de 10.03.2014

12 AGO 2016

SANTIAGO,

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO
A : JEFE DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN

Por necesidades del Servicio, se ha estimado procedente fijar el sentido y alcance de la Ley N° 20.918, que adapta las normas laborales al rubro del turismo, publicada en el Diario Oficial del día 30.05.2016.

La Ley en análisis, incorpora diversas normas al Código del Trabajo y modifica el artículo 2° de la Ley N° 19.973, con el objetivo de adecuar la legislación laboral y así permitir el desarrollo del Turismo, en su carácter de actividad productiva de alta relevancia para el PIB y la creación de empleo, bajo una orientación modernizadora de las relaciones laborales y promoción de los derechos de los trabajadores.¹

En este sentido, la ley en estudio incide en los siguientes aspectos del orden jurídico laboral:

1.- Modifica el régimen de descanso dentro la jornada de los trabajadores de restaurantes, mediante la incorporación al Código del Trabajo del artículo 34 bis.

¹ Mensaje de S.E. el Presidente de la República de 06.01.2012, con que se inicia la tramitación de la Ley N° 20.918

2.- Modifica el horario de inicio y término del descanso semanal y por día festivo, respecto de trabajadores que desarrollan ciertas actividades vinculadas al turismo, reforma contenida en el inciso 2° del artículo 36 del Código del Trabajo.

3.- Establece, mediante la incorporación de un nuevo inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, un sistema alternativo de distribución de la jornada semanal, para los trabajadores que se desempeñan en el sector turismo y casino de juegos.

4.- Mediante la incorporación de tres incisos al artículo 64 del Código del Trabajo, se regula el derecho a propina y su forma de pago.

5.- Se modifica el ámbito de aplicación de los feriados irrenunciables contemplados en el artículo 2° de la Ley N° 19.973.

Conforme a lo expresado, se procederá al estudio de los efectos de la nueva normativa, según la materia en que inciden y, subrayándose las citas a las disposiciones incorporadas por la Ley N° 20.918.

I.- Efectos sobre el descanso dentro de la jornada de los trabajadores de restaurantes.

Al respecto, cabe considerar que los artículos 34 y 34 bis del Código del Trabajo, ordenan:

“Artículo 34. La jornada de trabajo se dividirá en dos partes, dejándose entre ellas, a lo menos, el tiempo de media hora para la colación. Este período intermedio no se considerará trabajado para computar la duración de la jornada diaria.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los trabajos de proceso continuo. En caso de duda de si una determinada labor está o no sujeta a esta excepción, decidirá la Dirección del Trabajo mediante resolución de la cual podrá reclamarse ante el Juzgado de Letras del Trabajo en los términos previstos en el artículo 31.

Artículo 34 bis.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo precedente, los trabajadores de restaurantes que atiendan directamente al público podrán pactar la interrupción de la jornada diaria por más de media y hasta por cuatro horas, en tanto la suma de las horas efectivamente trabajadas no sobrepase los límites semanales y diarios señalados en los artículos 22 y 28. Cada trabajador podrá optar por permanecer en el lugar de trabajo, pero el empleador no podrá requerir de su parte, en este lapso, la prestación de servicios de ninguna naturaleza; la infracción de esta obligación será sancionada con una multa de 60 unidades tributarias mensuales.

Las referidas horas de interrupción no serán imputables a la jornada diaria, pero su exceso sobre media hora deberá remunerarse de

común acuerdo entre las partes en el pacto referido, sin que pueda acordarse un monto inferior al valor por hora correspondiente a uno y medio ingreso mínimo mensual en base a una jornada de cuarenta y cinco horas semanales. En caso que el período de colación fuere imputable a la jornada de trabajo, no corresponderá remunerar conforme a esta disposición el tiempo que ya estuviese imputado a la jornada. El empleador deberá costear el transporte de ida y regreso del trabajador a otro lugar, dentro del radio urbano respectivo, durante las horas de interrupción.

El pacto deberá incluir a todos los trabajadores que atienden público y constar por escrito. El empleador deberá remitir a la Dirección del Trabajo copia del respectivo pacto.

Se podrá incorporar en el pacto a trabajadores de los establecimientos señalados que, sin atender directamente al público, sean de difícil reemplazo, en atención a su condición técnica, profesional o a su experiencia en una determinada especialidad y a las características de la prestación de sus servicios. Al efecto, el empleador deberá remitir a la Dirección del Trabajo copia del respectivo pacto y de los antecedentes que acrediten las circunstancias señaladas en este inciso.

El pacto deberá ser acordado con la o las organizaciones sindicales a las que pertenezcan los trabajadores involucrados y podrá extenderse hasta por seis meses, renovables de común acuerdo. En caso de no existir aquellas, el acuerdo deberá celebrarse en forma colectiva con dichos trabajadores, ante un ministro de fe. Para aplicar estos pactos a los trabajadores de la empresa sin afiliación sindical, se requerirá de su consentimiento expreso, manifestado por escrito.

La distribución de la jornada pactada conforme al presente artículo no será compatible con aquella señalada en el artículo 27.

Durante las interrupciones de la jornada de trabajo a que se refieren los incisos precedentes, el trabajador se encontrará bajo la cobertura del seguro a que se refiere el Título III del Libro II".

De las disposiciones legales transcritas, se infiere que mediante la presente reforma, se ha establecido un nuevo régimen de distribución de la jornada diaria, permitiendo su interrupción por hasta 4 horas no imputables a la jornada diaria o semanal.

Durante el período de interrupción, se prohíbe que el trabajador preste servicios de cualquier naturaleza para su empleador, aunque podría permanecer en el restaurant en tanto no ejecute función alguna. De igual forma, durante el tiempo de interrupción de la jornada, el trabajador mantiene la cobertura del seguro sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Tal régimen, se aplica de forma principal respecto de aquellos trabajadores que, desempeñándose en un restaurant, realizan atención directa al público.

Adicionalmente, se pueden incorporar al pacto aquellos trabajadores que, sin atender directamente al público, realizan una función que sea de difícil reemplazo, como causa de su condición técnica, profesional, o a su experiencia en una determinada especialidad y a las características de la prestación de sus servicios, circunstancias éstas que deberán ser acreditadas ante este órgano fiscalizador.

Cabe considerar que, durante la tramitación del proyecto el asesor legislativo del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, señor Francisco del Río, puntualizó:

“...respecto a la continuidad o discontinuidad de la jornada en ciertos sectores, existen ciertas empresas o restaurantes de “alta gama” o “conceptuales” que sólo atienden en determinados horarios. Esta práctica de cerrar, y por ende cortar la jornada laboral del trabajador, es actualmente ilegal, constituyendo una infracción laboral. Sin perjuicio de lo anterior, se trata de una práctica generalizada. Por tanto, la iniciativa legal, pretende dar solución y regular esta ilegalidad manifiesta, determinando que las horas de interrupción de la jornada para el personal que atiende público sean efectivamente pagadas por el empleador y no sean imputables a la jornada de trabajo. Asimismo, en la Comisión de Turismo se aprobó una indicación que señala que en el caso que el trabajador concurra a su domicilio u otro lugar, el empleador deberá costear los gastos de movilización durante la interrupción de jornada...”²

Por lo demás, se advierte que el propósito de la ley, según se ha señalado precedentemente, se enmarca en el interés de propiciar el desarrollo del sector turismo mediante una estructura de jornada más flexible, que en lo referido a este artículo incorporado, atañe exclusivamente al rubro de restaurantes.

Luego, según se desprende de la historia fidedigna del artículo 34 bis, y para los efectos de su aplicación, se entiende por restaurant aquel lugar en que se proporciona el servicio de comidas completas, preparadas para su consumo inmediato, que cuenta con atención a la mesa.³

Ahora bien, en lo referido a las características y requisitos que debe cumplir el pacto, éstas son:

- 1.- Debe constar por escrito.**
- 2.- Debe indicar el período de interrupción de la jornada diaria.**

² Informe de Comisión de Trabajo, Cámara de Diputados (04.06.2013).

³ Para los efectos de definir las características de los establecimientos, se ha consultado la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las Actividades Económicas (Revisión 4), del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría de las Naciones Unidas.

Sobre este aspecto cabe considerar que, según lo dispone el inciso 1º del artículo 34 del Código del Trabajo, el legislador ha establecido un sistema general consistente en la obligación de dividir la jornada diaria en dos partes, disponiendo que entre ellas, se otorgue un descanso de –a lo menos– media hora para colación, señalando que dicho período no se considerará trabajado y que, por ende, no puede ser considerado para los efectos de enterar la jornada diaria.

Sin embargo, en lo referido al rubro de restaurantes, el artículo 34 bis posibilita que los trabajadores y su empleador, convengan un tiempo mayor de interrupción de la jornada diaria –de hasta cuatro horas–, lapso que en virtud de su carácter excepcional ostenta un estatuto especial.

En virtud de lo anterior, el tiempo que regula el pacto en análisis, exclusivamente debe corresponder a aquel que excede a la media hora general, esto es, aquel que se extiende desde el minuto 31 hasta las 4 horas de interrupción de la jornada, período que presenta las siguientes características:

a.- Al igual que la primera media hora de interrupción, este tiempo no resulta imputable a la jornada de trabajo, por lo que no debe ser considerado para los efectos de enterar la jornada diaria o semanal.

b.- Debe ser remunerado conforme al acuerdo de las partes, el que no puede ser inferior al valor hora que se obtenga en base a un 1,5 Ingreso Mínimo Mensual, con relación a una jornada semanal de 45 horas.

c.- El tiempo pactado para la interrupción de la jornada deberá consignarse en el registro de asistencia de cada trabajador, ya sea que éste permanezca o no en el lugar de trabajo durante dicho período, a fin de permitir la adecuada fiscalización de las obligaciones y derechos que derivan de la adopción del pacto.

3.- Trabajadores a los que se puede incluir en el pacto.

El pacto debe incluir a todos los trabajadores del respectivo establecimiento, que atiendan directamente al público, pudiendo incorporarse a aquellos trabajadores que, sin cumplir este requisito, realizan una función que sea de difícil reemplazo, como causa de su condición técnica, profesional o a su experiencia en una determinada especialidad y a las características de la prestación de sus servicios.

En este punto, reuniría los requisitos para adherirse al pacto, aquel trabajador que sin atender público directamente en el restaurant, se desempeña como Chef.

4.- En cuanto a la forma de adopción del pacto, se privilegia el acuerdo colectivo de los trabajadores.

La presente legislación reconoce la preeminencia de la organización sindical para la adopción del acuerdo, siendo dicha organización la llamada a acordar el pacto en representación de sus afiliados.

Ahora bien, tratándose de aquellos trabajadores sin afiliación sindical, la aplicación del pacto exige que su consentimiento sea manifestado expresamente por escrito.

Por último, en aquellos establecimientos que no cuentan con trabajadores afiliados a una organización sindical, la adopción del pacto debe celebrarse de forma colectiva y ante un ministro de fe, por lo que a fin de garantizar el espíritu colectivo de la decisión, se estima como necesario que la aprobación de las condiciones del pacto se manifieste por la mayoría absoluta de los trabajadores del establecimiento respecto de quienes se aplicaría.

5.- Vigencia del pacto.

Cualquiera sea la forma de adopción del pacto, tendrá una vigencia de hasta seis meses, renovables de común acuerdo. Atendido esto, se deberá consignar en el respectivo instrumento, su fecha de suscripción (que se entenderá para todos los efectos como la de inicio de su vigencia, y la fecha de expiración del acuerdo.

Tratándose de aquellos trabajadores que se incorporan al establecimiento durante el período de vigencia de un pacto, el contrato de trabajo o un anexo, deberá indicar las estipulaciones del pacto y fecha de término de su vigencia. Al vencimiento del acuerdo, el trabajador podrá participar en la decisión de renovar el acuerdo o adoptar uno nuevo, conforme a las normas descritas en el punto anterior.

6.- Obligaciones pecuniarias del empleador derivadas del pacto.

La adopción de un pacto de interrupción de la jornada, impone al empleador el cumplimiento de obligaciones pecuniarias especiales, manifestadas en una particular forma de remuneración de dichas horas, y también, mediante la compensación de los gastos de ida y regreso a otro lugar que determine el trabajador, dentro del radio urbano.

En cuanto a la remuneración, por el tiempo comprendido en el pacto de interrupción de la jornada, está puede ser determinada por las partes, en tanto se trate de un monto igual o superior al valor por hora correspondiente a uno y medio ingreso mínimo mensual en base a una jornada de 45 horas semanales.

En base a lo anterior, la fórmula para obtener el valor de la remuneración mínima correspondiente a cada hora de pago, es la siguiente:

$$\left(\left(\frac{(\text{Ing. mín mensual} \times 1,5)}{30} \right) \times 28 \right)$$

Por lo anterior, conforme al ingreso mínimo mensual vigente establecido por la Ley N° 20.935 de 30.06.2016, el valor mínimo de cada hora del pacto, asciende a la fecha de este Dictamen a \$ 2.003.- pesos.

Además, el pacto debe señalar el monto que las partes hubieren acordado para solventar los gastos de traslado del trabajador durante la interrupción de la jornada, monto que al menos deberá corresponder al equivalente a al valor de dos pasajes de transporte público dentro del radio urbano.

Las sumas antes descritas, deberán estar debidamente descritas y detalladas en las liquidaciones de remuneración de cada trabajador al tenor de lo dispuesto en el artículo 54 inciso 3° del Código del Trabajo.

7.- Obligación de remitir copia del pacto a la Dirección del Trabajo.

El empleador debe remitir copia del pacto a la Dirección del Trabajo, a fin que este Servicio en el marco de sus facultades fiscalizadoras, pueda verificar el cumplimiento de los requisitos y formalidades del pacto.

Además, el empleador deberá adjuntar en su remisión, copias de los antecedentes que den cuenta de las circunstancias en que se adoptó el pacto, tales como:

- Documentos justificantes de la incorporación al pacto de personal que no atiende directamente al público (Ej: título profesional, contrato de trabajo, etc...)
- Copia de acta de ministro de fe, en los casos en que la adopción del pacto ha sido decidida por un colectivo de trabajadores sin afiliación sindical.

8.- Incompatibilidad del pacto con el sistema de jornada extendida contemplado en el artículo 27 del Código del Trabajo.

Durante la vigencia del pacto de interrupción de la jornada diaria, el establecimiento no podrá adoptar el sistema de jornada extendida o prolongada contemplado en el artículo 27 del Código del Trabajo.

II.- Efectos respecto a la hora de inicio y término del descanso semanal o por festivo.

Sobre el particular, el artículo 36 del Código del Trabajo, prescribe:

“Artículo 36. El descanso y las obligaciones y prohibiciones establecidas al respecto en los dos artículos anteriores empezarán a más tardar a las 21 horas del día anterior al domingo o festivo y terminarán a las 6 horas del día

siguiente de éstos, salvo las alteraciones horarias que se produzcan con motivo de la rotación en los turnos de trabajo.

En el caso de los trabajadores de hoteles, restaurantes, pubs, bares, discotecas y similares, las labores realizadas en el día anterior a un día de descanso deberán finalizar, a más tardar, a las 00:00 horas. En casos justificados, se podrá traspasar dicho límite hasta en tres horas, las que deberán pagarse con un recargo del cien por ciento sobre el valor de la hora ordinaria correspondiente al sueldo convenido. Con todo, el trabajador deberá tener un descanso no inferior a treinta y tres horas continuas, a partir del término de los servicios en la jornada que antecede a un día de descanso”.

Según se infiere de la norma transcrita, la reforma contenida en la Ley N° 20.918 de 30.05.2016, regula, respecto a los dependientes que se desempeñan en hoteles, restaurantes, pubs, bares, discotecas y similares, el horario de inicio del descanso y, junto con ello, se garantiza que aquel tenga una extensión mínima de tiempo.

En síntesis, los referidos trabajadores deben comenzar su descanso inmediatamente luego de las 00:00 horas, a menos que por causas justificadas, se prorrogue su inicio hasta por tres horas.

Ahora bien, en aquellos casos en que se prorrogue el inicio del descanso más allá de las 00:00 horas (pero con el tope de tiempo ya mencionado), el empleador deberá remunerar ese tiempo con un recargo del cien por ciento sobre el valor de la hora ordinaria correspondiente al sueldo convenido.

Por otra parte, se resguarda la existencia de un tiempo mínimo de descanso para estos dependientes, al consagrarse que entre el término de jornada laboral previa al día de descanso y el inicio de la próxima jornada de trabajo, deben mediar al menos 33 horas continuas.

III.- Efectos en cuanto a la distribución de la jornada semanal de trabajadores exceptuados del descanso en domingo y festivos.

Sobre este punto y en virtud de la reforma en análisis, el artículo 38 del Código del Trabajo adoptó la siguiente redacción:

“Artículo 38. Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

- 1.- en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea impostergable;*
- 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;

3.- en las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados;

4.- en los trabajos necesarios e impostergables para la buena marcha de la empresa;

5.- a bordo de naves;

6.- en las faenas portuarias;

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

8.- en calidad de deportistas profesionales o de trabajadores que desempeñan actividades conexas.

Las empresas exceptuadas de este descanso podrán distribuir la jornada normal de trabajo, en forma que incluya los días domingo y festivos. Las horas trabajadas en dichos días se pagarán como extraordinarias siempre que excedan de la jornada ordinaria semanal. En el caso de los trabajadores a que se refiere el número 7 del inciso anterior, sea cual fuere la jornada de trabajo en la que se desempeñen, las horas ordinarias trabajadas en día domingo deberán ser remuneradas con un recargo de, a lo menos, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria. Dicho recargo deberá liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones del respectivo período. El valor de la hora ordinaria y el recargo señalado serán la base de cálculo a efectos de la determinación, en su caso, del valor de la hora extraordinaria trabajada en dichos días domingos.

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.

En el caso de los trabajadores de casinos de juego, hoteles, pubs, discotecas, restaurantes, clubes, bares y similares, y de los operadores de turismo, la distribución de la jornada ordinaria semanal deberá sujetarse a lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto, salvo que las partes acuerden distribuir la jornada semanal de tal forma que el trabajador cuente con, a lo menos, veintinueve domingos de descanso en el lapso de un año o, alternativamente, con quince domingos de descanso en el lapso de seis meses. La distribución de los días domingos deberá ser acordada por escrito en el contrato de trabajo o en un anexo del mismo y no podrá considerar la prestación de servicios por más de tres domingos en forma consecutiva. Si a la fecha de terminación del contrato, el trabajador no hubiere hecho uso de los descansos en día domingo a que tiene derecho conforme la proporción que establece este inciso, el empleador deberá pagar dichos días en el respectivo finiquito. Este pago deberá efectuarse con el recargo contemplado en el inciso tercero del artículo 32 y no podrá ser imputado al pago del feriado proporcional, en su caso.

Cuando se acumule más de un día de descanso en la semana por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto y quinto las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal. En este último caso, la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32.

Con todo, en casos calificados, el Director del Trabajo podrá autorizar, previo acuerdo de los trabajadores involucrados, si los hubiere, y mediante resolución fundada, el establecimiento de sistemas excepcionales de distribución de jornadas de trabajo y descansos, cuando lo dispuesto en este artículo no pudiere aplicarse, atendidas las especiales características de la prestación de servicios y se hubiere constatado, mediante fiscalización, que las condiciones de higiene y seguridad son compatibles con el referido sistema.

La vigencia de la resolución será por el plazo de cuatro años. No obstante, el Director del Trabajo podrá renovarla si se verifica que los requisitos que justificaron su otorgamiento se mantienen. Tratándose de las obras o faenas, la vigencia de la resolución no podrá exceder el plazo de ejecución de las mismas, con un máximo de cuatro años.”

Luego, respecto a esta materia, la reforma de la Ley N° 20.918 establece un sistema especial de descanso en domingo, aplicable a los trabajadores que se desempeñan en los siguientes establecimientos:

- 1.- casinos de juego,
- 2.- hoteles,

- 3.- pubs,
- 4.- discotecas,
- 5.- restaurantes,
- 6.- clubes,
- 7.- bares y similares, y
- 8.- operadores de turismo.

En cuanto a esta última actividad económica –operadores de turismo– cabe tener en cuenta que, según el Mensaje del Ejecutivo respecto al proyecto que culminó con la publicación de la Ley N° 20.918, se entiende por tour operadores aquellos establecimientos que conforme a la norma chilena oficial, diseñan y proveen paquetes, productos o servicios turísticos, propios o de terceros.

Es así como, mediante la norma NCh 3067 de 2013, aprobada por Decreto Exento N° 171 de 07.04.2014 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, se fijan los requisitos que deben cumplir los operadores de turismo, y se define como tour operador u operador mayorista, a aquella organización comercial que diseña y provee paquetes, productos o servicios turísticos, propios o de terceros, los cuales pueden comprender transporte, estadía y otros.

Con todo, si bien tratándose de los trabajadores que se desempeñan en cualquiera de los establecimientos precedentemente enumerados, su régimen de descanso semanal se encuentra regulado en los incisos 3° y 4° del artículo 38 del Código del Trabajo, la presente reforma faculta a que las partes de la relación laboral, acuerden una especial forma de distribución del descanso en día domingo, que sustituye la obligación de que el descanso recaiga en al menos dos días domingo en el mes.

Así entonces, tales trabajadores, por una parte mantienen su derecho a que se les otorgue un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo, y otro por cada festivo en que debieron prestar servicios, pero en lo referido al descanso en domingo, las partes podrían pactar:

- 1.- que el descanso se verifique en a lo menos 29 domingos en el lapso de un año, o bien;
- 2.- 15 días domingo de descanso en el lapso de seis meses.

Sin embargo, cualquiera sea la opción que se adopte, el sistema de distribución del descanso, no podrá considerar la prestación de servicios por más de tres días domingo en forma consecutiva.

De esta forma, se ha pretendido que ciertas actividades económicas vinculadas al turismo, puedan adaptar su régimen de descanso laboral, a las características estacionales que se evidencian en dicho rubro.

Por último, en lo relativo al sistema de compensación económica de aquellos días domingo de descanso, que el trabajador no hubiere utilizado al término de la relación laboral, su pago debe efectuarse en el respectivo finiquito, con base a un cálculo de la proporción de días domingo a que tenía derecho en virtud del tiempo de vigencia de la relación laboral, menos el número de días domingo en que trabajador descansó efectivamente dentro del período anual o semestral que se hubiera pactado.

El resultante de dicho cálculo, se debe redondear al número entero superior, puesto que de existir una fracción, aquella correspondería al derecho sobre un día de descanso, que no ha de admitir otorgamiento parcial, en la circunstancia que el trabajador hubiere gozado efectivamente de aquel.

El factor final, corresponderá a días de remuneración que deberán ser pagados con el recargo del 50% sobre el sueldo convenido a que se refiere el artículo 32 del Código del Trabajo, monto que no procede sea imputado al pago de feriado proporcional.

A modo de ejemplo, si un trabajador desde el inicio de la vigencia del pacto que estableció el descanso en 29 domingos al año, o bien, desde la última anualidad de dicho acuerdo, hubiere mantenido vigente la relación laboral por 4 meses y 20 días, lapso en que gozó de 6 días domingo de descanso efectivo, corresponderá el siguiente procedimiento de cálculo:

a.- En base al pacto, al trabajador le corresponden "2,42" días domingo de descanso por cada mes completo y, "0.08" días por cada jornada trabajada adicionalmente.

b.- $2,42 \times 4$ (Nº de meses trabajados) = 9,7 días de remuneración.

c.- $0,08 \times 20$ (Nº de días) = 1,6 días de remuneración.

d.- La sumatoria de los literales a.- y b.- equivale a 11,3 días de remuneración.

e.- Se restan los días domingo efectivamente otorgados ($11,3 - 6 = 5,3$).

f.- El resultado anterior se redondea al número entero superior, que para el ejemplo asciende a 6, guarismo que corresponde al número de días de remuneración a pagar con el recargo del artículo 32 del Código del Trabajo.

IV.- Efectos respecto del derecho a propina y su forma de pago.

La Ley N° 20.918, incorporó tres incisos al artículo 64 del Código del Trabajo, normativa que adoptó el siguiente tenor:

“Artículo 64.- En los establecimientos que atiendan público a través de garzones, como restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares, el empleador deberá sugerir, en cada cuenta de consumo, el monto correspondiente a una propina de a lo menos el 10% del mismo, la que deberá pagarse por el cliente, salvo que éste manifieste su voluntad en contrario.

Los trabajadores tendrán derecho a percibir todas aquellas sumas que por concepto de propinas entreguen los clientes de dichos establecimientos, sea en forma directa y en dinero en efectivo al trabajador, como también a través de los medios de pago aceptados por el empleador, tales como tarjetas de crédito, de débito, cheques u otros títulos de crédito. El empleador no podrá disponer de ellas, deberá entregarlas íntegramente a los trabajadores y no podrá efectuar descuentos de ninguna naturaleza sobre las mismas. Tampoco podrá distribuir las propinas, facultad que sólo recae en los trabajadores que las reciben del cliente, las que se entenderán de su propiedad.

Tratándose de pagos con tarjetas de crédito u otros títulos de crédito, el empleador deberá liquidar y enterar dichas sumas en la fecha en que acuerde con sus trabajadores, plazo que no podrá exceder de siete días hábiles desde que se recibieron del cliente. En estos casos, el empleador deberá entregar al trabajador copia del vale o comprobante en que conste la cantidad total pagada y el valor del servicio o producto adquirido. Tratándose de eventos especiales organizados por el empleador y que sean pagados con posterioridad a su celebración, este plazo se extenderá hasta la fecha de pago de la respectiva factura, cuando la propina esté incorporada a ella.

Si las propinas no son pagadas en efectivo, los plazos contenidos en el inciso anterior podrán extenderse excepcionalmente cuando, producto del aislamiento geográfico de la zona en que se encuentre el establecimiento, unido ello a la falta de medios electrónicos de pago, no sea posible entregar las propinas en el tiempo establecido”.

De la norma inserta, se advierte un desarrollo legislativo tendiente a ampliar el tratamiento jurídico del pago de propina en restaurantes, pubs, bares, cafeterías, discotecas, fondas y similares. Lo anterior, resulta demostrado primeramente con el hecho que el legislador ha determinado de forma concreta que el titular y propietario de la propina es el garzón que realizó el servicio y, por tanto, dicho trabajador es el único facultado para percibir y disponer de esos montos.

Como consecuencia de lo anterior, el empleador está impedido de incurrir en cualquiera de las siguientes conductas:

1) Disponer de los montos percibidos por concepto de propinas.

2) Efectuar descuentos de cualquier naturaleza.

3) Distribuir los montos que los clientes han pagado en carácter de propina.

Cabe precisar que si bien el inciso 1º del artículo 64 del Código del Trabajo impone al empleador la obligación de sugerir al cliente el 10% del monto total de la cuenta, tal proposición no constituye un límite al monto con que el cliente puede compensar el servicio brindado por el trabajador, por lo que constituirá propina cualquier monto pagado por el cliente por sobre el valor del consumo, aunque pudiere incluso ser superior al 10% sugerido.

En cuanto a la oportunidad en que el trabajador debe percibir el dinero correspondiente a propinas, se distinguen las siguientes circunstancias:

1) En caso de pago en efectivo: el dinero debe ser entregado inmediatamente.

2) Uso de sistemas electrónicos de transferencia de dinero, cheque u otros títulos de crédito: En estos casos, el empleador inmediatamente debe entregar al trabajador un comprobante del total pagado por el cliente y el detalle del monto correspondiente al consumo o servicio. Sin perjuicio que, la entrega del dinero al trabajador, pueda postergarse hasta por 7 días hábiles.

Atendido que el empleador no puede efectuar descuentos de ninguna naturaleza sobre la propina, el cargo por gestión de dispositivos electrónicos de pago (Transbank), no puede ser traspasado a los trabajadores.

3) Eventos especiales organizados por el empleador y que sean pagados con posterioridad a su celebración. Cuando la propina se encuentra incorporada en la factura, el plazo se extiende hasta la fecha de pago de esta última.

4) Pago no en efectivo y en circunstancias de aislamiento geográfico: Excepcionalmente el pago puede postergarse hasta que concluyan las circunstancias de aislamiento, en tanto no se cuente con medios electrónicos para efectuar el pago, tal como podría ser una transferencia de dinero a la cuenta personal del trabajador.

Conforme a los principios impulsados por esta reforma, en particular aquel que prohíbe al empleador disponer de cualquier forma de los montos pagados por concepto de propina, es que, tratándose de aquellos establecimientos en que exista o se pretenda implementar un sistema de distribución o cuota de propina –que pudiera incluso favorecer a trabajadores que no efectúan atención a la mesa–, el garzón titular de este derecho deberá autorizar por escrito a su empleador para que proceda a la distribución de la propina en la forma acordada con los demás trabajadores.

El documento en que consta la autorización del trabajador en el sentido de adherir a un pacto de distribución de propinas, no constituye anexo de contrato, toda vez que se trata de un acto jurídico unilateral, respecto al que se encuentra prohibida la intervención de voluntad por parte del empleador.

V.- Modificación del sistema de feriados irrenunciables contenidos en la Ley N° 19.973.-

En este punto, forzoso resulta atender a lo dispuesto en el artículo 2° Ley N° 19.973, cuyo texto reformado indica:

“Los días 1 de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1 de enero de cada año, serán feriados obligatorios e irrenunciables para todos los dependientes del comercio, con excepción de aquellos que se desempeñen en clubes, restaurantes, establecimientos de entretenimiento, tales como, cines, espectáculos en vivo, discotecas, pub, cabarets, locales comerciales en los aeródromos civiles públicos y aeropuertos, casinos de juego y otros lugares de juego legalmente autorizados. Tampoco será aplicable a los dependientes de expendio de combustibles, farmacias de urgencia y de las farmacias que deban cumplir turnos fijados por la autoridad sanitaria. Las tiendas de conveniencia asociadas a establecimientos de venta de combustibles podrán atender público en la medida que coexista la actividad de venta directa de los productos que allí se ofrecen, con la elaboración y venta de alimentos preparados, que pueden ser consumidos por el cliente en el propio local.

Los trabajadores que, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior, se encuentran exceptuados de los descansos allí señalados, tendrán derecho a los mismos, a lo menos, una vez cada dos años respecto de un mismo empleador, pudiendo pactar con este la rotación del personal necesario para este fin.

Las infracciones a lo dispuesto en este artículo serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de 5 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción. Si el empleador tuviere contratado 50 o más trabajadores la multa aplicable ascenderá a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción. Y cuando tuviere contratados 200 o más trabajadores la multa será de 20 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción”.

Según se advierte, la reforma introducida por la ley en análisis modificó los alcances de la Ley N° 19.973 de 10.09.2004, que en lo medular consagra como feriados irrenunciables los días 1 de enero, 1 de mayo, 18 y 19 de septiembre, y 25 de diciembre, con la clara finalidad de propiciar que los trabajadores puedan compartir con sus familias y círculos sociales, en al menos 5 días al año, por considerar que aquellos revisten una particular entidad o significación.

A la vez cabe comprender, que si bien la Ley N° 19.973 ha establecido una excepción a las normas sobre desempeño en domingo –contenidas en el artículo 38 del Código del Trabajo–, al consagrar que con carácter de irrenunciable se libera de la obligación de prestar servicios en dichos días, a trabajadores legalmente habilitados para prestar servicios en domingo y festivos; no es menos cierto que, paralelamente, se autoriza a que ciertos establecimientos puedan desarrollar su actividad durante las jornadas declaradas como feriado irrenunciable.

Ahora bien, por efecto de la Ley N° 20.918, se amplía el ámbito de establecimientos habilitados para abrir sus puertas durante un feriado irrenunciable, al extenderlo a las siguientes actividades:

1) Locales comerciales en los aeródromos civiles públicos y aeropuertos,

2) Las tiendas de conveniencia asociadas a establecimientos de venta de combustibles, en la medida que sus actividades comerciales comprendan la elaboración y venta de alimentos preparados, que puedan ser consumidos por el cliente en el propio local.

Por lo que que, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.918, esto es, el día 30.05.2016, los empleadores que explotan dicho tipo de establecimientos, se encuentran facultados para modificar su sistema de distribución de jornada de sus trabajadores, a fin que estos puedan prestar servicios durante los días que la ley ha declarado como feriado irrenunciabiles.

Sin perjuicio de lo anterior, los empleadores que desarrollen cualquiera de las actividades habilitadas para la atención de clientes durante los feriados irrenunciabiles, y descritas en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley N° 19.973, deberán fijar un sistema de alternancia o subrogación de trabajadores, que permita a todos sus dependientes gozar del descanso en dicho días, a lo menos una vez cada dos años.

Para tal efecto, a partir de la entrada en vigencia de la ley, los trabajadores pueden requerir al empleador un pacto a fin de prever la situación de alternancia de los descansos en el período bianual, y así otorgar adecuada certeza a los dependientes respecto de su ciclo de descanso, en particular, tratándose de aquellos días declarados como feriados irrenunciabiles, atendida la significación social que dichas fechas representan.

Para fines de fiscalización, el cumplimiento de la norma sobre alternancia en el descanso durante los días de feriado irrenunciable, se verificará mediante el registro de asistencia del dependiente que corresponda a la misma fecha del año anterior, y en caso de haberse suscrito, el documento en que consta el pacto descrito anteriormente.

3.- Entrada en vigencia de la Ley N° 20.918.

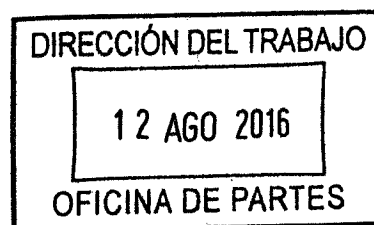
Confome lo prescriben los artículos 6 y 7 del Código Civil, la presente ley resulta obligatoria a partir del día 30 de mayo de 2016, por ser ésta la oportunidad de su inserción en el Diario Oficial, sin que el mismo cuerpo normativo haya alterado, a través de sus disposiciones, el momento de su entrada en vigencia.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que el sentido y alcance de la Ley N° 20.918 de 30 de mayo de 2016, es el que se contiene en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,



 CHRISTIAN MELIS VALENCIA
 ABOGADO
 DIRECTOR DEL TRABAJO




 JFCC/LSP/PRC

Distribución:

- Subsecretario del Trabajo
- Jefe de Gabinete Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subdirector del Trabajo
- Jurídico
- Boletín
- Divisiones D.T.
- U. Asistencia Técnica
- XV Regiones
- Partes
- Control