

DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO

K. 8820(573)/96
K. 18746(1247)/96

7149 346

ORD. NO _____/_____/_____

MAT.: 1) Los trabajadores de la empresa Comercial Ardea S.A. que realizan funciones que implican la atención directa al público, tienen derecho a que uno de los días de descanso compensatorio que les corresponde en el respectivo mes calendario les sea otorgado en día domingo.
Por el contrario, a los trabajadores que no realizan dicha atención, no les asiste actualmente tal derecho, sin perjuicio de lo señalado en el cuerpo del presente informe.
2) Las horas laboradas en días domingo y festivos por los citados trabajadores no generan sobresueldo, salvo que con ellas se exceda la jornada semanal convenida.
3) No corresponde a la Dirección del Trabajo establecer la forma de hacer efectiva la readecuación de la distribución de la jornada de trabajo que conlleva el cumplimiento de la norma establecida en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el cuerpo del presente informe.

ANT.: 1) Presentación de 09.10.96, de Sindicato de Trabajadores de Empresa Comercial Ardea S.A.
2) Ord. Nº 2725, de 13.08.96, Inspección Provincial del Trabajo Concepción.
3) Presentaciones de 13.05.96, de Sindicato de Trabajadores de Empresa Comercial Ardea S.A. Terminal de Buses Concepción.

FUENTES:

Código del Trabajo, artículo 38, incisos 1º Nº 7º y 4º.

CONCORDANCIAS:

Dictamen Nº 4457/204, de 01.08.94.

SANTIAGO, 30 DIC 1996

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO
A : SRES. SINDICATO DE EMPRESA
COMERCIAL ARDEA S.A.
POBLACION EL JAZMIN, CALLE LAS QUILAS Nº 35
PENCO/

Mediante presentaciones citadas en antecedentes 1) y 3) solicitan un pronunciamiento de esta Dirección acerca de las siguientes materias:

1) Si los trabajadores de la empresa Comercial Ardea S.A. que se desempeñan en el Terminal de Buses de Concepción, tienen derecho a exigir que uno de los días de descanso en el respectivo mes calendario les sea otorgado en día domingo acorde a lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo.

2) Si la empresa se encuentra obligada a compensar con un día de descanso los festivos laborados por el mismo personal o solamente pagarlos como extraordinarios.

3) En caso de ser positiva la respuesta a la consulta formulada en el Nº 1, se les informa sobre la forma de distribuir la jornada de trabajo con el objeto de dar cumplimiento a la obligación consignada en el inciso 4º del citado artículo 38.

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

1) Por lo que concierne a la consulta signada con este número cabe señalar que el artículo 38 del Código del Trabajo, en su inciso 4º dispone:

"No obstante, en los establecimientos a que se refiere el Nº 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 y festivos".

A su vez, el inciso 1º, Nº 7, del citado precepto, señala:

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

"7.- en los establecimientos del comercio y servicios que atiendan directamente al público, respecto de los trabajadores que realicen dicha atención y según las modalidades del establecimiento respectivo".

De la norma legal preinserta se infiere que el legislador otorga a los trabajadores que se desempeñan en establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público, 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.

Asimismo, de la citada norma legal se desprende que se exceptúan del referido derecho los trabajadores que: se contraten por un plazo de 30 días o menos, aquellos

cuya jornada ordinaria no excede de 20 horas semanales y los dependientes que se contraten exclusivamente para prestar servicios los días sábados, domingo o festivos.

Lo expuesto en párrafos precedentes autoriza para afirmar que para que opere el beneficio que nos ocupa es menester que concurren las siguientes condiciones copulativas:

1) Que se trate de establecimientos de comercio o de servicios que atiendan directamente al público.

2) Que los trabajadores que se desempeñan en los establecimientos antes referidos realicen directamente dicha atención.

3) Que la duración de los respectivos contratos sea superior a un mes, y la jornada convenida exceda de 20 horas semanales.

4) Que los dependientes a que se refiere el punto 2) no hayan convenido prestar servicios exclusivamente en días sábados, domingo o festivos.

En la especie, de los antecedentes aportados y tenidos a la vista aparece que concurre el requisito consignado en el Nº 1 precedente, toda vez que la empresa en que se desempeñan los recurrentes realiza actividades comerciales y de servicios que implican una atención directa al público en el Terminal de Buses de Concepción.

Por lo que concierne al requisito a que se refiere el Nº 2, es necesario señalar que según aparece del informe de fiscalización de 31.07.96, evacuado por el fiscalizador Sr. Alvaro C. Gajardo Vielma, dependiente de la Inspección Provincial de Concepción, entre los trabajadores que prestan servicios en la empresa Comercial Ardea S.A. hay algunos cuyas labores no se relacionan con la atención directa al público y otros que realizan dicha atención.

En efecto, en lo pertinente, el aludido informe inspectivo expresa lo siguiente:

"El desglose de las labores o funciones que realiza el personal, se puede clasificar en auxiliares, bomba combustible, cafetería, cocina, confiterías, control acceso, control loza, custodia, estacionamiento, operadoras teléfono, servicios higiénicos y vigilancia.

"Las labores que no implican la atención directa de público son las siguientes: Auxiliares, que son los encargados principalmente del aseo del terminal, cocina que desempeña sus funciones en la cafetería del establecimiento, control acceso que son los trabajadores encargados del ingreso de los buses al recinto, control loza es el personal encargado de comunicar tanto el ingreso como la salida de los buses y vigilancia.

"Las labores que implican la atención directa de público son las siguientes: Atención de la bomba de combustible ya que está abierta a todo el público en general, cafetería que al igual que el servicio anterior primordialmente atiende a particulares (es el caso de cajeras y garzones), confiterías por su venta directa, custodia que es atención directa, estacionamiento es similar al anterior, operadoras teléfono que involucra también el servicio de informaciones y servicio higiénico para la cobranza de los valores que implica el uso de estos últimos.

Ahora bien, analizado el caso que nos ocupa a la luz de la disposición legal citada y antecedentes aportados, preciso es convenir que sólo los trabajadores que se desempeñan en las funciones señaladas en el último párrafo del informe de fiscalización antes transcrito atienden directamente al público, circunstancia, que a la vez, autoriza para sostener que resulta aplicable a su respecto el inciso 4º del 38 del Código del Trabajo y, por ende, tienen derecho a que Comercial Ardea S.A. les otorgue un día domingo de descanso en el respectivo mes calendario, en la medida que cumplan, además, los requisitos que se señalan en los N°s. 3 y 4 precedentes.

Por el contrario, no asiste a la empresa tal obligación respecto de los trabajadores a que se alude en la primera parte del informe de fiscalización antes referido, por no realizar labores relacionadas con la atención directa al público.

Con todo, es necesario tener presente que la ley N° 19.482, publicada en el Diario Oficial de 03.12.96 que introduce modificaciones al artículo 38 del Código del Trabajo, en su artículo 1º, N°s 1 y 2, dispone:

"1.- Sustitúyese en el inciso cuarto la frase "en los establecimientos a que se refiere el N° 7 del inciso primero", por la siguiente: "en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero"

"2.- Intercálase el siguiente inciso quinto, nuevo, pasando los actuales inciso quinto sexto a ser sexto y séptimo, respectivamente:

"Los trabajadores comprendidos en el número 2 del inciso primero, podrán acordar con su empleador que el día de descanso dominical que le 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".

De la norma legal anotada precedentemente aparece que el legislador ha hecho extensivo el derecho que nos ocupa a los trabajadores comprendidos en el Nº 2 del inciso 1º del citado artículo 38, esto es, aquellos que se desempeñen 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 de la industria.

Del mismo precepto fluye que los trabajadores aludidos precedentemente podrán convenir con su empleador que el día de descanso dominical que les corresponde impetrar en conformidad a lo establecido en el inciso 4º del referido artículo se otorgue en forma acumulada dentro de un período que no exceda de 12 meses calendario, estableciéndose que si el empleador no cumpliera lo acordado en el pacto que al efecto se celebre, éste terminará de pleno derecho, en cuyo caso los domingos no otorgados deberán hacerse efectivos en los domingos inmediatamente siguientes al término de aquél, sin perjuicio de las multas y sanciones administrativas que procedieren en contra del empleador.

Atendido lo anterior y teniendo presente que conforme a los antecedentes aportados, los trabajadores de esa empresa cuyas funciones no implican atención directa de público, se encuentran comprendidos en el Nº 2 del artículo 38 del Código del Trabajo, preciso es convenir que, a partir de la entrada en vigencia de la citada ley 19.482, esto es, el 1º de febrero de 1997, dichos trabajadores tendrán derecho a gozar del beneficio señalado, en la forma prevista en el citado cuerpo legal.

2) Por lo que dice relación con la consulta signada con este número, es necesario precisar que el artículo 38 del Código del Trabajo, en sus incisos 2º y 3º previene:

"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. Estos descansos podrán ser comunes para todos los trabajadores, o por turnos para no paralizar el curso de las labores".

De las disposiciones precedentemente transcritas se desprende, en primer lugar, que el legislador ha facultado a las empresas exceptuadas del descanso dominical para distribuir la jornada normal de trabajo en forma que incluya los domingos y festivos.

Se colige, además, que las horas laboradas en días domingo y festivos sólo se remunerarán como extraordinarias si acaso exceden las de la jornada ordinaria semanal.

Finalmente, se infiere que los trabajadores que laboran en actividades exceptuadas del descanso dominical, tienen derecho a un día de descanso a la semana por cada domingo laborado y otro por cada festivo trabajado, descanso que podrá ser común para todos los trabajadores o por turnos.

Aplicando lo antes expuesto al caso que nos ocupa, forzoso es concluir que a los trabajadores de que se trata debe, concedérseles un día de descanso a la semana en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo y otro por cada festivo en que los mismos deben prestar servicios, no teniendo derecho, por el contrario, a impetrar el pago de sobresueldo por las horas laboradas en dichos días, salvo en el caso que éstas excedan las de la jornada ordinaria semanal convenida.

3) Finalmente y en lo que concierne a esta consulta cabe señalar que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia administrativa de esta Dirección, establecer la forma de hacer efectiva la readecuación de la distribución de la jornada de trabajo que conlleva el cumplimiento de la norma establecida en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo no corresponde a este Servicio, debiendo ser el propio empleador que realice los ajustes que permitan a los respectivos dependientes hacer uso de dicho beneficio en la forma que prevé dicho precepto legal.

Sin perjuicio de lo anterior cúmpleme remitir a Uds. copia del dictamen Nº 1981/80, de 28.03.96, de esta Repartición, que incide sobre la materia, y en el cual se concluye que *"Resulta ajustado a derecho que el empleador pacte con sus trabajadores, dependientes de establecimientos de comercio y de servicios exceptuados del descanso dominical que atiendan directamente al público, compensar los días festivos efectivamente laborados por tales trabajadores y que excedan de uno en la respectiva semana laboral, otorgándoles un día de descanso compensatorio en un domingo del mismo mes calendario o de otro mes distinto, dentro del mismo año calendario, de forma tal que, en definitiva, el trabajador goce de un domingo de descanso al mes"*.

En consecuencia, sobre la base de la disposición legal citada y consideraciones formulada, cúmpleme informar a Uds., lo siguiente:

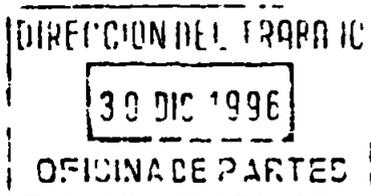
1) Los trabajadores de la empresa Comercial Ardea S.A. que realizan funciones que implican la atención directa de público tienen derecho a que uno de los días de descanso compensatorio que les corresponde en el respectivo mes calendario les sea otorgado en día domingo.

Por el contrario, a los trabajadores que no realizan dicha atención no les actualmente asiste tal derecho, sin perjuicio de lo señalado en el cuerpo del presente informe.

2) Las horas laboradas en días domingo y festivos por los citados trabajadores no generan sobresueldo, salvo que con ellas se exceda la jornada semanal convenida.

3) No corresponde a la Dirección del Trabajo establecer la forma de hacer efectiva la readecuación de la distribución de la jornada de trabajo que conlleva el cumplimiento de la norma establecida en el inciso 4º del artículo 38 del Código del Trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Uds.,



Maria Ester Feres Nazarala
MARIA ESTER FERES NAZARALA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

SW

SMS/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 Comercial Ardea S.A.