



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K.15900 (3641) 2015

2870

ORD.: _____

MAT.: Atiende presentación de Gerente de Personas Abastible S.A. y Sindicato 1 Trabajadores Abastible referida la aplicación de los beneficios de la Ley 20.823 a trabajadores que indican.

ANT.: 1) Instrucciones de 26.05.2016, de Jefa U. Dictámenes.
2) Instrucciones de 17.05.2015 de Jefe Departamento Jurídico.
3) Instrucciones de 10.05.2016, de Jefa U. Dictámenes.
4) Presentación de 30.12.2015 de Abastible S.A. y Sindicato de Trabajadores Abastible N° 1.

SANTIAGO,

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

30 MAY 2016

**A : SRES.
OSVALDO ACUÑA URIBE
GERENTE PERSONAS ABASTIBLE S.A**

**JULIO TAPIA MUÑOZ
PRESIDENTE SINDICATO N° 1 DE TRABAJADORES ABASTIBLE
Av. Vicuña Mackenna 55, Santiago.**

Mediante presentación del antecedente 4), se solicita un pronunciamiento jurídico en orden a determinar si se aplican las normas que la Ley 20.823 incorporó al Código del Trabajo a los trabajadores que se desempeñan como técnicos de emergencia, personal de despacho, operadores de zona estanque y vigilantes internos.

Al respecto, informo a Uds. lo siguiente:

El artículo 38 del Código del Trabajo exceptúa del descanso dominical y en días festivos a los trabajadores que se desempeñan en las siguientes actividades:

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.

En el mismo precepto, el inciso segundo, por incidencia de la Ley 20.823, rige actualmente con el texto siguiente:

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.

Por su parte el artículo 38 bis del mismo Código, dispone:

Art. 38 bis. 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.

Asimismo, merece considerar que esta Dirección mediante Dictamen N° 4755/058 de 14.09.2015, que refiere al ámbito de aplicación subjetiva de la Ley N° 20.823, ha sostenido que la nueva normativa otorga un incremento remuneracional mínimo de un 30% respecto de las horas en que los trabajadores hayan prestados servicios en días domingo y, además, entrega 7 días adicionales de descanso en domingo, rige para todos los trabajadores que laboran en empresas de comercio y de servicios, sea que la labor que desarrollan se relacione o no con la atención directa al público, máxime si se considera que el ejercicio de las funciones de estos últimos constituye un complemento necesario para el cumplimiento de las actividades de los primeros. En efecto, no sería razonable sostener que aquel trabajador que labora en domingo y no atiende directamente al público tenga un tratamiento, desde el punto de vista del beneficio que entrega la ley, distinto a quien atiende directamente al público, en circunstancias que ambos concurren a desarrollar la actividad comercial; más aún, una función no se sostiene sin la otra.

Conforme a lo antes anotado y siendo los trabajadores mencionados en los numerales 1); 2) y 3) de vuestra presentación, dependientes de la empresa solicitante, cuyo giro es proveer y distribuir gas a los diversos consumidores finales, es del caso concluir que al personal por el que se consulta le son aplicables las normas incorporadas por la Ley 20.823, transcritas en párrafos precedentes, desde que se trata de trabajadores cuyas labores se comprenderían dentro del numeral 7° del artículo 38, al desempeñar funciones asociadas al proceso productivo de un establecimiento de comercio y servicios, como es Abastible S.A.

En este particular cabe señalar que esta Dirección ha resuelto desde antaño que son establecimientos de comercio los que realizan los actos enumerados en el artículo 3° del Código de Comercio, concluyendo, a la vez, que las empresas de servicios se encuentran comprendidas en el numerando 7 de dicho precepto en cuanto son empresas de provisiones y suministros.

Al respecto, en Ordinarios 5.094/231 de 04.09.92 y 6441/289 de 20.11.1996 esta autoridad ha sostenido que la ley no ha determinado aquello sobre lo cual debe recaer la provisión o al suministro, estimándose que pueden formar parte de ellos los bienes, los servicios, las gestiones y las meras informaciones, pudiendo definirse, en consecuencia, la empresa de provisiones o suministros como *la constituida para facilitar periódica o continuamente en el mercado, la utilización de bienes, servicios, gestiones o informaciones mediante un precio fijado de antemano y que permanecerá invariable durante cierto tiempo.*

La misma doctrina agrega que *las empresas de suministros tienen por objeto prestar servicios mediante una remuneración determinada; servicios que por lo general interesan a toda la colectividad, citando como ejemplo de ellas, las empresas de gas, agua potable, electricidad, teléfonos, diarios, revistas, establecimientos particulares de educación, etc.*

Con todo, es del caso considerar que, respecto del personal que se desempeña como guardia de seguridad, la jurisprudencia administrativa vigente ha mantenido el criterio de enmarcar la actividad dentro del numeral 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, aun cuando se desarrolle al interior de establecimientos de comercio y servicios. Así se ha sostenido, entre otros, en los pronunciamientos N°s 1807 de 04.04.2016 y 2038 de 18.04.2016.

En efecto, en el citado Ord.1807 de este Servicio se contiene la conclusión siguiente:

A su vez, respecto de los trabajadores que prestan servicios en calidad de guardias de seguridad, cabe precisar que este Servicio mediante dictamen N°3673/122 de 05.09.2003, tras reexaminar la situación de los vigilantes privados y guardias de seguridad, dejó establecido que "...la excepción al descanso dominical de la labor desarrollada por los citados dependientes deriva de la necesidad de satisfacer en forma continua, oportuna y permanente los requerimientos de vigilancia y seguridad de las entidades, empresas o instituciones a quienes su empleadora presta tales servicios, circunstancia ésta que permite concluir que las labores que cumplen los vigilantes privados regidos por el DL N°3607, en comento, se encuadran dentro de las situaciones previstas en el N°2 del artículo 38 del Código del Trabajo, toda vez que las mismas exigen continuidad por las necesidades que satisfacen. Lo anterior determina, a su vez, que tales trabajadores tienen derecho a impetrar el descanso en domingo en los términos establecidos en el inciso 4° del mismo precepto legal".

Por consiguiente, conforme al razonamiento jurídico antes expuesto, posible es concluir que encontrándose regidos los referidos trabajadores por la norma prevista en el inciso primero N°2 del artículo 38 del Código del Trabajo, no les resultan aplicables las disposiciones de la ley N°20.823.

Por lo antedicho, los trabajadores denominados vigilantes externos, en tanto desempeñen la actividad propia de los guardias de seguridad y vigilantes privados a que refiere la doctrina recién anotada, quedan excluidos de los alcances de las normas incorporadas por la ley N° 20.823.

En consecuencia, siendo los trabajadores de los números 1); 2) y 3) de la presentación de origen, a saber, técnicos de emergencia, personal de despacho, y operadores de zona estanque, trabajadores que directamente prestan servicios para la empleadora Abastible S.A., quien, como se dijo, pertenece a la clase "establecimientos de comercio y de servicios", amén de tratarse de labores que concurren a desarrollar la referida actividad comercial en sus diversas etapas, no puede sino concluirse que, conforme a la doctrina mencionada, estos dependientes desempeñan actividades que se comprenden dentro del artículo 38 N° 7 del Código del Trabajo, por lo que le son aplicables las modificaciones incorporadas por la Ley 20.823 ya aludidas.

Saluda a Ud.,


JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LEP/CLCH
Distribución:
-DEST
-Jurídico
-Partes
-Control