



DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K5359(997)2015

Jurídico

6763

ORD. N° _____

MAT.: Aplicabilidad de la Ley N° 20.823 al personal dependiente de Comercial Tarragona S.A.

ANT.: 1) Instrucciones de Jefatura de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho, de 02.12.2015.
2) Pase N° 744, de Jefe de Gabinete del Director, de 04.05.2015.
3) Presentación de doña Alejandra Lara G., Gerente de Recursos Humanos de Comercial Tarragona S.A., de 27.04.2015.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : GERENCIA DE RECURSOS HUMANOS
COMERCIAL TARRAGONA S.A.
ELOY ROSALES N° 4578
QUINTA NORMAL/

28 DIC 2015

Por la presentación del antecedente 2), Ud. consulta sobre la aplicabilidad de la Ley N° 20.823 al personal dependiente de Comercial Tarragona S.A., empresa del giro cadena de comida rápida, con locales en varias regiones y comunas del país, cuerpo legal que modifica el sistema de remuneraciones y de descanso de los trabajadores del comercio y de servicios que atiendan directamente al público, cuya jornada de trabajo comprenda los días domingos y festivos, dando una nueva redacción al inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, y agregando a éste un artículo 38 bis.

En síntesis, y en este orden, consulta la recurrente lo siguiente: 1) si los dependientes que realizan labores de cocinero se encuentra afectos a estas nuevas disposiciones legales; 2) si es legalmente procedente que el empleador defina los meses en que el trabajador puede hacer efectivo su derecho a siete días domingo adicionales de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato de trabajo; 3) si es legalmente procedente que el empleador determine que estos domingos adicionales de descanso no se podrán reemplazar por sábados; 4) si estos domingos adicionales no empleados pueden compensarse en dinero, y 5) si estas disposiciones que otorgan domingos adicionales de descanso, y eventualmente, cambio de éstos por sábados, altera la jornada de trabajo semanal de 45 horas y la distribución de ésta en seis o cinco días.

Deberá tenerse presente, que el inciso 2º del artículo 38 del Código del Trabajo, ha quedado con la siguiente redacción:

“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”.

Por su parte, el artículo 38 bis agregado por la Ley Nº20.823, dispone:

“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.”

Asimismo, cabe recordar en lo que interesa, que el número 7 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo precisa:

“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....”

Así entonces, conforme a los preceptos legales transcritos, resulta posible dejar establecido que la reforma legal en análisis tiene por efecto fijar un sistema de remuneraciones y de descansos especial para aquellos dependientes que, comprendidos en el Nº 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, ejecutan sus labores en día domingo.

Por regla general y conforme al inciso 1º del artículo 35 del Código del Trabajo, los trabajadores gozan de un descanso semanal que recae en los días domingo y festivos, sin perjuicio que el artículo 38 del mismo cuerpo legal contemple excepciones al descanso dominical, enunciadas y detalladas en su inciso 1º, números 1 al 8.

Por tanto, se infiere del tenor literal de la Ley Nº 20.823, que los beneficios en que incide la consulta son aplicables específicamente al personal dependiente de las empresas exceptuadas del descanso dominical incluidas en el Nº 7 del inciso 1º del artículo 38 del Código del ramo, transcrito precedentemente.

Corresponde en seguida, responder las consultas de la recurrente sobre la base de las normas legales citadas y la jurisprudencia administrativa evacuada por esta Dirección.

1) Las labores de cocinero, que sirven de base para que los dependientes que atienden las cajas y el mesón puedan desarrollar sus actividades, ha estimado esta Dirección que son un complemento directo e indispensable para atender debidamente al público. Así lo ha dejado establecido el Dictamen N° 4755/58, de 14.09.15: *“la nueva normativa que la Ley N° 20.823 incorpora al Código del Trabajo, rige para todos los trabajadores que laboran en empresas de comercio y de servicios, sea que la labor que desarrollan se relacione o no con la atención directa al público, máxime si se considera que el ejercicio de las funciones de éstos últimos constituye un complemento necesario para el cumplimiento de las actividades de los primeros”*.

2) Sobre la legalidad de que el empleador defina los meses en que el trabajador puede hacer efectivos sus siete domingos adicionales de descanso, el Dictamen N° 2205/37, de esta Dirección, de 06.05.2015, se ha pronunciado en el sentido que, *“La definición relativa a la distribución de los siete domingos adicionales corresponde en primer término efectuarla al empleador, atendidas sus facultades de administración. Esto, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al acuerdo de voluntades, sea individual o colectivo para los efectos de definir la oportunidad en que se hará uso del derecho establecido a favor de los trabajadores”*.

3) Respecto a la procedencia legal de que el empleador determine unilateralmente que los domingos adicionales de descanso no podrán reemplazarse por sábados, estableciendo para tal efecto un *“instructivo interno”*, cabe recordar que esta Dirección se ha pronunciado como deben obrar y proceder las partes en el caso que el ejercicio de un derecho se encuentre sujeto a un *“acuerdo”*, como sucede en la especie.

En efecto, en lo que interesa, el legislador ha dejado establecido que, *“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”*.

Así entonces, al interpretar esta Dirección el artículo 70 del Código del Trabajo sobre feriado legal, en lo referido a que, *“el exceso sobre diez días hábiles podrá fraccionarse de común acuerdo”*, se ha pronunciado en el siguiente sentido,

“Sobre la expresión “acuerdo” que emplea la citada disposición legal, es necesario explicitar su significado, para así poder precisar el sentido y alcance de la misma. Ello supone recurrir a las normas de interpretación de la ley contempladas en los artículos 19 y 20 de Código Civil, la primera de las cuales establece que, “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, agregando la segunda que, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...”, el cual, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia, es aquel establecido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”.

“Este texto lexicográfico establece, que la palabra “acuerdo” significa “Unión, armonía, entre dos o más personas”, y también, “resolución tomada en común por varias personas””.

“Ahora bien, de los significados precedentes es dable concluir, que para el ejercicio del derecho a la fracción o fracciones de feriado que excedan de diez días hábiles, resulta indispensable que se adopte una decisión tomada en conjunto con el empleador, que denote armonía, colaboración y fines comunes, así como una disposición abierta que implique el examen de diversas alternativas, a fin de encontrar aquella que satisfaga a ambas partes, y probablemente sin que ninguna de ellas alcance por completo sus propósitos”.

“El descrito carácter que debe tener la decisión sobre el otorgamiento de esta fracción o fracciones de feriado, resulta incompatible con un acuerdo general y unilateral adoptado por el empleador, aplicable a una universalidad indiferenciada de situaciones, como se consigna en la Circular N° 966, documento que - de entrada - limita la facultad del empleador para alcanzar efectivos acuerdos en cada caso con el personal de su dependencia, y que en los hechos impone de antemano criterios que impide convergencias razonables y fundadas, como lo ha querido el legislador” (Ordinario N° 4198, de 27.10.2014).

En estas condiciones, observando similar criterio, para esta Dirección no responde al propósito y finalidades del legislador que por *“instructivo interno”*, de manera general, indiferenciada y unilateralmente, el empleador prescinda siempre y en todo caso de la posibilidad de alcanzar acuerdos con sus dependientes y sindicatos, que incidan en el cambio de domingos de descanso por sábados.

4) Sobre una eventual compensación en dinero de estos siete domingos adicionales de descanso, expresa y literalmente el legislador dejó establecido en la parte final del inciso 1° del nuevo artículo 38 bis que, *“Este derecho al descanso dominical no podrá ser compensado en dinero, ni acumulado de un año a otro”.*

5) Por último, sobre la consulta si estas disposiciones que otorgan domingos adicionales de descanso, y eventualmente, cambio de éstos por sábados, altera la jornada de trabajo semanal de 45 horas y la distribución de ésta en seis o cinco días, cumple manifestar a esta Dirección que estas nuevas disposiciones y derechos no inciden en la jornada de trabajo ni en su distribución, conforme lo ha concluido el Dictamen N° 5733/066, de 06.11.2015, de esta Dirección.

Es todo cuanto puede informar esta Dirección del Trabajo sobre las materias sometidas a su consideración.

Saludos,

JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
 ABOGADO
 JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
 DIRECCIÓN DEL TRABAJO

LSP/RGR/cgr
Distribución:

- Jurídico, Partes y Control
- Director del Trabajo