



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K. 6040 (1076) 2015

90 años

4523

ORD.: _____

MAT.: Atiende presentación que indica y remite antecedentes.

ANT.: 1) Instrucciones de 25.08.2015, de Jefe Departamento Jurídico.
2) Instrucciones de 22.07 y 15.06.2015, de Jefe (S) Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
3) Presentación de 12.05.2015, de Mariella González Matus y Braulio Araya Salfate, Abogados, MGM & Asociados.

Jurídico.

SANTIAGO, 03 SEP 2015

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : MARIELLA GONZÁLEZ MATUS
BRAULIO ARAYA SALFATE
MGM & ASOCIADOS
HUERFANOS Nº 1055, OF. 510
SANTIAGO/

Mediante presentación del antecedente 3) se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento acerca de las siguientes materias:

1. Otorgamiento del día de descanso compensatorio, específicamente, sobre la improcedencia de imputar dicho descanso a un feriado de carácter irrenunciable.

2. Si resulta procedente que el empleador modifique unilateralmente el monto a pagar por concepto de gratificación mensual garantizada.

3. Si resulta procedente que el empleador controle la asistencia de trabajadores excluidos del límite de jornada.

Al respecto, cúpleme informar a Uds. lo siguiente:

1) Respecto a la primera consulta, cabe señalar que el artículo 35 del Código del Trabajo, que consagra el régimen normal de descanso semanal, establece:

"Los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días.

Se declara Día Nacional del Trabajo el 1º de mayo de cada año. Este día será feriado".

Por su parte, los incisos 2º y 3º del actual artículo 38, modificado por la ley Nº 20.823, publicada en el Diario Oficial de 07.04.2015, que establece las excepciones al descanso dominical y de días festivos, disponen:

“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 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”.

De las normas legales precedentemente anotadas fluye que nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla dos sistemas de descanso semanal, uno que establece como días de descanso obligatorio los domingo y festivos de todo el año, y otro, exceptuado de dicho descanso, en virtud del cual los dependientes que se encuentren en alguno de los numerales del artículo 38, entre quienes se encuentran los trabajadores del comercio, pueden válidamente pactar con su empleador una jornada ordinaria de trabajo que incluya los domingo y festivos, debiendo precisarse que en tal caso, las horas laboradas durante estos días sólo darán derecho al pago de sobresueldo en tanto con ellas se exceda la jornada ordinaria semanal convenida.

Se desprende, asimismo, que, como consecuencia de la modificación introducida por la ley Nº 20.823 al inciso 2º del artículo 38, los trabajadores que se desempeñan en actividades del comercio o servicios, en que se atienda directamente al público y cuya jornada de trabajo comprenda la prestación de servicios en días domingo, tendrán derecho a que las horas ordinarias trabajadas durante dicho día domingo les sean remuneradas con un recargo de, a lo menos, un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria.

De ello se sigue que en el régimen de excepción que contempla el artículo 38 en comento, los días domingo y festivos constituyen días normales de trabajo para los respectivos trabajadores, quienes, por lo tanto, en tales días, están obligados a prestar los servicios convenidos.

Sin perjuicio de lo ya señalado, es necesario precisar que nuestro ordenamiento jurídico laboral se encarga de garantizar a los trabajadores afectos a este último régimen, un sistema de descanso semanal acorde a las condiciones derivadas de la respectiva prestación de servicios, estableciendo que tendrán derecho a gozar de un día de descanso a la semana, en compensación por el trabajo desarrollado en día domingo, y otro, por cada festivo en que hayan debido prestar servicios.

Adicional a lo anterior, la ley Nº 20.823, amplía el régimen de descansos de los trabajadores del comercio o servicios que atiendan directamente al público y cuya jornada de trabajo comprenda la prestación de servicios en días domingo, otorgándoles, además del derecho conferido en el artículo 38 inciso 4º del Código del Trabajo, esto es, que al menos dos días de descanso en el respectivo mes calendario recaigan el día domingo, siete días de descanso dominical adicional, durante cada año de vigencia de la relación laboral.

En efecto, el artículo 38 bis, recientemente incorporado por la citada ley N° 20.823, 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.

Este artículo no se aplicará a los trabajadores contratados por un plazo de treinta días o menos, ni a aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o se contraten exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos”.

Ahora bien, en la especie se consulta si resulta jurídicamente procedente que el descanso compensatorio por las actividades realizadas en domingo o festivo recaiga en un día al que la ley otorga el carácter de feriado irrenunciable.

Sobre el particular, cabe señalar que a pesar que, por regla general, los trabajadores que se desempeñan en alguna actividad exceptuada del descanso en días domingos y festivos deben laborar tales días como parte de su jornada ordinaria, tratándose de trabajadores dependientes de establecimientos de comercio que atienden directamente al público el legislador ha estimado necesario el otorgamiento de descanso obligatorio en ciertos días festivos del año.

Es así como el inciso 1° del artículo 2° de la ley N° 19.973, modificado por las leyes N°s. 20.215 y 20.629, publicadas en el Diario Oficial de 14.09.2007 y 14.09.12, respectivamente, dispone:

“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, 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”.

Del señalado precepto legal se infiere que el legislador ha establecido como feriados obligatorios e irrenunciables para los dependientes del comercio, exceptuados aquellos que la misma norma señala, los días 1° de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1° de enero de cada año.

De esta suerte, para determinar si resulta procedente otorgar el descanso compensatorio en un día al que la ley otorga el carácter de feriado irrenunciable, hay que distinguir si el dependiente tiene derecho a gozar de dicho día o si, por el contrario, se encuentra en alguna de las situaciones de excepción que la misma norma prevé.

En el primer caso, esto es, trabajadores del comercio que no cumplen funciones en clubes y restaurantes; en establecimientos de entretenimiento, tales como, cines, espectáculos en vivo, discotecas, pub, cabarets, casinos de juego y otros lugares de juego legalmente autorizados, y en expendio de combustibles, farmacias de urgencia y de establecimientos farmacéuticos que deban cumplir turnos fijados por la autoridad sanitaria, tienen derecho a descansar los días 1° de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1° de enero de cada año, revistiendo tal descanso el carácter de obligatorio e irrenunciable, y, en tales circunstancias, no resultaría jurídicamente procedente otorgar el descanso compensatorio que corresponda por los

servicios prestados en día domingo o festivos, en alguno de los días de feriado irrenunciable.

Corroborando lo anotado precedentemente la disposición contenida en el artículo 38 ter del Código del Trabajo, recientemente incorporado por la ley N° 20.828, de 18.04.2015, que, al efecto, 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 feriados establecidos en la ley N° 19.973”.

Por su parte, tratándose de trabajadores del comercio, exceptuados por ley del feriado irrenunciable del 1° de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1° de enero, no existiría inconveniente jurídico en otorgarles el descanso compensatorio en alguno de dichos días, siempre y cuando ello responda a la circunstancia de haber laborado en un día domingo o festivo diverso a los señalados, toda vez que éstos no constituyen días de descanso obligatorio e irrenunciable para tales dependientes.

Sobre este punto, es preciso anotar que de acuerdo a la jurisprudencia de este Servicio, el trabajador cuyo descanso compensatorio coincida con un día festivo no le da derecho a impetrar un nuevo día de descanso, por no concurrir en tal caso el presupuesto necesario para generar dicho beneficio, cual es, el de haber trabajado efectivamente en ese día.

2) En lo que respecta al pago de la gratificación mensual garantizada, cabe expresar que el artículo 50 del Código del Trabajo, establece:

“El empleador que abone o pague a sus trabajadores el veinticinco por ciento de lo devengado en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, quedará eximido de la obligación establecida en el artículo 47, sea cual fuere la utilidad líquida que obtuviere. En este caso, la gratificación de cada trabajador no excederá de cuatro y tres cuartos (4,75) ingresos mínimos mensuales. Para determinar el veinticinco por ciento anterior, se ajustarán las remuneraciones mensuales percibidas durante el ejercicio comercial conforme a los porcentajes de variación que hayan experimentado tales remuneraciones dentro del mismo”.

De la disposición legal citada, se desprende que el empleador se encuentra facultado para eximirse de la obligación de gratificar en base al sistema del artículo 47, es decir, repartir el 30% de sus utilidades líquidas, si abona o paga al trabajador una suma equivalente al 25% de lo devengado por éste en el respectivo ejercicio comercial por concepto de remuneraciones mensuales, caso en el cual el tope máximo de dicho beneficio no podrá exceder de 4,75 ingresos mínimos mensuales.

Por su parte, la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 3279/92, de 12.08.2003, ha resuelto que no resulta procedente que el empleador modifique en forma unilateral el sistema de pago de gratificaciones pactado en el contrato de trabajo de un dependiente, debiendo efectuarse necesariamente con acuerdo o consentimiento de éste.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente que el empleador que ha optado por cumplir con la obligación de gratificar a sus trabajadores aplicando la modalidad legal antes referida, contenida en el artículo 50 del Código del Trabajo, pero que no ha obtenido utilidad líquida en el ejercicio comercial, se encuentra facultado para descontar a sus trabajadores los anticipos de gratificación indebidamente pagados.

Ahora bien, en cuanto a la forma en la que deben efectuarse dichos descuentos, la jurisprudencia de este Servicio ha señalado que *“...la única forma*

en que el empleador puede descontar aquellos anticipos de gratificación indebidamente pagados, es procediendo en las condiciones previstas en el inciso 2° del artículo 58 del Código del Trabajo (actual inciso 3°, luego de la modificación introducida por la ley N° 20.540), norma que tiene por objeto proteger las remuneraciones de los trabajadores, de suerte tal, que las deducciones efectuadas sin sujeción al procedimiento contemplado en el referido precepto legal, no se encuentran ajustadas a derecho.

De esta suerte, aplicando en la especie lo expuesto en los acápite que anteceden, no cabe sino concluir que el empleador se encuentra impedido para descontar unilateralmente de las remuneraciones de sus dependientes los anticipos de gratificaciones indebidamente pagados, debiendo efectuarse su restitución dentro del marco de acción legal fijado por el artículo 58 de Código del Ramo.

Al efecto, cabe recordar que la aludida disposición establece que sólo con acuerdo del empleador y del trabajador, que deberá constar por escrito, podrán deducirse de las remuneraciones sumas o porcentajes determinados, destinados a efectuar pagos de cualquier naturaleza, deducciones que no pueden exceder del quince por ciento de la remuneración total del dependiente.

3) En cuanto a la procedencia de controlar la asistencia de trabajadores excluidos del límite de jornada, cabe señalar que el artículo 22 del Código del Trabajo, en sus incisos 1° y 2°, prescribe:

"La duración de la jornada ordinaria de trabajo no excederá de cuarenta y cinco horas semanales.

Quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los trabajadores que presten servicios a distintos empleadores; los gerentes, administradores, apoderados con facultades de administración y todos aquellos que trabajen sin fiscalización superior inmediata; los contratados de acuerdo con este Código para prestar servicios en su propio hogar o en un lugar libremente elegido por ellos; los agentes comisionistas y de seguros, vendedores viajantes, cobradores y demás similares que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento."

Del precepto legal precedentemente transcrito se colige que el legislador ha limitado la extensión máxima de la jornada ordinaria de trabajo en cuarenta y cinco horas semanales.

De la misma norma se infiere, que no estarán afectos a la limitación de la jornada máxima semanal, es decir, a las cuarenta y cinco horas semanales, entre otros, los trabajadores sin fiscalización superior inmediata o, los que no ejerzan sus funciones en el local del establecimiento.

Por consiguiente, tratándose de trabajadores exceptuados de la limitación de jornada, éstos quedan liberados del control que a su respecto se efectúe de la misma, como, asimismo, de la obligación de registrar su asistencia en conformidad a lo prevenido en el artículo 33 del Código del Trabajo, conclusión que guarda armonía con la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros, en dictámenes N°s. 77/03 y 2257/100, de 08.01.1997 y 14.04.1994, respectivamente.

Corrobora lo antes reseñado, la norma contenida en el artículo 42, letra a), del citado cuerpo legal, disposición que, además de regular el concepto de sueldo o sueldo base, establece tres situaciones, que de concurrir, hacen presumir la existencia de jornada de trabajo. En efecto, el citado precepto legal, en lo pertinente, dispone:

"...El sueldo, no podrá ser inferior a un ingreso mínimo mensual. Se exceptúan de esta norma aquellos trabajadores exentos del cumplimiento de jornada. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 22, se presumirá que el trabajador está afecto a cumplimiento de jornada cuando debiere registrar por cualquier medio y en cualquier momento del día el ingreso o egreso a sus labores, o bien

cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador. Asimismo, se presumirá que el trabajador está afecto a la jornada ordinaria, cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollen las labores, entendiéndose que no existe tal funcionalidad cuando el trabajador sólo entrega resultados de sus gestiones y se reporta esporádicamente, especialmente en el caso de desarrollar sus labores en Regiones diferentes de la del domicilio del empleador".

Del fragmento de la disposición legal transcrita, posible es deducir que la ley presume que el trabajador estará afecto al cumplimiento de jornada de trabajo, de concurrir alguna de las siguientes situaciones:

a) Cuando se le exija registrar, por cualquier medio y en cualquier momento del día, el ingreso o egreso a sus labores.

b) Cuando el empleador efectúe descuentos por atrasos en que incurriere el trabajador.

c) Cuando el empleador, por intermedio de un superior jerárquico, ejerciere una supervisión o control funcional y directo sobre la forma y oportunidad en que se desarrollan las labores.

De esta suerte, de verificarse alguna de las situaciones previstas en la citada norma legal, el empleador se encontrará obligado a pactar una jornada ordinaria de trabajo. Así, lo ha sostenido esta Dirección en dictamen N° 3152/063, de 25.07.2008.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos que debe reunir la cláusula en virtud de la cual las partes acuerden la jornada de trabajo, es preciso señalar que el artículo 10 N° 5 del Código del Trabajo, establece:

"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 norma legal citada, fluye que el contrato de trabajo, entre otras menciones obligatorias, debe establecer la duración y distribución de la jornada de trabajo que debe cumplir el dependiente, a menos que en la empresa existiere el sistema de trabajo por turno, en cuyo evento, se estará a lo dispuesto en el reglamento interno.

Ahora bien, la determinación de la jornada de trabajo debe ser entendida, de conformidad a lo sostenido por la jurisprudencia de este Servicio, en orden a establecer o consignar de forma clara y precisa la duración de la misma y los días en que ésta se va a distribuir.

Asimismo, en relación con la materia, es necesario tener presente que la finalidad o intención del legislador al obligar a las partes a determinar en el contrato de trabajo la duración y distribución de la jornada de trabajo fue, conforme lo ha reiterado la doctrina de esta Institución, la de dar certeza y seguridad a la relación laboral respectiva, puesto que, a través de esta exigencia, el dependiente conoce de manera específica el tiempo de trabajo y los días y horas en que deberá prestar sus servicios.

Sin perjuicio de la conclusión anterior, cabe hacer presente que la jurisprudencia de este Servicio, contenida, entre otros, en dictamen N° 2377/116, de 12.04.95, ha sostenido que la obligación contemplada en el artículo 10 N° 5, antes transcrita, no le impone a las partes una rigidez excesiva que implique la exigencia de

establecer una duración o distribución de la jornada no expuesta a movimiento o alteración, por cuanto, el imperativo legal se satisface con la certeza y no con la fijeza, de forma tal que, de conformidad con la interpretación administrativa vigente resultaría perfectamente ajustado a derecho que las partes estipularan la existencia de alternativas en la distribución de la jornada de trabajo, por cuanto, en tal caso, se cumpliría plenamente con la exigencia legal de que exista certeza sobre la materia; en tal evento resulta necesario además que las partes fijen un procedimiento destinado a informar, con la antelación debida, los cambios en la distribución de la jornada del dependiente de que se trate.

En consecuencia, sobre la base de las consideraciones formuladas, jurisprudencia administrativa invocada y disposiciones legales citadas, cumpla con informar a Ud. que respecto a las materias consultadas debe estarse a lo señalado en el cuerpo del presente informe.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, cabe tener presente que copia de este Ordinario con su respectiva presentación, serán remitidos a la Inspección Provincial del Trabajo Santiago, con el objeto que dicha oficina verifique directamente y en terreno, el cumplimiento de las normas sobre jornada de trabajo y descansos de los trabajadores que prestan servicios para la empresa Weleda Chile Ltda., todo ello, a la luz de lo resuelto en el presente Oficio.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




RCR/MBA

Distribución:

- IPT. Santiago.
- Jurídico.
- Parte.
- Control.