

Jornico



DIRECCION
DEL TRABAJO

DEPARTAMENTO JURIDICO

K. 4021 (234)/99

4241 237

ORD. No _____/_____

MAT.: Responde diversas consultas relativas al día domingo de descanso mensual previsto por el artículo 38 inciso 4° del Código del Trabajo.

ANT.: 1) Ordinario de 17.03.99, de I.C.T. Viña del Mar.
2) Presentación de 22.02.99, de Sr. Ramón Olfos Ayarza.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículos 38 y 67.
D.S. N° 3, de 1984, artículo 1°.

CONCORDANCIAS:

Dictámenes 964/43, de 06.02.-96; 647/44; 648/45, de 04.02.-98; 2138/148, de 14.05.98 y 6122, de 19.12.80.

SANTIAGO, 16 AGO 1999

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR RAMON OLFOS AYARZA
CASILLA 212
VILLA ALEMANA/

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

1) Si el domingo comprendido en el período de feriado legal de un trabajador debe ser considerado como aquél de descanso mínimo mensual que debe otorgarse conforme al inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo.

2) Si ocurre lo mismo respecto del domingo comprendido en el período en que el trabajador está haciendo uso de licencia médica.

3) Si los vendedores, comisionistas, administradores y, en general, quienes laboran sin fiscalización superior inmediata, tienen derecho al día domingo de descanso mensual.

4) Si puede reemplazarse el día domingo de descanso mensual por un día festivo en que al trabajador le correspondió descansar.

5) Si un dependiente contratado para prestar servicios sólo los días domingo, tiene derecho al descanso compensatorio por los días domingo y festivos efectivamente trabajados y al día domingo de descanso mensual.

Al respecto, cumplo 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 3°, 4° y 5° del mismo artículo 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.

"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".

De la norma antes citada se colige que tratándose de 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 misma norma 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 aquéllos que cumplen una jornada laboral no superior a veinte horas semanales o, por último, de dependientes contratados exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivo.

Ahora bien, concretando lo consultado en la presentación del antecedente, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1) Respecto de la consulta signada con este número, relativa a si el domingo comprendido en el feriado legal del trabajador debe ser considerado como el domingo de descanso que corresponde otorgar conforme al citado artículo 38, cabe tener presente que el feriado legal se encuentra regulado por el artículo 67 del mismo cuerpo legal, que en su inciso 1°, 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 la disposición legal precedentemente transcrita se infiere que todo trabajador que cumpla con el requisito establecido por la ley 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.

De este modo, si se considera que el feriado anual constituye un derecho irrenunciable para el trabajador, en el caso del dependiente afecto al artículo 38 inciso 4° del Código del Trabajo, habiendo hecho uso de su feriado anual y se reintegra al trabajo durante un mes calendario habiendo transcurrido ya uno o más días domingo del mismo mes, no resulta procedente pretender que habría hecho uso del derecho al descanso de un día domingo mensual, que establece el inciso precitado, ya que se trata de dos situaciones diferentes.

En efecto, el día domingo de descanso mensual a que hace referencia el artículo 38 inciso 4° ya citado, tiene como causa la compensación por los días domingo o festivos trabajados en el mes, por lo que en este caso procede otorgar al dependiente, a su vuelta del feriado anual, durante lo que resta del mes, al menos un día domingo de descanso, si procediere.

A mayor abundamiento, cabe señalar que durante el feriado legal deberán compensarse los días hábiles, más los días sábado y domingo, y los festivos que en él se comprendan, razón por la cual, el día domingo que el trabajador hubiere gozado durante su feriado anual, no es posible imputarlo para efectos de lo previsto en el citado artículo 38 inciso 4°.

2) Con respecto a esta consulta se hace necesario precisar que la licencia médica es una prestación propia de la seguridad social, la cual, de conformidad al artículo 1° del Decreto Supremo N° 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.

En razón de lo señalado precedentemente y teniendo presente 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, de conformidad al citado artículo 38 inciso 4°, al domingo de descanso mensual en compensación por los días domingo o festivos efectivamente trabajados en el mismo mes.

3) En cuanto a la consulta signada con este número, cabe señalar que si los vendedores, comisionistas y en general aquellos dependientes que laboran sin fiscalización inmediata y respecto de los que se consulta, se encuentran en las situaciones previstas en los números 2 y 7 del artículo 38 del Código del Trabajo ya transcritas y analizadas, debe concluirse que gozarán del derecho a descanso dominical mensual establecido en dicho artículo.

Lo anterior encuentra su fundamento en que, según ya se ha explicado, el legislador previó expresamente el derecho a un día domingo de descanso mensual para los trabajadores que se encuentran en las situaciones en los números 2 y 7 precitados, sin considerar que éstos se hallaran excluidos o no de la limitación de jornada que establece el artículo 22 del Código del Trabajo.

A mayor abundamiento, cabe agregar que los efectos de la exclusión de limitación de jornada a que se ha hecho referencia dentro del ordenamiento laboral vigente, se traduce en términos prácticos en que el personal excluido: vendedores, comisionistas, dependientes sin fiscalización inmediata, etc., no están sujetos a jornada y, por ende, no obligados a registrar asistencia, por las razones que el legislador tuvo en vista al establecerla y que la doctrina y jurisprudencia ha interpretado, razones todas éstas, que en caso alguno pueden alterar las reglas generales sobre descanso y ni la específica prevista en el inciso 4° del artículo 38 en análisis.

4) En lo referente a la consulta signada con este número, cabe recordar que como ya se dijera el artículo 38 del Código del Trabajo, en su inciso 4°, ya transcrito y comentado otorga a los trabajadores comprendidos en los números 2 y 7 del inciso 1° del mismo artículo, el derecho a que en el respectivo mes calendario, a lo menos, uno de los días de descanso compensatorio que les corresponda impetrar por los días domingo y festivos laborados en dicho período, se otorgue en día domingo.

Como es dable apreciar, la norma legal citada es de carácter imperativo y obliga a los empleadores a otorgar un descanso mensual en día domingo, de suerte tal que no resulta procedente dicho descanso en un día diverso del señalado.

En estas circunstancias no cabe sino concluir que no resulta procedente otorgar el descanso en día domingo por un día festivo.

5) En lo que respecta a si el dependiente contratado para prestar servicios sólo los días domingo, tiene derecho al descanso compensatorio por los días domingo y festivos efectivamente trabajados y al día domingo de descanso mensual cabe precisar:

Que, a fin de determinar la procedencia del derecho al descanso compensatorio por los días domingo y festivos efectivamente trabajados por estos dependientes, se hace necesario recurrir al inciso 3° del art. 38 del Código del Trabajo antes transcrito.

En efecto, tal disposición legal concede a los trabajadores que laboran en aquellas empresas que se encuentran exceptuadas del descanso en días domingo y festivos un día de descanso a la semana, por el trabajo en día domingo, y un día de descanso por cada día festivo trabajado, permitiéndose al empleador otorgar estos descansos en forma común, para todos los trabajadores o por turnos previamente establecidos.

Ahora bien, del contexto de los preceptos contenidos en el párrafo 4° del título IV del Libro I del Código del Trabajo relativo al "Descanso semanal", en el cual se encuentra inserta la disposición en comento, fluye que el régimen de descansos que en él se consigna, supone el cumplimiento de una jornada ordinaria semanal normal, distribuída en cinco o seis días, no apareciendo procedente dichos descansos en jornadas convencionales inferiores.

En la especie, los dependientes materia de la consulta trabajan un promedio aproximado de 8 horas semanales distribuidas en un solo día que corresponde al domingo, de suerte tal, que de otorgarse el día de descanso a que se alude en la consulta debería darse dentro de uno de los días que comprende la jornada pactada y al séptimo día que en este caso coincidiría con el día domingo, lo que implicaría en definitiva que

de los 4 días domingo que se convino laborar, sólo podrían laborarse 2 días domingo, haciendo imposible el cumplimiento del contrato de trabajo, toda vez que ésto significaría en la práctica una reducción de la jornada semanal convenida que las partes no han tenido en vista, no resultando en consecuencia viable, en el caso en consulta, sostener la procedencia del beneficio que se pretende.

Cabe agregar que lo antes expresado guarda armonía con la doctrina sostenida por el dictamen N° 6122, de 19.12.80.

Por último, y a mayor abundamiento, en lo que respecta a si resulta procedente que el dependiente contratado para laborar en día domingo tenga derecho al domingo de descanso mensual, cabe hacer presente que el citado inciso 4° del artículo 38, exceptúa a determinados trabajadores del descanso dominical mensual.

En efecto, la misma, en su parte pertinente, prescribe:

"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".

De la norma precedentemente transcrita se desprende que, tratándose de dependientes contratados exclusivamente para trabajar los días sábado, domingo o festivos, no existe obligación para el empleador de otorgar al menos uno de los días de descanso al mes en domingo.

De este modo, a la luz de lo ya señalado, posible es sostener que a los trabajadores contratados para laborar los días sábado, domingo o festivos no les asiste el derecho a descanso semanal, como tampoco a aquél correspondiente a un domingo en el mes.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

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

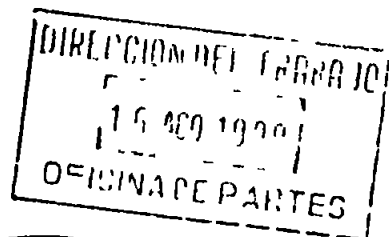
2) Al dependiente acogido a licencia médica de duración inferior a un mes, le asiste el derecho al referido descanso de un día domingo mensual.

3) Los vendedores, comisionistas, administradores y, en general, quiénes no tienen fiscalización superior inmediata tienen igualmente derecho a un día domingo de descanso mensual.

4) No resulta procedente imputar los días festivos que recaen en un determinado mes al día domingo de descanso que el empleador debe otorgar a los trabajadores en el mismo período.

5) A los trabajadores contratados para laborar únicamente los días domingo no les asiste el derecho a descanso semanal, como tampoco a aquél correspondiente a un domingo en el mes.

Saluda a Ud.,



Maria Ester Ferres Nazarala
MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO

CRL/emoa

Distribución:

Jurídico, Partes, Control, Boletín, Dptos. D.T.,
Subdirector, U. Asistencia Técnica, XIIIª Regiones,
Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social,
Sr. Subsecretario del Trabajo.