

jurídico

DEPARTAMENTO JURÍDICO
K.7854(1809)2016

ORD.: 4965

MAT.: Absuelve consultas sobre incidencia del día festivo que recae en domingo respecto de las trabajadoras que indica.

ANT.: 1) Entrevista de 12.09.2016 de abogado U. Dictámenes a solicitante.
2) Comunicación telefónica de 26.08.2016 de abogado U. Dictámenes con la solicitante para remisión de mayores antecedentes.
3) Presentación de 26.07.2016 de doña Teresa Riquelme Bravo, dirigente Sindicato Empresa Comercializadora Hites.

SANTIAGO, 05 OCT 2016

**DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO**

**A : SRA. TERESA VERONICA RIQUELME BRAVO
SECRETARIA SINDICATO EMPRESA COMERCIALIZADORA HITES S.A.
teresariquelme.bravo@gmail.com**

Mediante presentación del Ant.3), se consulta a este Servicio si respecto de una trabajadora que, para no afectar el beneficio de sala cuna a que tiene derecho, ha pactado mantener por dos años una jornada de lunes a viernes, corresponde que la empresa, por aplicación de la Ley 20.823, le devuelva el día domingo que coincide con un feriado irrenunciable (1° de mayo, 18 de septiembre y 25 de diciembre de 2016).

Igual consulta formula en relación a otra trabajadora que ha pactado por dos años una distribución de 5 días de trabajo por 2 de descanso, recayendo estos últimos en domingo y lunes.

Un tercer caso que expone es el de las trabajadoras del *call center* de la empresa que también descansan siempre en domingo conforme a su contrato, además de contar con un segundo día de descanso que varía según la malla de trabajo fijada por grupos de trabajadoras.

Al respecto, informo a Ud. lo siguiente:

El artículo 38 del Código del Trabajo en su numeral 7), al regular las excepciones al derecho al descanso dominical y en festivos, dispone:

“Art. 38. Exceptúanse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

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 turno, la Ley 20.828 que prohíbe contabilizar el día feriado irrenunciable dentro de la planificación horaria mensual que determina el sistema de turnos de los trabajadores del comercio, misma que Ud. esgrime como fundamento de la presentación, incorpora el siguiente artículo 38 ter en el Código del Trabajo:

“Artículo 38 ter.- 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”.

De la normativa precitada se colige necesariamente que es supuesto de la respectiva regulación la existencia de trabajadores del comercio que estén laborando en un régimen de jornada exceptuado del descanso dominical y en festivos, es decir, se trata de disposiciones legales para quienes, en el rubro comercio, prestan servicios en jornadas de trabajo que incluyen los días domingos y los festivos que establece la ley, descansando en días distintos fijados conforme al contrato de trabajo.

El supuesto antedicho no se observa en el caso de la especie por cuanto, según lo señala la propia presentación que nos convoca, estamos en presencia de trabajadoras que, en los tres casos expuestos, están sujetas a una distribución de jornada cuyo descanso recae siempre en domingo, razón por la cual en nada incide que coincida un feriado irrenunciable con un domingo, desde que éste, por pacto expreso entre las partes, no es trabajado por la dependiente, no requiriendo, por ende, de compensación alguna.

En consecuencia, según lo recién anotado, no resulta procedente exigir que a las trabajadoras por las que se consulta les sea devuelto o compensado el día domingo que coincide con un feriado irrenunciable, pues, estas dependientes no prestan servicios en día domingo, siendo, por contrato, día de descanso semanal de manera invariable.

En cuanto a lo expuesto por Ud. en la reunión referida en el Ant.1), en materia de eventual no pago de remuneración íntegra a las trabajadoras ya aludidas, infracción que se produciría, según sus dichos, al no pagarse correctamente la remuneración correspondiente al tiempo que dichas dependientes utilizan para ejercer el derecho de dar alimento a sus hijos menores de dos años, es del caso indicar que, tratándose el caso de un presunto incumplimiento de la ley laboral por la empleadora Comercializadora S.A. (Hites), merecen los hechos ser objeto de fiscalización conforme al procedimiento inspectivo de rigor, razón por la cual copia de este informe se remitirá a la Inspección del Trabajo competente, sin perjuicio de la acción que las afectadas o el sindicato puedan deducir directamente ante este Servicio o ante la autoridad judicial.

La observación anterior tiene su fundamento en el mandato impuesto por el artículo 206 del Código del Trabajo, precepto que en sus primeros cuatro incisos establece:

“Art. 206. Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.
- c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo.

Este derecho podrá ser ejercido preferentemente en la sala cuna, o en el lugar en que se encuentre el menor.

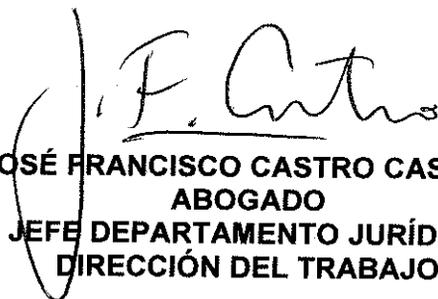
Para todos los efectos legales, el tiempo utilizado se considerará como trabajado.

El derecho a alimentar consagrado en el inciso primero, no podrá ser renunciado en forma alguna y le será aplicable a toda trabajadora que tenga hijos menores de dos años, aun cuando no goce del derecho a sala cuna, según lo preceptuado en el artículo 203.”

De la norma anotada se obtiene con total claridad que el tiempo destinado por la trabajadora para ejercer el derecho de alimentación de su hijo ha de entenderse trabajado “para todos los efectos legales”, lo que incluye, por cierto, el ámbito remuneratorio, no pudiendo el empleador utilizar fórmulas de cálculo destinadas a privar unilateralmente de todo o parte de las remuneraciones a que tiene derecho la trabajadora por ese tiempo usado para alimentar a su hijo conforme a la ley.

Sin otro particular,

Saluda atte.


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




 JFP/CLCH
Distribución:

- Dest
- DRT Metrop. Poniente
- IPT Santiago
- Jurídico.
- Partes.
- Control.