



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Dictámenes e
Informes en Derecho
E 260451 (1672) (2022)

ORDINARIO N°: 572 /

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

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

RESUMEN:

Respecto a la aplicación del artículo 38 ter del Código del Trabajo a los trabajadores por los que se consulta, se debe tener presente lo expuesto en el presente informe y la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 17.04.2023 de Jefa de Departamento Jurídico (s).
- 2) Presentación de 22.11.2022 de CELA COSMÉTICOS S.A

SANTIAGO, 19 ABR 2023

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A: CELA COSMÉTICOS S.A

SANTIAGO

Mediante presentación señalada en el Ant.2), se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento jurídico, respecto a feriados irrenunciables y días compensatorios establecidos por la Ley N°19.973 para los trabajadores que se desempeñan en establecimientos de comercio y de servicios que atiendan directamente al público.

En rigor, solicita que este Servicio se pronuncie respecto a si se debe aplicar la norma del artículo 38 ter del Código del Trabajo sólo a aquellos trabajadores cuya jornada se distribuye de forma tal que incluya días domingo y festivos o, por el contrario, si también se aplica a otros dependientes que no cuenten con dicha distribución de jornada.

Sobre el particular, cúpleme 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:

“N°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.

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, los días de 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 1° de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1 de enero de cada año.

Precisado lo anterior, y ante la circunstancia de que coincida, por ejemplo, un día domingo con alguno de los feriados irrenunciables establecidos por la Ley N°19.973, para los trabajadores que se desempeñan en el rubro del comercio, y a quienes se les aplica lo dispuesto en el artículo 38 del Código del Trabajo, es necesario tener presente lo siguiente:

Primeramente, 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 2°, 3°, 4° y 5° 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 domingos 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.

Como es dable apreciar, la normativa que se contiene en el artículo 2° de la Ley N° 19.973, constituye una excepción a la prevista en el art. 38 del Código del Trabajo, ya transcrita y analizada en párrafos que anteceden, puesto que, con carácter de irrenunciable, libera de la obligación de prestar servicios en dichos días a trabajadores legalmente exceptuados del descanso dominical y en días festivos, para los cuales, como ya se expresara, aquellos constituyen, por regla general, días normales de trabajo.

Ahora bien, la jurisprudencia administrativa de este Servicio en relación a la norma prevista en el inciso 3° del artículo 38 del Código del Trabajo, que se contiene, entre otros, en Dictamen N°487/36 de 26.01.99, se fundamenta en que el descanso compensatorio a que tienen derecho los mencionados trabajadores nace por el hecho de laborar efectivamente en días domingo y/o festivos, agregando que la coincidencia entre ambos no confiere a los involucrados el derecho a impetrar un día adicional de descanso, como tampoco, al pago de horas extraordinarias, teniendo presente que en tal caso habrán laborado un solo día que reúne el doble carácter de domingo y festivo. En otros términos, conforme a la citada jurisprudencia, en la situación planteada corresponderá otorgar sólo un día de descanso compensatorio.

En opinión de este Servicio, la referida conclusión resulta también aplicable en caso de coincidencia de un día de feriado irrenunciable con un domingo. De ello se sigue que la ocurrencia de tal circunstancia determina, igualmente, que los respectivos trabajadores no tendrán derecho a exigir que se les conceda un día adicional de descanso. En otros términos, en ese evento, tales dependientes tendrán derecho a gozar sólo de dicho feriado irrenunciable, no pudiendo exigir, a la vez, la concesión de un día de descanso compensatorio, por no haber prestado servicios efectivos en dicho día, condición ésta cuya existencia resulta necesaria para general tal descanso.

No altera lo señalado, la nueva normativa prevista en el artículo 38 ter del Código del Trabajo, el cual regula una situación distinta a la anteriormente analizada.

Al respecto debemos tener presente, en primer término, el objetivo perseguido por el legislador al establecer dicha disposición, el cual no es otro que evitar la vulneración de las normas que regulan el descanso semanal compensatorio de los trabajadores que laboran en un régimen exceptuado del descanso dominical y en días festivos, por la vía de hacerlo coincidir con alguno o algunos de los días declarados feriados irrenunciables.

En efecto, tal práctica importaría privar a los trabajadores de un beneficio que expresamente les confiere la ley, subsumiéndolo con el derecho que les asiste de gozar de un descanso compensatorio por cada domingo y/o festivo laborado conforme al régimen de excepción en que laboran e implicaría una renuncia de derechos por parte de éstos, la cual, acorde a lo prescrito por el artículo 5° del Código del Trabajo, se encuentra prohibida en tanto se encuentre vigente la respectiva relación laboral.

Armonizando todo lo expuesto en párrafos que anteceden, no cabe sino concluir que para los trabajadores exceptuados del descanso dominical y en días festivos en virtud del numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, la coincidencia de un domingo con un día declarado por ley como feriado irrenunciable no genera para éstos un día adicional de descanso.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto, disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citadas, cumpla con informar a Ud. que, respecto a la aplicación del artículo 38 ter del Código del Trabajo a los trabajadores por los que se consulta, se debe tener presente lo expuesto en el presente informe y la reiterada y uniforme jurisprudencia administrativa de este Servicio.

Saluda atentamente a Ud.,



[Firma manuscrita]
NATALIA POZO SANHUEZA
 ABOGADA
 JEFA DE DEPARTAMENTO JURÍDICO Y FISCAL (S)
 DIRECCIÓN DEL TRABAJO



[Firma manuscrita]
LBP/EZD

Distribución:

- Partes
- Jurídico