



S/K (2317) 2015
DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO

90 años

Jurídico

4779

ORD.: _____/

MAT.:

- 1) El empleador, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.828, se encuentra facultado para modificar unilateralmente la malla de turnos o el sistema de jornada pactado, con el solo propósito que los días de descanso compensatorios, no coincidan con aquellos que la Ley N° 19.973 declara como irrenunciables. Estimándose que el ámbito de su facultad se refiere exclusivamente a cambiar el día de descanso por otro dentro de la misma semana.
- 2) Tratándose de un trabajador cuyo sistema de distribución de jornada abarca de lunes a viernes o de lunes a sábado, no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 38 ter del Código del Trabajo, puesto que dicha prestación de servicios no se enmarca en el sistema de excepcionalidad reglamentado en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo.
- 3) La circunstancia de encontrarse un trabajador exceptuado de la limitación a su jornada laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 22 inciso 2° del Código del Trabajo, no le priva del derecho a descanso semanal, por lo que en la medida que su sistema de distribución de jornada comprenda el día domingo para la prestación de sus servicios, y concurriendo los demás requisitos legales, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 38 ter.

ANT.: Presentación de 09.09.2015, de Leandro Cortez, Secretario General Consfeco

SANTIAGO,

15 SEP 2015

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
A : LEANDRO CORTEZ
SECRETARIO GENERAL CONFECOVE
lcortez03@hotmail.com

Mediante presentación del antecedente, ha solicitado un pronunciamiento jurídico respecto a diversos aspectos que conlleva la aplicación del artículo 38 ter del Código del Trabajo.

En particular, el ocurrente formula las siguientes preguntas:

1.- Si el hecho que los días de descanso semanal, coincidan con los días 18 y 19 de septiembre (feriados irrenunciables), ¿implica que la malla de turnos deba ser modificada para otorgar el descanso semanal en otros días?. En caso afirmativo, ¿los referidos días de descanso deben otorgarse en la misma semana o en otra distinta?, y si tal distribución ¿es decisión unilateral del empleador o deriva del mutuo acuerdo?

2.- Si el sábado 19 de septiembre de 2015, coincide con el descanso semanal de un trabajador que se desempeña en jornada de lunes a viernes ¿procede que dicho día de descanso semanal se redistribuya?

3.- ¿resulta aplicable el artículo 38 ter del Código del Trabajo, respecto de los trabajadores excluidos del límite a la jornada laboral?

Sobre el particular, cúmpleme informar que el artículo 38 ter del Código del Trabajo, ordena:

“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 feriados establecidos en la ley N° 19.973”.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley N° 19.973 de 10.09.2004, declara que:

“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, 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”.

Conforme a las disposiciones legales transcritas, este Servicio mediante Dictamen N° 4754/57 de 14.09.2015, ha interpretado que:

“...el legislador laboral, ha restringido la facultad de las partes o solo del empleador en ciertos casos, respecto a la determinación de la oportunidad en que se hará uso del descanso semanal, tratándose de ciertos períodos del año que coinciden con fechas de carácter conmemorativo o de celebración.

En efecto, la Ley N° 19.973 consagra como feriado irrenunciables los días 1 de enero, 1 de mayo, 18 y 19 de septiembre, y 25 de diciembre, con la clara finalidad de propiciar que los trabajadores puedan compartir con sus familias y círculos sociales, en al menos 5 días al año, por considerar que aquellos revisten una particular entidad o significación.

Sin embargo, habiéndose observado la realidad laboral, se ha debido procurar que nuestro ordenamiento jurídico contemple una norma de protección específica, que prohíba hacer coincidir él o los días de descanso semanal, con aquellos considerados como feriado irrenunciable”.

Así entonces, resulta posible inferir que la entrada en vigencia de la Ley N° 20.828, impone al empleador la obligación de modificar el régimen de jornada correspondiente a aquella semana en que recae uno de los días festivos declarados en carácter de irrenunciables, a fin que el descanso semanal no coincida con tal feriado.

Entonces, el empleador está facultado para modificar unilateralmente la oportunidad en que se otorgará el descanso semanal, con el solo propósito que aquel no coincida con el día de feriado irrenunciable registrado en esa misma semana.

Preciso resulta considerar, que si bien las actividades de comercio pueden ser desarrolladas en régimen de jornada cuya

distribución comprenda o no el día domingo, la referencia efectuada por el artículo 38 ter del Código del Trabajo, exclusivamente a las actividades comprendidas en el artículo 38 N° 7 del mismo código (en el contexto de actividades exceptuadas del descanso en día domingo), obliga a sostener que la prohibición contenida en aquella norma, solo se encuentra referida a una circunstancia excepcional de desempeño en domingo, o más específicamente, en que la jornada semanal se encuentre distribuida en no menos de 5 ni más de 6 días a la semana, y que comprenda al día domingo en la prestación efectiva de servicios.

Por otra parte, tratándose de aquellos trabajadores excluidos del límite a la jornada semanal por aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 inciso 2° del Código del Trabajo, cabe considerar que la doctrina reiterada y uniforme de este Servicio, manifestada entre otros, en Dictamen N° 4603/262 de 02.09.1999, ha precisado que *"la circunstancia de encontrarse el trabajador exceptuado de la limitación de la jornada no puede significar que ésta se distribuya en más de seis ni en menos de cinco días, salvo excepciones..."*

De este modo, aún cuando el trabajador se encuentre exceptuado de la limitación de jornada de trabajo, tendrá derecho a que su jornada no sea distribuida en más de seis días seguidos, teniendo derecho al séptimo día de descanso, es decir, a descanso a lo menos durante un día a la semana.

Por lo que, concurriendo los demás requisitos legales, el trabajador contratado bajo el régimen contenido en el artículo 22 inciso 2° del Código del Trabajo, tiene derecho al descanso semanal y, consecuentemente le resulta aplicable la prohibición contenida en el artículo 38 ter del Código del Trabajo, en el sentido que dichos días de descanso no podrán coincidir con aquellos declarados como irrenunciables.

Con base en lo precedentemente informado, resulta posible otorgar respuesta a sus preguntas, en el siguiente sentido:

1.- En cuanto a la pregunta N° 1: El empleador, con motivo de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.828, se encuentra facultado para modificar unilateralmente la malla de turnos o el sistema de jornada pactado, con el solo propósito que los días de descanso compensatorios, no coincidan con aquellos que la Ley N° 19.973 declara como irrenunciables. Estimándose que el ámbito de su facultad se refiere exclusivamente a cambiar el día de descanso por otro dentro de la misma semana.

Ahora bien, el inciso 5° del artículo 38 del Código del Trabajo, consagra en carácter de irrenunciable al menos 1 de los días de descanso compensatorio a que el trabajador tenía derecho en la semana, por lo que aquel necesariamente deberá otorgarse dentro de ese período de tiempo.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de aquellos días de descanso compensatorio semanal que superen a 1, las partes pueden pactar una forma especial de distribución o de remuneración y que en caso de optar por esta última alternativa, la remuneración no puede ser inferior a la prevista en el artículo 32 del Código del Trabajo.

2.- En cuanto a la pregunta N° 2. La prohibición contenida en el artículo 38 ter del Código del Trabajo, solo se aplica respecto de los trabajadores sujetos a un régimen excepcional de distribución de jornada, en que específicamente se comprenda el día domingo para la prestación de servicios.

En razón de lo anterior, tratándose de un trabajador cuyo sistema de distribución de jornada abarca de lunes a viernes o de lunes a sábado, no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 38 ter del Código del Trabajo, puesto que dicha prestación de servicios no se enmarca en el sistema de excepcionalidad reglamentado en el artículo 38 del mismo cuerpo normativo.

3.- Respecto a la pregunta N° 3. Según se ha razonado, la circunstancia de encontrarse un trabajador exceptuado de la limitación a su jornada laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 22 inciso 2° del Código del Trabajo, no le priva del derecho a descanso semanal, por lo que en la medida que su sistema de distribución de jornada comprenda el día domingo para la prestación de sus servicios, y concurriendo los demás requisitos legales, le resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 38 ter.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, y consideraciones formuladas, cúpleme informar a Ud. que al tenor de su consulta, el sentido y alcance del artículo 38 ter del Código del Trabajo, corresponde al que se contiene en el cuerpo del presente informe.

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




LBP/PRC

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control