



Jurídico

Departamento Jurídico
Unidad de Dictámenes
e Informes en Derecho
E108636(1008)2024

005

ORDINARIO N°:

ACTUACIÓN:

Aplica doctrina.

MATERIA:

Trabajadores de establecimiento de comercio y servicios. Artículo 38 N°7 del Código del Trabajo. Jornada Parcial. Festivo.

RESUMEN:

Procede compensar con el recargo previsto del artículo 32 del Código del Trabajo la jornada del festivo que cumplió un trabajador regido por el artículo 38 del mismo cuerpo legal, afecto a una jornada parcial distribuida en menos de 5 días a la semana.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 07.01.2025, de Jefa Departamento Jurídico (S).
- 2) Presentación de 25.04.2024, de [REDACTED]

SANTIAGO,

08 ENE 2025

DE: JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)

A: [REDACTED]
[REDACTED]

Mediante solicitud del antecedente 2) se ha consultado si procedería pagar con el recargo del artículo 32 del Código del Trabajo el día sábado que ha coincidido con un feriado, laborado por un dependiente de un establecimiento de comida rápida, afecto a una jornada parcial de 20 horas, distribuida en viernes sábado y domingo, conforme con el artículo 38 N°7 del mismo Código.

Sobre el particular es del caso precisar primeramente que, el festivo a que alude la consulta es el recaído con fecha 30 de marzo de 2024, que no corresponde a los feriados obligatorios e irrenunciables para los trabajadores del comercio establecidos por el inciso 1º del artículo 2º de la Ley N°19.973 en los siguientes términos:

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.

Ahora bien, el artículo 35 del Código del Trabajo establece:

Los días domingo y aquellos que la ley declare festivos serán de descanso, salvo respecto de las actividades autorizadas por ley para trabajar en esos días.

Se declara Día Nacional del trabajo el 1º de mayo de cada año. Este día será feriado.

De la norma precitada fluye que, por regla general la jornada laboral se debe distribuir en días hábiles, esto es de lunes a sábado, excluyendo los domingos y festivos. Sin embargo, existen algunas actividades que la ley ha exceptuado de dicha regla, las que se contienen en el artículo 38 del Código del Trabajo, que en sus incisos 1º, 2º, 3º, 4º y 6º, dispone:

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

1.- en las faenas destinadas a reparar deterioros causados por fuerza mayor o caso fortuito, siempre que la reparación sea imposible;

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;

3.- en las obras o labores que por su naturaleza no puedan ejecutarse sino en estaciones o períodos determinados;

4.- en los trabajos necesarios e imposibles para la buena marcha de la empresa;

5.- a bordo de naves;

6.- en las faenas portuarias;

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;

8.- en calidad de deportistas profesionales o de trabajadores o trabajadoras que desempeñan actividades conexas, y

9.- como dependientes en las empresas de plataformas digitales de servicios, reguladas en el Capítulo X del Título II del Libro I del presente Código.

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 inciso 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 período. 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. Tampoco se aplicará a las trabajadoras y a los trabajadores contratados en los servicios de transporte público urbano o rural durante los meses en que se desarrollen elecciones populares o plebiscitos. En estos casos, las empresas deberán otorgarles descansos compensatorios en uno o más domingos del mes calendario anterior o siguiente a aquél en que se verifiquen las referidas elecciones o plebiscitos.

Cuando se acumule más de un día de descanso en la semana por aplicación de lo dispuesto en los incisos tercero, cuarto y quinto, las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal. En este último caso, la remuneración no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32.

De las normas precitadas fluye que en nuestra legislación el día domingo es de descanso y excepcionalmente se faculta, conforme con la normativa del artículo 38 del Código del Trabajo, la existencia de faenas o actividades en que es posible distribuir la jornada normal de trabajo en forma tal que incluya los domingo y festivos, determinándose expresamente que se pagarán como extraordinarias las horas que excedan la jornada ordinaria semanal y que, respecto de los trabajadores del número 7 del artículo 38 las horas ordinarias trabajadas en día domingo deberán ser remuneradas con un recargo de a lo menos, un 30% del sueldo convenido.

De igual forma, acorde con este precepto se establece que, las empresas exceptuadas del descanso dominical deben otorgar un día de descanso a la semana en compensación a las actividades desarrolladas en día domingo y otro por cada festivo que los trabajadores debieron prestar servicios y excepcionalmente en el

caso de las actividades 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, excepción que, en virtud de lo dispuesto expresamente por el inciso 4º del artículo en comento, no resulta aplicable 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, circunstancia en la que se encontraría el trabajador por cuya situación se consulta, que cumple una jornada semanal de 20 horas distribuidas en menos de cinco días.

Por último, en lo pertinente, el inciso 6º de la norma en análisis establece que, cuando se acumule más de un día de descanso en compensación de las actividades desarrolladas en domingo y en festivo, las partes podrán acordar una especial forma de distribución o de remuneración de los días de descanso que excedan de uno semanal, caso en el cual la remuneración no podrá ser inferior a la establecida para las horas extraordinarias en el artículo 32 del Código del Trabajo.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en la presentación, la consulta dice relación con un trabajador de establecimiento de comercio y de servicios que atiende directamente al público, cumpliendo las funciones que prevé artículo 38 Nº7 del Código del Trabajo y cuya jornada parcial de 20 horas semanales, se distribuye en turnos rotativos de tres días a la semana, que comprenden el viernes, sábado y domingo.

Al respecto, cabe hacer presente que la circunstancia de que el trabajador materia de la consulta esté afecto a una jornada parcial, esto es, igual o inferior a 30 horas semanales, no constituye un impedimento para que dicha jornada pueda cumplirse de forma tal, que se la exceptúe del descanso dominical, toda vez que las actividades que desempeñaría, de acuerdo con lo aseverado por el requirente, se encuentran en el supuesto del numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo.

Lo anterior por cuanto, las excepciones a la regla general en materia de descansos, establecidas en el artículo 38 del Código del Trabajo, deben entenderse referidas a actividades que se desarrollarán por el trabajador como indica dicho precepto, sin distinguir el tipo de contrato que se haya celebrado, ni resultar suficiente establecer diferencias en consideración a los días de la semana para los cuales han sido contratados los servicios del trabajador.

En efecto, donde el legislador podría haber podido establecer esta excepción, es en las normas sobre jornada parcial, contenidas en los artículos 40 bis al 40 bis E, en que incide la consulta, sin embargo, no lo hizo, ya que estas disposiciones no contienen regulaciones relativas al trabajo en fines de semana y el artículo 40 bis B del mismo Código expresamente dispuso que los trabajadores afectos a jornada parcial gozarán de todos los demás derechos que contempla ese cuerpo legal para los dependientes a tiempo completo.

Luego, tras todo lo expuesto posible es sostener que las normas de excepción al descanso semanal establecidas en el artículo 38 del Código del Trabajo resultan aplicables al dependiente sujeto a una jornada parcial de trabajo no superior a 30 horas semanales, que cumple las funciones señaladas en el numeral 7 del inciso primero del citado artículo.

Finalmente corresponde a continuación, analizar en qué se traduce la aplicación práctica de las disposiciones del mismo precepto legal en materia remunerativa y de descansos compensatorios, para efectos de dar respuesta a la consulta.

Así, cabe señalar primeramente que, la doctrina de este Servicio contenida en Dictamen N°2205/37 de 06.05.2015, ha resuelto que el legislador no efectúa distinción alguna que prive a los trabajadores contratados en régimen de jornada parcial del incremento remunerativo por las horas trabajadas en día domingo, las que deberán ser pagadas de acuerdo con lo señalado por el inciso 2º del artículo 38 del Código del Trabajo, transcrita en párrafos anteriores, con un recargo de, a lo menos un 30%, calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria pactada por dichos trabajadores.

De igual forma, si las horas trabajadas en día domingo excedieran la jornada pactada darán lugar al recargo por horas extraordinarias, siendo aplicable lo dispuesto por el inciso 3º del artículo 32 del Código del Trabajo, que señala:

"Las horas extraordinarias se pagarán con un recargo del cincuenta por ciento sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria y deberán liquidarse y pagarse conjuntamente con las remuneraciones ordinarias del respectivo periodo. En caso de que no exista sueldo convenido, o éste sea inferior al ingreso mínimo mensual que determina la ley, éste constituirá la base de cálculo para el respectivo recargo."

Por otra parte, en cuanto a la aplicabilidad del régimen de descanso compensatorio que establece el artículo 38 del Código del Trabajo en favor de aquellos trabajadores afectos a una jornada parcial distribuida en menos de 5 días a la semana, cabe señalar que, este Servicio determinó su aplicación mediante Dictamen N°2226/36 de 22.04.2016, distinguiendo entre dos situaciones: la primera, referida al descanso compensatorio por desempeño en domingo, y la segunda, respecto de la compensación del descanso por prestación de servicios durante un festivo.

En lo referido a la primera de las situaciones, es decir, la compensación por trabajar en domingo, el pronunciamiento concluye que respecto de los trabajadores con régimen de jornada parcial, distribuida en menos de 5 días, no procede otorgar una compensación adicional por la prestación de los servicios en domingo, puesto que, en tal circunstancia, el descanso semanal está comprendido en su ciclo de trabajo -descanso en virtud del cual a dicho trabajador le corresponden al menos 3 días de descanso a la semana.

En cuanto a la compensación por desempeño en día festivo, caso en que se reconoce el derecho a gozar de aquella, el Dictamen en comento señala:

"...los días declarados como festivos corresponden a celebraciones o conmemoraciones de carácter anual, que en caso de verificarse, producen una disminución de la jornada semanal, misma que debe reflejarse y favorecer a todos los trabajadores, sin distinción de si su jornada es completa o parcial."

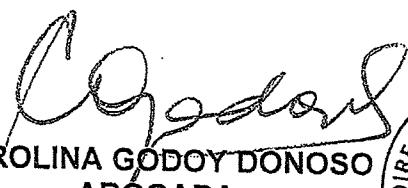
La doctrina antes citada ha sido reiterada mediante Dictamen N°2297/052 de 29.05.2017, confirmando que tratándose de trabajadores contratados en un régimen de jornada parcial distribuida en menos de cinco días a la semana sólo resulta procedente compensar de forma adicional a su ciclo de trabajo de descanso, aquellos días festivos laborados en la respectiva semana.

Respecto de la forma de compensar dichos días, deberá estarse a lo señalado en el inciso 6º del artículo 38 del Código del Trabajo, ya transcrita, que indica expresamente que la remuneración correspondiente a los días de descanso no podrá ser inferior a la prevista en el artículo 32 del mismo cuerpo legal.

En consecuencia, de conformidad con las disposiciones legales citadas, jurisprudencia administrativa consultada y consideraciones expuestas, cumple con

informar a Ud. que, procede compensar con el recargo previsto en el artículo 32 del Código del Trabajo la jornada del festivo que cumplió un trabajador regido por el artículo 38 del mismo cuerpo legal, afecto a una jornada parcial distribuida en menos de 5 días a la semana.

Saluda atentamente a Ud.,


CAROLINA GODOY DONOSO
ABOGADA
JEFA DEPARTAMENTO JURÍDICO Y
DIRECCIÓN DEL TRABAJO



GMS/CRL
Distribución

- Jurídico
- Partes
- Control