



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN
DERECHO
K 5122 (1250) 2016

ORD.: 3054

MAT.: Atiende presentación acerca de la aplicabilidad de los 7 domingos de descanso establecidos por la Ley 20.823, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa estos no han sido otorgados.

ANT.: Presentación de 13.05.2016, de don Felipe Arancibia Wragg, en representación de la empresa Rendic Hermanos S.A.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SR. FELIPE ARANCIBIA WRAGG
CERRO EL PLOMO N° 5680, PISO 11
LAS CONDES

3 JUN 2016

Por medio de la presentación del antecedente, se ha solicitado un pronunciamiento a este Servicio, acerca de la forma de hacer efectivo el derecho al descanso de 7 días en domingo, cuando por circunstancias ajenas a la voluntad de la empresa, se ha cumplido la anualidad, sin que se hubiere hecho efectivo el derecho.

Sus consultas son:

- 1.- Cuando la empresa, no ha podido otorgar la totalidad o parte del descanso en 7 domingos, establecidos por la Ley 20.823, ya que los trabajadores han estado ausente de sus funciones por licencia médica común, licencia médica maternal o licencia a raíz de un accidente del trabajo. ¿Se encuentra en infracción la empresa, está obligada a otorgarles o compensarles los días domingos a los trabajadores que han estado ausentes?
- 2.- Si durante la anualidad, el trabajador ha tenido licencia médica prolongada o ausencias prolongadas. ¿Corresponde calcular proporcionalmente al tiempo efectivamente trabajado los 7 días de descanso en domingo?
- 3.- Dado que en la empresa, la distribución de turnos se hace con anticipación, ¿qué pasa si el trabajador inicia una licencia médica o hace uso de su feriado legal en el período en que estaba programado uno de los 7 días domingo adicionales de descanso?, ¿corresponde que ese día se reprogramme en otro período de tiempo?

Al respecto, cúmpleme en informar a Ud. lo siguiente:

Que, el artículo 38 bis del Código del Trabajo, ordena:

"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”.

Este Servicio, se ha pronunciado en cuanto a fijar el sentido y alcance de la Ley 20.823, entre otros en el dictamen 1921/033 de 20.04.2015 el cual señala: *“Conforme a los preceptos legales transcritos, resulta posible determinar que la reforma legal en análisis tiene por efecto, por una parte, fijar un sistema remuneracional particular respecto de aquellos dependientes que, comprendidos en el n° 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, ejecutan sus labores en día domingo.*

Además, beneficia al mismo grupo de trabajadores, aumentando el número de días domingo en que podrán descansar durante el año”.

La misma jurisprudencia, precisa además, el ámbito personal de la aplicación de la Ley, donde se desprenden las condiciones necesarias para obtener tales beneficios. Respecto al incremento remuneracional, este beneficiará a los trabajadores que presten servicios en áreas de comercio o servicio y que por la jornada pactada prestan servicios en día domingo. Mientras que, el descanso de siete domingos, adicionales a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 38 bis del Código del Trabajo, beneficia a los mismos trabajadores con excepción de aquellos dependientes contratados por un plazo de treinta días o menos, 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 consulta signada con el número 1:

Cabe tener presente que todas las situaciones que plantea en su presentación, dicen relación con la imposibilidad de otorgar, total o parcialmente los domingos de descanso establecidos por la Ley N° 20.823, por encontrarse los trabajadores con licencia médica, la que tiene diversos orígenes: enfermedad común, descanso maternal y accidente del trabajo.

Conforme lo dispone el artículo 1° del Decreto Supremo N°3 de 28.05.1984, el que establece el Reglamento de Licencias Médicas: *“Para los efectos de este reglamento, se entiende por licencia médica el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona, en adelante “él o los profesionales”, según corresponda...” durante cuya vigencia podrá gozar de subsidio de incapacidad laboral con cargo a la entidad de previsión, o de la remuneración regular de su trabajo o de ambas en la proporción que corresponda”.*

Por su parte los artículos 6 y 17 del mismo cuerpo legal, señalan en lo pertinente lo siguiente: *“Artículo 6°... Los profesionales mencionados, considerando la naturaleza y gravedad de la afección, el tipo de incapacidad que ésta produzca y la duración de la jornada de trabajo del trabajador, podrán prescribir reposo total o parcial.... La licencia médica que prescribe reposo total confiere al trabajador el derecho a ausentarse de su trabajo durante el tiempo que ella misma determina”. Por su parte el “Artículo 17°.- Autorizada la licencia o transcurrido los plazos que permitan tenerla por autorizada, ésta constituye un documento oficial que justifica la ausencia del trabajador a sus labores o la reducción de su jornada de trabajo, cuando corresponda, durante un determinado tiempo...”*

De las disposiciones transcritas, es posible deducir que la licencia médica da derecho a ausentarse justificadamente del trabajo por un tiempo determinado, gozando del subsidio por incapacidad, si se cumplen los requisitos señalados en

la normativa, por el solo hecho de tener un contrato de trabajo vigente, en el caso de los trabajadores dependientes.

Este Servicio se ha pronunciado acerca de los efectos de la licencia médica en la relación laboral, a modo ejemplar, en el dictamen N° 2421/139 de 25.07.2002 que señaló: *"...cabe recordar que la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio en lo que respecta a licencia médica, ha sostenido que ésta sólo suspende los efectos de la relación laboral en cuanto libera al trabajador de su obligación de prestar servicios y al empleador de su obligación de pagar la remuneración convenida, manteniéndose subsistente, durante el período que ella cubre, el vínculo contractual."*

Con lo señalado precedentemente, es posible establecer que en el caso de licencia médica por un período prolongado de tiempo, como pueden ser las que tienen su origen en la maternidad o en accidentes de trabajo, si el tiempo de ausencia, supera la anualidad, habrá caducado el derecho de hacer uso de los descansos en día domingo, no pudiendo el empleador ni compensarlos ni acumularlos de un año para otro, conforme lo dispone el artículo 38 bis del Código del Trabajo.

En el caso de licencia médica por enfermedad común, que no se prolongue durante toda la anualidad, el empleador deberá otorgar los descansos en día domingo conforme lo señala la legislación vigente, una vez que se reincorpore a sus funciones el trabajador, siempre que existan días domingo en que pueda hacer efectivo el derecho. Situación que también será aplicable a los trabajadores que se les otorgó en parte el beneficio, debiendo dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, en el tiempo restante para cumplir la anualidad.

A su consulta signada con el número 2:

Como ya se ha señalado en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, el legislador ha establecido que los siete días de descanso en día domingo, deben otorgarse *"durante cada año de vigencia del contrato de trabajo"* en consecuencia, aunque el trabajador se encontrara con licencia prolongada durante la anualidad, no corresponde aplicar ningún criterio de proporcionalidad para que el trabajador tenga derecho a ellos.

A mayor abundamiento, este Servicio a propósito del establecimiento de los dos domingos de descanso en el mes para los trabajadores de comercio y servicios, también ha indicado en el Dictamen N° 2219/126 de 11.07.2002, lo siguiente: *"Como es dable apreciar, los descansos de que se trata, atendido su carácter compensatorio, presuponen la existencia de trabajo efectivo realizado por los trabajadores en días domingo o festivos, de suerte tal, que sólo se generará el derecho a impetrarlos en la medida que éstos hayan prestado servicios en dichos días."*

Ahora bien, si tenemos presente que los dos días de descanso en domingo a que alude el inciso 4° del artículo 38 en comento corresponden a descanso compensatorio, forzoso resulta convenir que el derecho a tal descanso presupone igualmente el trabajo efectivo en días domingo y festivos."

Acorde a lo anterior, resulta dable afirmar que si el feriado legal o la licencia médica otorgada a un trabajador abarca un período inferior a un mes, éste sólo tendrá derecho a gozar de descanso en día domingo en los términos establecidos en el inciso 4° del artículo 38 en análisis, en la medida que durante el período posterior a su reintegro, haya prestado servicios efectivos en domingo o festivos y existiere la posibilidad de conceder uno o ambos en lo que resta del respectivo mes calendario."

Es el mismo criterio el que debe ser utilizado para el otorgamiento de los descansos en domingo establecidos por la Ley N° 20.823, esto es, si la licencia médica prolongada no abarcó la anualidad y el trabajador prestó servicios en su jornada ordinaria pactada que incluye los días domingo, le corresponde el derecho al beneficio de los descansos adicionales en ese día, si al retornar de su licencia médica, existe espacio de tiempo suficiente para ello. Cabe precisar, además, que es obligación del empleador el ajustar los

turnos de trabajo, con acuerdo del trabajador, para hacer posible el ejercicio efectivo del descanso. Asimismo, se podrá pactar que la anualidad corresponda al sentido del año calendario, siempre que ello no suponga una disminución en el mínimo de descansos en día domingo establecidos por la Ley.

A su consulta signada con el número 3:

Este Servicio ha señalado en diversas oportunidades que el empleador no se encuentra facultado para alterar unilateralmente la distribución de la jornada del trabajador, salvo que cuente con su consentimiento. Así lo ha señalado, entre otros, en el Ordinario N° 4776 de 15.09.2016, el cual dispone: *"Conforme a lo anterior, el empleador por una parte, se encuentra obligado a respetar el régimen de jornada y descansos acordado con el trabajador, mismo que se cumplía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, a menos que ambas partes consientan en establecer un nuevo sistema de distribución de la jornada semanal."*

Por otra parte, a propósito de los descansos compensatorios, este Servicio en el dictamen 964/43 de 06.02.1996, señala: *"De la norma transcrita se colige que no figura entre las menciones mínimas del contrato de trabajo, la individualización del día de descanso que corresponderá al dependiente, razón por la que no resulta obligatorio su inclusión en el contrato de trabajo."* En consecuencia no es cláusula mínima del contrato de trabajo, establecer el día de descanso que le corresponde al trabajador, por lo que se podrá reprogramar el descanso, si el trabajador en la fecha fijada se encontraba con licencia médica o feriado legal, en el sentido de lo expuesto en los párrafos anteriores. En conformidad con lo dispuesto anteriormente, estando pendiente aún el cumplimiento de la anualidad, el empleador deberá ajustar con acuerdo de los trabajadores, la jornada pactada para incluir los descansos en días domingo.

Es cuanto puedo informar.

Saluda a Ud.,


LORETO BARRERA PEDEMONTE

ABOGADO

JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LBP/RGR/CGD

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control