

**DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN
DERECHO
K 8376 (1620) 2015**

0990

Juridico

ORD.: _____/

MAT.: Responde consultas, acerca del incremento de remuneraciones y descansos adicionales para los dependientes del comercio, por efectos de la Ley N° 20.823.

ANT.: 1) Instrucciones de fecha 13.01.2016 de la Jefe de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

2) Pase N° 155 de fecha 04.11.2015, con instrucciones de Jefa de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.

3) Presentación de 06.07.2015 de don Enrique Gutiérrez Ramos en representación de la empresa Gastronómica y Spa Turístico Coyhaique S.A.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEL DEPARTAMENTO JURIDICO (S)

15 FEB 2016

**A : ENRIQUE GUTIERREZ RAMOS
GERENTE CORPORATIVO DE RECURSOS HUMANOS
GASTRONÓMICA Y SPA TURÍSTICO COYHAIQUE S.A.
AV. PRESIDENTE RIESCO N° 5561 OFICINA 204, SANTIAGO**

Mediante presentación del antecedente 2), se ha solicitado un pronunciamiento a esta Dirección del Trabajo, tendiente a resolver consultas relativas al incremento remuneración y descansos adicionales correspondientes a los trabajadores del comercio, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 1.- Si el incremento del 30% por laborar en día domingo, se aplica para todos los trabajadores que presten funciones en día domingo, sin distinción de jornada.
- 2.- Si el incremento del 30% por laborar en día domingo, se aplica a los trabajadores de 26 o 30 horas, cuya jornada sea distribuida en 4 días o menos.
- 3.- Solicita aclarar si respecto de los trabajadores cuya jornada sea distribuida en 4 días o menos, les corresponde el otorgamiento de los domingos.
- 4.- Si la aplicación de la norma sobre otorgamiento de 7 domingos adicionales a lo señalado en el inciso cuarto del artículo 38 del Código del Trabajo, ¿es aplicable a los trabajadores con jornada ordinaria completa o jornada parcial, así como a aquellos cuya jornada sea mayor a 20 y menor a 45 horas?.

5.- Sistema de cálculo del recargo del 30% adicional sobre la hora laborada en día domingo. Determinación de la base de cálculo, respecto de un trabajador que tiene sueldo base menor al ingreso mínimo mensual remuneracional, por tener jornada parcial.

6.- Solicita aclarar si es posible asignar turnos rotativos sólo de lunes a sábado, a fin de cumplir con todos los domingos de descanso a los trabajadores con jornada completa, de manera de entender que no sería aplicable la modificación ya que no trabajarían en día domingo.

7.- En relación al otorgamiento de 7 domingos adicionales a los señalados en el inciso cuarto del artículo 38 del Código del Trabajo. ¿El domingo adicional no alterará la jornada ordinaria de 45 horas semanales, distribuidos en 5 o 6 días semanales?

8.- Solicita aclarar la procedencia de las normas del artículo 38 bis del Código del Trabajo, a los cargos de ayudante de garzón, bar server, bar tender, Cajero AA&BB, cajero/garzón/tomador de pedido, garzón, personal de cocina, commiss, ayudante de cocina y steward, con jornada de seis días de trabajo por uno de descanso y con dos domingos libres al mes, ya que existe duda si están comprendidos en el numeral 7 del artículo 38 del mismo cuerpo legal.

Sobre el particular, cumplo con informar lo siguiente:

En cuanto a la pregunta N° 1: Si el incremento del 30% por laborar en día domingo, se aplica para todos los trabajadores que presten funciones en ese día, sin distinción de jornada.

El inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, ha quedado con la siguiente redacción, luego de la modificación, introducida por la Ley N° 20.823:

“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 otro lado, la reiterada doctrina de la Dirección del Trabajo, que aclara el ámbito de aplicación general de la Ley N° 20.823, y que a modo ejemplar se cita en el dictamen 1921/033 del 20 de abril de 2015, establece en su parte pertinente que: *“En este orden, el beneficio remuneracional contemplado en el inciso 2° del artículo 38 del Código del Trabajo, favorecerá a todos aquellos trabajadores del comercio que presten servicios en día domingo, aun cuando lo hagan en régimen de jornada parcial”.*

En razón de lo anterior y por el hecho que el legislador no distingue en la aplicación del beneficio, es que este incremento remuneracional procede para todos los trabajadores que presten servicios en día domingo independiente del tipo de jornada por la que están contratados.

En cuanto a la pregunta N° 2: Si el incremento del 30% por laborar en día domingo, se aplica a los trabajadores de 26 o 30 horas, cuya jornada sea distribuida en 4 días o menos.

De acuerdo a lo indicado en el dictamen ya señalado, el incremento remuneracional, procede respecto de todos los trabajadores del comercio y servicio, que por jornada pactada les corresponda laborar en día domingo, con las excepciones expresamente señaladas por el legislador.

En cuanto a la pregunta N° 3: Solicita aclarar si respecto de los trabajadores cuya jornada sea distribuida en 4 días o menos, les corresponde el otorgamiento de los domingos.

El artículo 38 bis del Código del Trabajo 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.

Conforme a lo señalado en el precepto transcrito, dicha normativa no resulta aplicable, sólo, respecto de los trabajadores expresamente exceptuados, como son los contratados por un plazo de 30 días o menos, los contratados con una jornada ordinaria no superior a las 20 horas semanales y los contratados para prestar servicios los días sábado, domingo o festivos.

En cuanto a la pregunta N° 4: Si la aplicación de la norma sobre otorgamiento de 7 domingos adicionales a lo señalado en el inciso cuarto del artículo 38 del Código del Trabajo, es aplicable a los trabajadores con jornada ordinaria completa o jornada parcial, así como a aquellos cuya jornada sea mayor a 20 y menor a 45 horas?.

Como ya se señaló en los párrafos anteriores y por el artículo ya transcrito, es la propia norma la que establece de modo expreso, las excepciones a la aplicación de los 7 domingos de descanso adicional. A contrario sensu, todos los otros trabajadores están afectos al otorgamiento del beneficio, independiente de si su jornada es completa, parcial o pactada entre las 20 y las 45 horas semanales.

En cuanto a la pregunta N° 5: Sistema de cálculo del recargo del 30% adicional sobre la hora laborada en día domingo. Determinación de la base de cálculo, respecto de un trabajador que tiene sueldo base menor al ingreso mínimo mensual remuneracional por ser jornada parcial.

La norma es precisa al señalar que, el incremento del 30% será sobre el sueldo convenido, concepto definido en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo y que corresponde al estipendio fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo. Por otra parte, el artículo 44 inciso tercero del mismo cuerpo legal, establece que *"El monto mensual del sueldo no podrá ser inferior al ingreso mínimo mensual. Si se convinieren jornadas parciales de trabajo, el sueldo no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculada en relación con la jornada ordinaria de trabajo"*.

Por otro lado, la fórmula, base para el cálculo, fue establecida en el dictamen 2611/039 de fecha 27 de mayo de 2015, el cual se acompaña, para su correcta determinación.

De acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores, el incremento remuneracional establecido en la Ley 20.823, debe considerarse sobre el sueldo convenido, que para el caso de jornada parcial corresponde a la proporción del ingreso mínimo mensual, aplicando la fórmula de cálculo, establecida por la doctrina de la Dirección del Trabajo.

En cuanto a la pregunta N° 6: Solicita aclarar si es posible asignar turnos rotativos sólo de lunes a sábado, a fin de cumplir con todos los domingos de descanso a los trabajadores con jornada completa, de manera de entender que no sería aplicable la modificación ya que no trabajarían en día domingo.

Al respecto, cabe considerar que este Servicio en dictamen N° 3996/052 de 07 de agosto de 2015, se ha pronunciado respecto a las modificaciones a los sistemas de turnos, por aplicación de la ley N° 20.823, indicando en su conclusión que: *“...no resulta jurídicamente procedente que el empleador modifique el sistema de turnos que se venía utilizando con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, sin que previamente cuente con el acuerdo de los trabajadores...”*.

Junto a ello, se han emitido diversos pronunciamientos jurídicos sobre la materia, tal como el Ordinario N° 4.224 de 19 de agosto de 2015, en que se informó que *“...no resulta jurídicamente procedente que el empleador unilateralmente modifique el sistema de distribución de la jornada de trabajo semanal pactado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, ya sea redistribuyendo o eliminando días de descanso...”*

Por su parte, las normas generales establecidas en el Código del Trabajo, señalan la forma en que puede ser alterado o modificado el contrato de trabajo, debiendo recurrir en tal caso, a lo dispuesto en el artículo 11 del referido cuerpo legal.

De tal modo, sólo con el acuerdo de los trabajadores podrá modificarse la jornada pactada y ejecutada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

En cuanto a la pregunta N° 7: En relación al otorgamiento de 7 domingos adicionales a los señalados en el inciso cuarto del artículo 38 del Código del Trabajo. ¿El domingo adicional no alterará la jornada ordinaria de 45 horas semanales, distribuidos en 5 o 6 días semanales?

Que, la Dirección del Trabajo por medio del dictamen 5733/066 de 06 de noviembre de 2015, ha establecido lo que el legislador expresamente señaló en el artículo 38 bis, esto es que los 7 días de descanso son adicionales a lo dispuesto en el artículo 38 inciso cuarto del Código del Trabajo, lo que supone que deben recaer en día domingo, siete días más de descanso: *“Con el mérito de todo lo expuesto, cabe concluir que el beneficio que consagra el artículo 38 bis del Código del Trabajo no implica un aumento de los descansos que en virtud del artículo 38 les corresponde hacer uso a los trabajadores a que se refiere el presente informe, sino establecer a su favor más días de descanso en domingo, adicionales a los dos que ya gozaban en virtud de la modificación introducida al inciso 4° del artículo 38 del Código del Trabajo”*.

Por otra parte, también por el mismo pronunciamiento, ha quedado determinado que el establecimiento de los días adicionales de descanso en días domingo, no puede alterar las normas generales acerca de la distribución de jornada de trabajo, dispuesto en los artículos 22 y 28 del Código del Trabajo, esto es, considerando el máximo de 45 horas semanales y 10 horas ordinarias diarias.

Como consecuencia de lo anterior, las modificaciones introducidas por la Ley 20.823, no alteran la jornada pactada, debiendo los trabajadores y empleadores adecuar las condiciones de trabajo al nuevo ordenamiento jurídico laboral conforme lo dispone el artículo 11 del Código del Trabajo.


En cuanto a la pregunta N°8: Solicita aclarar la procedencia de las normas del artículo 38 bis del Código del Trabajo, a los cargos de ayudante de garzón, bar server, bar tender, Cajero AA&BB, cajero/garzón/tomador de pedido, garzón, personal de cocina, commiss, ayudante de cocina y steward, ya que existe duda si están comprendidos en el numeral 7 del artículo 38 del mismo cuerpo legal.

Cabe tener presente que la discusión parlamentaria fue clara al señalar que los derechos establecidos por la Ley N° 20.823 se refieren a todo el sector comercio y servicios, no a un parte o sección de trabajadores que prestan servicios en dichas actividades. Situación respecto de la cual se ha pronunciado este Servicio, entre otros en el dictamen 4755/058 del 14 de septiembre de 2015, el que precisa el ámbito de aplicación de la norma, y por el cual se establece que los beneficios entregados por la ley, corresponden a todos

los trabajadores del comercio y servicios, que dentro de su jornada trabajan en día domingo, aun cuando no atiendan directamente al público. De tal manera se satisface el interés social de fomentar el descanso y la vida familiar para los trabajadores de estas áreas de la economía.

Es todo cuanto puedo informar.

Saluda a Ud.,


LORETO BARRERA PEDEMONTE
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO (S)
DIRECCIÓN DEL TRABAJO


LBP/RGR/CGD

Distribución:

- Jurídico
- Control
- Oficina de Partes