



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E 76753 (902) 2023
E 74428 (837) 2023

ORDINARIO N°: 1136 /

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Descanso día Domingo y Festivos. Procedencia.
Feriados irrenunciables.

RESUMEN:

Respecto a los días de descanso compensatorio por los días de feriado irrenunciable correspondiente a los días 25 de diciembre de 2022 y 1 de enero de 2023 laborados por los dependientes de la empresa Hotel Luxe S.p.A, se debe tener presente lo expuesto en el presente informe, y en la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 09.08.2023 de Jefa de Unidad Dictámenes e Informes en Derecho.
- 2) Ord.N°891 de 29.06.2023 de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 3) Ord.N°759 de 25.05.2023 de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
- 4) Presentación de 30.03.2023 de doña Juana Cabezas Soto, en representación de Sindicato Nacional de la empresa Inversiones Hoteleras S.A.

SANTIAGO, 14 AGO 2023

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: DOÑA JUANA CABEZAS SOTO
SINDICATO NACIONAL INVERSIONES HOTELERAS S.A
feresabogados@gmail.com
SANTIAGO

Mediante presentación del Ant.4), se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento jurídico respecto a los descansos compensatorios por los días de feriado irrenunciable correspondientes a los días 25 de diciembre de 2022 y 1 de enero de 2023 que la empresa hotelera "Luxe s.p.a" se negó a otorgar a sus dependientes.

Agrega, que la empresa no les otorgó una compensación a sus dependientes por haber laborado los referidos días feriados.

Con el fin de recabar mayores antecedentes, y en virtud del principio de contradictoriedad de los intervinientes se le confirió traslado al empleador mediante los Ants.2) y 3), sin que hasta la fecha haya respuesta alguna, por lo que se procederá a resolver con los antecedentes que obran en poder de esta Unidad.

Sobre el particular, cúmpleme informar a Uds. lo siguiente:

El artículo 38 ter del Código del Trabajo, incorporado a su texto por la Ley N°20.828, publicada en el Diario Oficial de 18.04.2015, dispone:

"En el caso de los trabajadores señalados en el número 7 del artículo 38, los días de descanso semanal no podrán coincidir con los días de feriado establecidos en la Ley N°19.973".

Por su parte el numeral 7 del artículo 38 del mismo cuerpo legal, que regula el descanso semanal de los trabajadores excluidos del descanso dominical y en días festivos, prescribe:

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

"N°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, la Ley N° 19.973 y sus modificaciones, en su artículo 2°, prevé:

"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.”

Del análisis conjunto de las normas legales anteriormente transcritas se infiere, primeramente, que por expreso mandato del legislador, el descanso semanal de los trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos conforme al numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, vale decir, aquellos que se desempeñen en establecimientos de comercio y de servicio que atiendan directamente al público, no podrán coincidir con los días declarados por ley como feriados irrenunciables y que revisten este último carácter, esto es, los días 1° de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1 de enero de cada año.

Precisado lo anterior, debe considerarse que, en general, los trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos se rigen en materia de descanso semanal por las normas establecidas al efecto en el artículo 38 del Código del Trabajo, el cual, en sus incisos 2°, 3°, 4° y 5° prescribe:

“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 artículo 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 periodo. 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 domingo”.

“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 e 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”.

De las disposiciones legales anotadas se desprende que, tratándose de trabajadores exceptuados del descanso dominical en virtud de los numerales 2 y 7 del artículo 38, la citada normativa exige que, a lo menos, dos de los días de descanso compensatorio que les corresponde en el respectivo mes calendario recaigan en día domingo. Cabe agregar que, en el caso de estos últimos, el artículo 38 bis del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N°20.823, establece 7 días adicionales de descanso en domingo en cada año de vigencia del contrato.

De los preceptos legales anotados se infiere, asimismo, que la nueva normativa incorporada al artículo 38 por la Ley N°20.918 permite a los trabajadores de casinos de juego, hoteles, discotecas y otros establecimientos similares y a los operadores de turismo, a cuyo respecto resultan plenamente aplicables tales normas, convenir con sus empleadores una forma distinta de distribución de la jornada semanal, en tanto ella garantice a dichos trabajadores veintinueve domingos de descanso en el lapso de un año o, alternativamente, quince domingos de descanso en el lapso de seis meses. Tal modalidad deberá ser acordada por escrito en el contrato de trabajo o en un anexo del mismo, no pudiendo implicar la prestación de servicios por más de tres domingos consecutivos.

Ahora bien, la resolución de la materia en comento, exige tener presente el carácter irrenunciable que revisten los feriados de que se trata, lo que se traduce en que el empleador no puede exigir a los respectivos trabajadores la prestación de servicios en tales días por cuanto éstos constituyen para ellos, días de descanso obligatorio.

Por otro lado, cabe considerar lo expuesto por este Servicio mediante su jurisprudencia administrativa contenida en Dictamen N°4247/73 de 12.08.2016, que para los efectos de la entrada en vigencia de la Ley N°19.973 precitada, señala que:

“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 periodo bianual, y así otorgar adecuada certeza a los dependientes respecto de su ciclo de descanso, en particular, tratándose de aquellos días declarados como feriados irrenunciables, 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”.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas, cumplo con informar a Ud. que, respecto a los días de descanso compensatorio por los días de feriado irrenunciable correspondiente a los días 25 de diciembre de 2022 y 1 de enero de 2023 laborados por los dependientes de la empresa Hotel Luxe S.p.A, se debe tener presente lo expuesto en el presente informe, y en la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio.

Saluda atentamente a Ud.



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

LSP/EZD

Distribución:

-Partes

-Jurídico