



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E 210710 (1354) (2022)

554

ORDINARIO N°: _____ /

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Descanso compensatorio. Día Domingo y Festivos.
Procedencia. Feriados irrenunciables.

RESUMEN:

Toda modificación y distribución de jornada de trabajo de días intercalados que incidan en días declarados como irrenunciables por la ley, requieren del acuerdo de voluntades de las partes de la relación laboral, ya sea por la vía individual o colectiva, al tenor de lo expuesto en el presente informe.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 11.04.2023 de Jefa de Unidad Dictámenes e Informes en Derecho.
- 2) Ord. N°165 de 26.09.2022 del Director Regional del Trabajo (s), Región de Maule.
- 3) Presentación de 23.09.2022 de los Sindicatos Unimarc Chillán y Federación Nacional.

SANTIAGO, 17 ABR 2023

**DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A: SINDICATOS UNIMARC CHILLAN
FEDERACIÓN NACIONAL**

SANTIAGO

Mediante Ordinario del Ant.2), se ha remitido a este Departamento la presentación señalada en el Ant.3), en virtud de la cual Uds., solicitan un pronunciamiento jurídico referente al feriado irrenunciable del día domingo 18 de septiembre de 2022.

Al efecto, agregan que su empleador Rendic Hnos, ha modificado las mallas de turnos de sus dependientes para adaptar el próximo feriado 18 de septiembre de 2022, otorgando en su reemplazo otro domingo libre en compensación, incidiendo con

esta modificación en la distribución histórica de días domingo que tienen dichos trabajadores del comercio.

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

El artículo 38 ter del Código del Trabajo, incorporado a su texto por la Ley N°20.828, publicada en el Diario Oficial de 18.04.2015, 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 de feriado establecidos en la Ley N°19.973".

Por su parte el numeral 7 del artículo 38 del mismo cuerpo legal, que regula el descanso semanal de los trabajadores excluidos del descanso dominical y en días festivos, prescribe:

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

"Nº7. 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.

A su vez, la Ley N° 19.973 y sus modificaciones, en su artículo 2°, prevé:

"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, locales comerciales en los aeródromos civiles públicos y aeropuertos, 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. Las tiendas de conveniencia asociadas a establecimientos de venta de combustibles podrán atender público en la medida que coexista la actividad de venta directa de los productos que allí se ofrecen, con la elaboración y venta de alimentos preparados, que pueden ser consumidos por el cliente en el propio local.

"Los trabajadores que, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior, se encuentran exceptuados de los descansos allí señalados, tendrán derecho a los mismos, a lo menos, una vez cada dos años respecto de un mismo empleador, pudiendo pactar con este la rotación del personal necesario para este fin.

Las infracciones a lo dispuesto en este artículo serán sancionadas con multa a beneficio fiscal de 5 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción. Si el empleador tuviere contratado 50 o más trabajadores la multa aplicable ascenderá a 10 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción. Y cuando tuviere contratados 200 o más trabajadores la multa será de 20 unidades tributarias mensuales por cada trabajador afectado por la infracción.”

Del análisis conjunto de las normas legales anteriormente transcritas se infiere, primeramente, que por expreso mandato del legislador, el descanso semanal de los trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos conforme al numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, vale decir, aquellos que se desempeñen en establecimientos de comercio y de servicio que atiendan directamente al público, no podrán coincidir con los días declarados por ley como feriados irrenunciables y que revisten este último carácter, esto es, los días 1º de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1 de enero de cada año.

Precisado lo anterior, debe considerarse que, en general, los trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos se rigen en materia de descanso semanal por las normas establecidas al efecto en el artículo 38 del Código del Trabajo, el cual, en sus incisos 2º, 3º, 4º y 5º prescribe:

“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 artículo 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 periodo. 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.

No obstante, en los casos a que se refieren los números 2 y 7 del inciso primero, al menos dos de los días de descanso en el respectivo mes calendario deberán 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.

En el caso de los trabajadores de casinos de juego, hoteles, pubs, discotecas, restaurantes, clubes, bares y similares, y de los operadores de turismo, la distribución de la jornada ordinaria semanal deberá sujetarse a lo dispuesto en los incisos tercero

y cuarto, salvo que las partes acuerden distribuir la jornada semanal de tal forma que el trabajador cuente con, a lo menos, veintinueve domingos de descanso en el lapso de un año o, alternativamente, con quince domingos de descanso en el lapso de seis meses. La distribución de los días domingo deberá ser acordada por escrito en el contrato de trabajo e un anexo del mismo y no podrá considerar la prestación de servicios por más de tres domingos en forma consecutiva. Si a la fecha de terminación del contrato, el trabajador no hubiere hecho uso de los descansos en día domingo a que tiene derecho conforme la proporción que establece este inciso, el empleador deberá pagar dichos días en el respectivo finiquito. Este pago deberá efectuarse con el recargo contemplado en el inciso tercero del artículo 32 y no podrá ser imputado al pago del feriado proporcional, en su caso”.

De las disposiciones legales anotadas se desprende que las empresas exceptuadas del régimen normal de descanso semanal previsto en el artículo 35 del Código del Trabajo, pueden distribuir su jornada de trabajo de forma que incluya los días domingo y festivos lo cual implica que, al contrario de lo que sucede con quienes laboran bajo este último régimen, tales días no son de descanso sino jornadas normales de trabajo. No obstante ello, la ley obliga a las empresas que se encuentran en tal situación a otorgar a sus trabajadores un día de descanso a la semana en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo, y otro, por cada festivo en que éstos debieron prestar servicios, descansos que pueden ser comunes para todos ellos o por turnos para no paralizar el curso de las labores. Tal ha sido la postura de este Servicio, mediante su jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en Dictamen N°712/20 de 10.02.2017.

Ahora bien, tratándose de trabajadores exceptuados del descanso dominical en virtud de los numerales 2 y 7 del artículo 38, la citada normativa exige que, a lo menos, dos de los días de descanso compensatorio que les corresponde en el respectivo mes calendario recaigan en día domingo. Cabe agregar que, en el caso de estos últimos, el artículo 38 bis del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N°20.823, establece 7 días adicionales de descanso en domingo en cada año de vigencia del contrato.

De los preceptos legales anotados se infiere, asimismo, que la nueva normativa incorporada al artículo 38 por la Ley N°20.918 permite a los trabajadores de casinos de juego, hoteles, discotecas y otros establecimientos similares y a los operadores de turismo, a cuyo respecto resultan plenamente aplicables tales normas, convenir con sus empleadores una forma distinta de distribución de la jornada semanal, en tanto ella garantice a dichos trabajadores veintinueve domingos de descanso en el lapso de un año o, alternativamente, quince domingos de descanso en el lapso de seis meses. Tal modalidad deberá ser acordada por escrito en el contrato de trabajo o en un anexo del mismo, no pudiendo implicar la prestación de servicios por más de tres domingos consecutivos.

Ahora bien, la resolución de la materia en comento, exige tener presente el carácter irrenunciable que revisten los feriados de que se trata, lo que se traduce en que el empleador no puede exigir a los respectivos trabajadores la prestación de servicios en tales días por cuanto éstos constituyen para ellos, días de descanso obligatorio.

Por otro lado, cabe considerar lo expuesto por este Servicio mediante su jurisprudencia administrativa contenida en Dictamen N°1608/34 de 14.09.2022, que al referirse al sentido y alcance de la Ley N°21.482 de 10.09.2022 que declaró feriado nacional el día 16 de septiembre de 2022, no estableció dicho feriado con el carácter de obligatorio e irrenunciable para los trabajadores del sector comercio señalados en el N°7 del artículo 38 del Código del Trabajo, toda vez que, de acuerdo a lo previsto en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley N°19.973, modificada por las leyes N°20.215, N°20.629 y N°20.918, son días de feriado obligatorio e irrenunciable los días 1º de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1º de enero de cada año, para todos los trabajadores del comercio, salvo aquellos que presten servicios en determinados lugares o establecimientos que enumera el inciso 1º del artículo 2º de la Ley N°19.973.

Del mismo modo, la jurisprudencia citada señala respecto al cambio de distribución de jornada en virtud de un permiso interferido que las partes de la relación laboral pueden pactar que la jornada de un día interferido sea, por ejemplo, de descanso con goce de remuneraciones.

Al efecto, la doctrina de este Servicio contenida en Dictamen N°5510/262 de 23.12.2003, al referirse al pacto de permiso interferido, estableció que: *"En cuanto a las formalidades del pacto, es necesario señalar, en primer término, que del claro tenor de la citada disposición se desprende que el acuerdo que al efecto celebre empleador y trabajador deberá cumplir las siguientes formalidades o requisitos:*

- a) *Consignarse por escrito y suscribirse por las partes respectivas, sea en el contrato de trabajo o en un documento anexo.*
- b) *Especificarse en él los días en que se efectuará la prestación de servicios tendiente a compensar las horas no laboradas el día hábil otorgado como descanso con goce de remuneraciones, como asimismo, la respectiva distribución horaria".*

A su vez, dicha jurisprudencia reconoció que este tipo de pactos pueden ser celebrados por las organizaciones sindicales en representación de sus trabajadores y que, además, puede ser materia de negociación colectiva. También señaló dicho pronunciamiento que, con relación a la forma de compensar las horas descansadas por permiso interferido, deben cumplirse las siguientes reglas: *"En cuanto a los días en que podrá realizarse dicha compensación, cabe distinguir entre trabajadores que tienen su jornada distribuida de lunes a viernes o lunes a sábado. Tratándose de los primeros, éstos podrán acordar recuperar las horas no laboradas a continuación de su jornada normal de trabajo o en el día sábado en que no les corresponde劳动ar según dicha distribución (...)"*.

Establecido lo anterior, cabe precisar que, respecto a permisos interferidos y modificación de distribución de jornada en los casos planteados, necesariamente se requiere del acuerdo de voluntades de las partes de la relación laboral, ya sea por la vía individual o colectiva, no resultando jurídicamente procedente que el empleador adopte medidas de forma unilateral, toda vez que, en dicho caso, se configuraría una infracción a lo dispuesto en el artículo 7º del Código del Trabajo, esto es, no otorgar el trabajo convenido, materia que se debe denunciar ante la Inspección del Trabajo respectiva.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas, cumple con informar a Ud. que, toda modificación y distribución de jornada de trabajo de días intercalados que incidan en días declarados como irrenunciables por la ley, requieren del acuerdo de voluntades de las partes de la relación laboral, ya sea por la vía individual o colectiva, al tenor de lo expuesto en el presente informe.

Saluda atentamente a Ud.



NATALIA POZO SANHUEZA
ABOGADA
JEFÁ DEPARTAMENTO JURÍDICO(S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



LB/P/EZD
Distribución:
-Partes
-Jurídico