

ORD. Nº _____/_____/

*Ver of 5007
28 12 01
Complemento*

MAT.: 1) El trabajador que se ha acogido a una licencia médica o feriado legal de duración inferior a un mes tiene derecho al domingo de descanso mensual establecido en el artículo 38 inciso 4º del Código del Trabajo.
2) El trabajador que por licencia médica o feriado legal no ha laborado durante un mes calendario no tiene derecho a que se le conceda en el mes siguiente el descanso dominical que preceptúa el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo.
3) Los descansos dominicales que de conformidad al artículo 38 inciso 5º del Código del Trabajo, se ha acordado otorgar acumulados en la forma que esa norma preceptúa, constituyen un derecho adquirido del trabajador cuya causa radica en la efectiva prestación de sus servicios durante los meses en que no se disfrutó del descanso dominical, razón por la cual el haberse hecho uso de una licencia médica o de feriado legal por parte del trabajador antes de su otorgamiento no constituyen razones suficientes para impedir su cumplimiento.

ANT.: 1) Ord. Nº 155, de 16.02.98 de Sr. Director Regional del Trabajo, IVª Región de Coquimbo.
2) Presentación de 19.01.98 de Sindicato de Trabajadores de la Empresa Cap-Romeral de la Serena.

FUENTES:
Código del Trabajo, artículos 38 y 67.

CONCORDANCIAS:
Ord. Nº 964/43, de 06.02.96.

SANTIAGO, 14 MAY 1998

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO
A : SRES. SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA CAP-ROMERAL DE LA SERENA

Mediante presentación citada en el antecedente 2) se ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección relativo al día domingo de descanso mensual establecido en el inciso 4º artículo 38 del Código del Trabajo, específicamente en lo concerniente a las siguientes situaciones:

1) Si el domingo comprendido en un feriado legal o licencia médica que no exceden el mes de duración, debe ser considerado como el domingo de descanso mínimo mensual que debe otorgarse conforme al inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo.

2) Si la licencia médica o feriado legal cuya duración excede el mes calendario habilitan al trabajador para exigir en el mes siguiente el día domingo de descanso a que se ha hecho referencia.

3) Si el trabajador que ha acordado con su empleador acumular el día de descanso dominical conforme al inciso 5º del artículo 38 del Código del Trabajo tiene derecho a hacer uso de ellos con posterioridad a una licencia médica o feriado legal, cuando dicha licencia o feriado han incidido en el mes en que debió hacerse efectiva la acumulación.

Al respecto, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

El artículo 38 del Código del Trabajo dispone en los números 2 y 7 de su inciso primero:

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

"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;

"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".

Por otra parte los incisos 3º, 4º y 5º del mismo artículo disponen:

"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 uno de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberá 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.

"Los trabajadores comprendidos en el número 2 del inciso primero, podrán acordar con su empleador que el día de descanso dominical que les corresponde a lo menos en cada mes calendario, en conformidad al inciso cuarto, pueda otorgarse acumulándolo en días domingo dentro de un período de meses calendario que no podrán exceder de doce y sin sujeción a la norma del referido inciso cuarto. En los demás días domingo que se trabajaren en el período convenido se aplicará la compensación del inciso tercero. Si el empleador no otorgase los días de descanso dominical en la forma acordada, sin perjuicio de las multas y sanciones que procedieren por incumplimiento de lo convenido, el pacto terminará por el solo ministerio de la ley y los días domingo no otorgados se harán efectivos en los domingos inmediatamente siguientes al término del pacto".

Del precepto anotado fluye que los dependientes exceptuados del descanso dominical y en días festivos tienen derecho a un día de descanso en compensación del domingo o festivo laborado.

De la norma precitada fluye, asimismo, que tratándose de aquellos trabajadores contemplados en los números 2 y 7 del inciso primero, al menos uno de los días de descanso que debe otorgárseles en compensación por las actividades desarrolladas en los días domingo o festivos en que prestaron servicios, deberá recaer en día domingo, en el respectivo mes calendario, siempre que no se trate de trabajadores cuyo contrato sea igual o inferior a los treinta días de duración o de aquellos que cumplen una jornada laboral no superior a veinte horas semanales o, por último, de aquellos contratados exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivo.

De igual forma esta norma permite a los trabajadores comprendidos en el número 2 del inciso primero acordar con su empleador que el día domingo de descanso a que tiene derecho en cada mes calendario se acumule para ser otorgado en días domingo dentro de un período máximo de doce meses calendario.

Lo expuesto deja en claro que el día domingo de descanso que concede la normativa en comento corresponde a uno de los días de descanso compensatorio que genera para el trabajador el hecho de haber laborado domingo y festivos, circunstancia ésta que debe tenerse en consideración para los efectos de resolver las consultas planteadas.

Ahora bien, respecto de la consulta signada con el número 1) relativa a si el domingo a que se alude en los párrafos que anteceden cuando queda comprendido en vacaciones o licencia médica debe ser considerado como aquel domingo de descanso mensual establecido en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo en el evento que el feriado o licencia no excedan de un mes calendario de duración, cabe tener presente que el feriado legal se encuentra regulado por el artículo 67 del mismo cuerpo legal, el que en su inciso 1º dispone:

"Los trabajadores con más de un año de servicio tendrán derecho a un feriado anual de quince días hábiles, con remuneración íntegra que se otorgará de acuerdo con las formalidades que establezca el reglamento".

De esta disposición se infiere que todo trabajador que cumple con el requisito establecido para hacer uso de su feriado, esto es, haber estado al servicio de su empleador durante más de un año, tiene derecho a 15 días hábiles de descanso con remuneración íntegra, derecho, por lo demás, que es de carácter irrenunciable.

Luego, en el caso del dependiente afecto al artículo 38 inciso 4º del Código del Trabajo, que habiendo tomado vacaciones anuales, y se reintegra al trabajo durante un mes calendario habiendo transcurrido ya uno o más días domingo del mismo mes, pretender que habría hecho uso del derecho al descanso un día domingo mensual que establece el inciso precitado no resulta procedente ya que se trata de dos situaciones diferentes.

En efecto, el día domingo de descanso mensual a que hace referencia el artículo 38, inciso 4º, del Código del Trabajo, tiene como causa la compensación por los domingos o festivos trabajados en el mes, por lo que en este caso corresponde otorgarle al dependiente a su vuelta del feriado anual durante ese resto de mes al menos un día domingo de descanso, si procediera. ✓

Por último, y a mayor abundamiento cabe señalar que durante el feriado legal deberán compensarse los días hábiles, más los días domingo y sábado, y los festivos que en él se comprendan, razón por la cual el día domingo que el trabajador hubiera gozado durante su feriado anual, no es posible imputarlo para efectos de lo previsto en el artículo 38 inciso 4º del Código del Trabajo.

En otros términos, terminadas las vacaciones surge para estos trabajadores el derecho a hacer uso del día en cuestión, toda vez que nace su obligación de prestar servicios y por tal razón, aún cuando restare un sólo domingo en el mes calendario en que terminan las vacaciones deberá ser concedido como día de descanso, si procediere. ✕

En lo que respecta a la misma situación producida por haber el trabajador hecho uso de licencia médica, cabe precisar que la licencia médica es una prestación propia de la seguridad social que de conformidad al artículo 1º del Decreto Supremo Nº 3 de 1984, del Ministerio de Salud, supone la existencia de una enfermedad y permite al trabajador alejarse de sus funciones para restablecer su salud con reposo y tratamiento.

Por tal razón y considerando que la causa de la licencia médica es ajena a la voluntad del trabajador y tiene por objeto darle un tiempo necesario para recuperar su salud, debe concluirse que si este beneficio comprendió uno o más días domingo de un mes calendario, el dependiente una vez reintegrado a sus labores tendrá derecho al domingo de descanso mensual establecido en el artículo 38 inciso 4º del Código del Trabajo, toda vez que, al igual que en el caso anterior, al terminar su licencia médica nace su obligación de prestar servicios y el derecho correlativo a descanso establecido por el legislador en su favor.

2) En lo que respecta a la consulta signada con este número, cabe señalar que habiendo hecho uso el trabajador de un feriado o licencia médica de duración mayor a un mes durante ese lapso de tiempo no se ha generado a su respecto el derecho de gozar de un día domingo al menos de descanso mensual, toda vez que no ha estado obligado a prestar los servicios efectivos de trabajo que dan lugar a los descansos compensatorios por los días domingo y festivos laborados que, a su vez, traen aparejado el beneficio respecto del cual se consulta.

3) Por lo que concierne a la consulta signada con este número, cabe señalar a Ud. que de conformidad al inciso 5º del artículo 38 del Código del Trabajo, antes analizado, los trabajadores ahí mencionados pueden acordar con su empleador que el día de descanso dominical que le corresponde, a lo menos, en cada mes calendario pueda otorgarse acumulándolo en días domingo dentro de un periodo de meses calendario que no podrán exceder de doce.

Sobre el particular, cabe recordar que la causa de la obligación de otorgar el descanso en día domingo de que trata la norma en análisis tiene por antecedente el trabajo realizado en domingo y festivos en el periodo de un mes calendario, prestación de servicios que por expresa disposición de la ley origina para el trabajador el derecho los respectivos descansos compensatorios, de los cuales uno debe recaer en día domingo.

De esta forma, es precisamente la circunstancia de haber laborado los días domingo y festivos durante los meses anteriores la que ha generado en favor del trabajador el derecho correlativo a hacer uso del día de descanso dominical mensual, derecho que la norma en análisis permite que por acuerdo entre empleador y trabajador pueda otorgarse acumulándolos en días domingo dentro del periodo máximo de meses establecidos en la ley.

Luego, es posible concluir que esta especial forma de diferir el otorgamiento del citado descanso que la ley permite a las partes acordar, tiene como fundamento el reconocimiento previo que hace el legislador del derecho adquirido por el trabajador que ha prestado efectivamente servicios en los días domingo y festivos, pudiendo sostenerse que la única limitación prevista para su otorgamiento en la norma legal se encuentra en que se otorgue dentro de los doce meses calendario siguientes al pacto.

A mayor abundamiento, el argumento anterior se comprueba en el propio texto legal que al disponer que el no cumplimiento del citado acuerdo, además, de generar las multas y sanciones pertinentes hará efectivo el derecho al descanso de esos días en los domingos inmediatamente siguientes a la ruptura del acuerdo lo que implica que el trabajador que ha laborado los días indicados en la misma ley tendrá derecho siempre al citado descanso con prescindencia de que el empleador cumpla o no con el acuerdo de otorgarlo en las fechas ya pactadas.

Por tales razones es que, la circunstancia de que el trabajador haya hecho uso de su feriado legal o de una licencia médica en el tiempo en que había acordado con su empleador hacer uso de los días domingo acumulados no obsta al posterior otorgamiento de estos descansos, máxime si se considera que unos y otros beneficios son de diversa naturaleza y, por ende, su ejercicio no puede generar una colisión entre ellos.

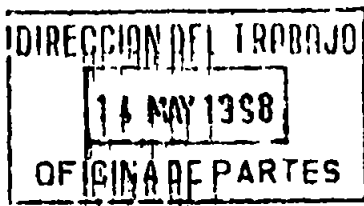
En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y conclusiones formuladas cumpro con informar a Ud. que:

1) El trabajador que se ha acogido a una licencia médica o feriado legal de duración inferior a un mes tiene derecho al domingo de descanso mensual establecido en el artículo 38 inciso 4º del Código del Trabajo.

2) El trabajador que por licencia médica o feriado legal no ha laborado durante un mes calendario no tiene derecho a que se le acumule el descanso dominical que preceptúa el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo.

3) Los descansos dominicales que de conformidad al artículo 38 inciso 5º ha acordado el empleador con el dependiente otorgar acumulados en la forma que esa norma preceptúa constituyen un derecho adquirido del trabajador cuya causa radica en la efectiva prestación de sus servicios durante los meses en que no se disfrutó del descanso dominical, razón por la cual el haber hecho uso de una licencia médica o de feriado legal por parte del trabajador antes de su otorgamiento no constituyen razones suficientes para impedir su cumplimiento.

Saluda a Ud ,



ESTER FERES NAZARALA
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

CRL/nar

Distribución:

Jurídico

Partes

Control

Boletín

Deptos. D.T.

Subdirector

U. Asistencia Técnica

XIII Regiones

Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social

Sr. Subsecretario del Trabajo

Empresa Cap-Romeral de la Serena