



DEPARTAMENTO JURÍDICO
K 3153(764)/2017

2935

ORD N°: _____/

Jurídico

MAT.: El trabajador de la empresa Distribuidora de Productos Nacionales Din S.A. cuyo descanso compensatorio debía hacerse efectivo en el día de cierre del establecimiento en que labora por decisión de la empresa empleadora, tiene derecho a impetrar el día de descanso compensatorio por el trabajo desarrollado en un día festivo anterior en una oportunidad distinta a aquel, no resultando jurídicamente procedente subsumir ambos beneficios.

- ANT.:**1.-Ord.N° 758, de 11.06.2018, de Inspector Comunal del Trabajo de Providencia.
2.- Ord. N° 512, de 26.01.2018, de Jefa Departamento Jurídico (S)
3.- Ord. N° 1722, de 22.12.2017, de Inspector Comunal del Trabajo de Providencia.
4.-Ord. N° 6128, de 19.12.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
5.-Ord. 3327, de 21.07.2017, de Jefe Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho(S)
6.-Ord. N° 1868, de 04.05.2017, de Jefa Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho.
7.-Presentación de 07.04.2017, de Empresa Distribuidora de Productos Nacionales DIN S.A.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : **SR. CARLOS PACHECO CIFUENTES**
NUEVA DE LYON N° 72, 6 PISO
PROVIDENCIA

27 JUN 2018

27 JUN 2018

Mediante presentación citada en el antecedente 7), y en representación de la empresa Distribuidora de Productos Nacionales DIN SA., ha solicitado un pronunciamiento de esta Dirección en orden a determinar si resulta jurídicamente procedente otorgar un día adicional de descanso a un trabajador de esa empresa a quien le correspondió hacer uso de descanso en compensación de un festivo, en el día en que dicha empleadora dispuso el cierre del establecimiento donde se desempeña, el cual se hizo efectivo en un día de "feriado laborable".

Hace presente que existe discrepancia entre la posición sustentada por la empresa y la del Sindicato Nacional de trabajadores allí constituido, por lo que se hace necesario que este Servicio emita un pronunciamiento jurídico al respecto.

Al respecto, cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

Con el objeto de obtener mayores antecedentes y resolver fundadamente sobre el particular, se solicitó una fiscalización investigativa a dicha empresa, la cual fue efectuada por la fiscalizadora Sra. Luz María Urzúa Abud y complementada posteriormente por la fiscalizadora Sra. Paulina Sofía Bahamondes Vidal, ambas dependientes de la Inspección Comunal del Trabajo de Providencia.

Asimismo, y en cumplimiento del principio de bilateralidad de la audiencia, la referida presentación se puso en conocimiento de la mencionada organización sindical a fin de que expresara sus puntos de vista sobre la materia y aportara antecedentes, gestión que no realizó no obstante haber transcurrido con creces el plazo otorgado.

Precisado lo anterior, cabe señalar que el artículo 35 del Código del Trabajo, en su inciso 1°, 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.”

Por su parte, el artículo 38 del mismo Código, referido al descanso semanal de los trabajadores excluidos del régimen de descanso dominical y en días festivos previsto por el artículo 35 ya citado, en su inciso 1°, numeral 7, prescribe:

“Exceptuánse de lo ordenado en los artículos anteriores los trabajadores que se desempeñen:

“N° 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 vez, los incisos 2°, 3° y 5° del artículo 38 en comento, establecen:

“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.”

De las disposiciones legales anotadas se desprende que las empresas exceptuadas del régimen normal de descanso semanal previsto en el artículo 35 del Código del Trabajo, entre otras, las señaladas en el numeral 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, pueden distribuir su jornada laboral incluyendo los días domingo y festivos, lo cual implica, al contrario de lo que sucede con quienes laboran bajo este último régimen, que tales días no son de descanso sino jornadas normales de trabajo.

No obstante ello, la ley obliga a otorgar a los respectivos trabajadores un día de descanso a la semana en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo, y otro, por cada festivo en que debieron prestar servicios, descansos que pueden ser comunes para todos ellos o por turnos para no paralizar el curso de las labores.

Es preciso acotar que, tratándose de trabajadores exceptuados del descanso dominical en virtud de los numerales 2 y 7 del mencionado artículo 38, la citada normativa exige que, a lo menos, dos de los días de descanso compensatorio que les corresponde en el respectivo mes calendario recaigan en día domingo y que para aquellos incluidos en el último numeral anotado, el artículo 38 bis del Código del Trabajo, incorporado por la Ley N°20.823, establece 7 días adicionales de descanso en domingo en cada año de vigencia del contrato.

En relación con la materia, la jurisprudencia administrativa sustentada por este Servicio respecto al descanso compensatorio establecido en el inciso 3° del artículo 38 del Código del Trabajo, y que se contiene, entre otros, en dictamen N°487/36, de 26.01.99, se fundamenta en que el derecho a tal beneficio nace por el hecho de laborar efectivamente en días domingo y / o festivos, por lo que la coincidencia entre ambos no confiere a los respectivos trabajadores. el derecho a impetrar un día adicional de descanso, como tampoco, el pago de horas extraordinarias, teniendo presente que en tal caso habrán laborado un solo día que reúne el doble carácter de domingo y festivo..

En la especie, de los antecedentes tenidos a la vista, principalmente de los informes inspectivos N°s 13-1312-2017-2616 y 13-1312-2018-808, evacuados por las fiscalizadoras antes individualizadas, aparece, en primer término que, en general, los trabajadores laboran en un régimen exceptuado del descanso dominical y en días festivos, en jornadas de 45 horas semanales distribuidas de lunes a domingo en turnos laborales, con los correspondientes descansos compensatorios. De iguales antecedentes aparece, asimismo, que dichos dependientes laboran regularmente todos los festivos, salvo aquellos declarados por ley como irrenunciables, esto es, los días 1° de mayo, 18 y 19 de septiembre, 25 de diciembre y 1 de enero de cada año, oportunidades en que las tiendas y locales de la empresa permanecen cerrados.

En cuanto al festivo correspondiente al día viernes santo, la fiscalizadora Sra. Paulina Soffa Bahamondes V. informa que de acuerdo a lo declarado por la empresa, si bien es cierto que en oportunidades se ha dispuesto por iniciativa propia que ese día los establecimientos deberán permanecer cerrados, no lo es menos, que ello no es una práctica permanente sino una medida que puede variar en cada año.

De lo expuesto se infiere que el cierre de la empresa durante ese día es una medida que es decretada unilateralmente por el empleador y que beneficia a todos los dependientes que laboran en los locales y establecimientos de la misma, eximiéndolos de prestar los servicios convenidos.

Ahora bien, la consulta precisa formulada en la especie dice relación con la procedencia de imputar a dicho día de cierre, el de descanso compensatorio por las actividades desarrolladas en un festivo anterior que un trabajador de esa empresa debía hacer efectivo precisamente en esa oportunidad.

Analizada tal situación a la luz de la doctrina institucional precitada, forzoso resulta concluir que no resulta jurídicamente procedente imputar al día de cierre de los establecimientos decretado por el empleador en la fecha indicada, el día de descanso compensatorio por el festivo laborado de que debía hacer uso un trabajador precisamente en esa ocasión.

En efecto, el cierre del establecimiento en el día en que el afectado debía hacer uso de descanso compensatorio, es una medida que obedece a razones ajenas a la voluntad de aquel y que lo beneficia al igual que al resto de los trabajadores que allí laboran, lo cual permite afirmar que tal circunstancia no lo priva del derecho a exigir el otorgamiento del descanso que le corresponde por aplicación del inciso tercero del artículo 38, el cual se genera, como ya se expresara, por la sola circunstancia, de haber laborado efectivamente un día festivo, como sucede en la especie.

Sostener lo contrario, implicaría desconocer tal prerrogativa y además, una renuncia de derechos por parte del afectado, la cual, conforme a lo preceptuado por el artículo 5°, inciso 2° del Código del Trabajo se encuentra expresamente prohibida estando subsistente la respectiva relación laboral

Finalmente, debe señalarse que la doctrina invocada en su presentación no resulta aplicable en la especie, atendido que la misma se encuentra referida a la coincidencia de un domingo con un festivo —situación distinta a la precedentemente analizada— evento en el cual el trabajador tendrá derecho a un solo día de descanso compensatorio.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas, doctrina institucional precitada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Ud. que el trabajador de la empresa Distribuidora de Productos Nacionales Din S.A., cuyo descanso compensatorio debía hacerse efectivo en el día de cierre del establecimiento en que labora por decisión de la empresa empleadora, tiene derecho a impetrar el día de descanso compensatorio por el trabajo desarrollado en un día festivo anterior en una oportunidad distinta a aquel, no resultando jurídicamente procedente subsumir ambos beneficios.

Saluda a Ud.


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO

A cel
LBP/SMS/sms
Distribución
 -Jurídico
 -Partes
 -Control