



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
K 6506 (1289) 2018

4027

ORD.: _____

MAT.: Atiende presentación en la que se solicita se aclare, el correcto sentido y alcance de los incisos tercero y cuarto del artículo 38 del Código del Trabajo.

ANT.: Presentación de 06.06.2018, de don José Luis Otiniano Narvaez, en representación de Sociedad Comercial Joigo Limitada.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : SR. JOSÉ LUIS OTINIANO NARVAEZ
SOCIEDAD COMERCIAL JOIGO LIMITADA
MANUEL RODRIGUEZ N°45
SANTIAGO

01 AGO 2018

Mediante la presentación del antecedente, Ud. solicita se aclare el correcto sentido y alcance de los derechos y obligaciones contenidos en el artículo 38 del Código del Trabajo, específicamente respecto de los incisos tercero y cuarto de dicha norma.

Sus consultas son las siguientes:

1.- A los trabajadores que prestan servicios incluyendo en su distribución de jornada de trabajo el día domingo; y cuyas funciones se encuentran clasificadas en el numeral 7° del artículo 38 del Código del Trabajo, ¿el empleador se encuentra obligado a remunerarles las horas trabajadas con el recargo del 30 por ciento y adicionalmente, otorgarle un día de descanso, o por el contrario, está obligado al incremento remuneracional, o una en subsidio de la otra?

2.- ¿Si el recargo del 30 por ciento, aplica únicamente a las actividades realizadas en día domingo o se extiende a las labores efectuadas en días festivos?

Al respecto, cumpla con informar a usted lo siguiente:

Los incisos 2° y 4° del artículo 38 del Código del Trabajo disponen: "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.

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.”

A su primera consulta, cabe tener presente que el Ordinario N° 6340 de 02.12.2015 establece que:

“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 1.921/033 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.”

Por otro lado, el Dictamen Ordinario N°5.733/066 de 06.11.2015, a propósito de los siete días de descanso en domingo dispone:

“Al respecto, debe tenerse en consideración que la ley N°20.823 que, como ya se señalara, incorpora al Código del Trabajo el artículo 38 bis, al igual que la ley N°19.759 que modificó el inciso 4° del artículo 38 de dicho cuerpo legal en el sentido indicado, no altera la regla general que se contiene en el inciso 3° del mismo precepto en materia de descansos compensatorios, limitándose a expresar que sin perjuicio del derecho previsto en el señalado inciso 4° del artículo 38, los trabajadores a que alude tendrán 7 días adicionales de descanso en domingo, vale decir, 7 días que se agregan a los dos de que ya gozaban los mismos trabajadores en virtud de la modificación efectuada por la mencionada ley N°19759.

De ello se sigue que el beneficio contenido en el artículo 38 bis en análisis no produce el efecto de aumentar los descansos compensatorios a que tienen derecho dichos trabajadores en virtud del artículo 38 del Código del Trabajo, sino simplemente el de hacer recaer en domingo siete días más de dichos descansos.”

En consecuencia, el empleador se encuentra obligado a remunerar a sus trabajadores las horas laboradas en día domingo con el recargo del 30 por ciento, cualquiera sea su jornada de trabajo y siempre que en su distribución, el día domingo sea parte de su ciclo de trabajo.

Los beneficios establecidos por la Ley N° 20.823, no alteran el sistema de descanso para aquellas empresas exceptuadas del descanso en día domingo, particularmente respecto de trabajadores que desempeñan labores clasificadas en los numerales 2 y 7 del artículo 38 del Código del Trabajo, quienes tienen derecho que, a lo menos, dos de los días de descanso del mes, recaigan en día domingo.

El empleador debe cumplir ambas obligaciones, pagar las horas trabajadas en día domingo con el recargo del 30 por ciento sobre el sueldo convenido y otorgar los descansos indicados en la norma antes citada, respetando además que la distribución de la jornada no supere los seis días de trabajo en la semana.

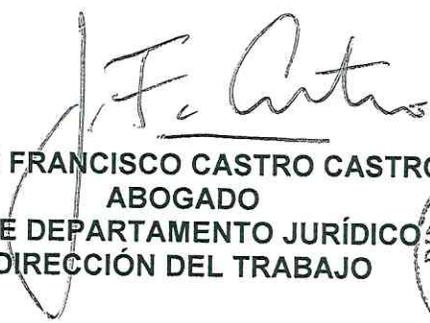
A su segunda consulta, cabe tener presente que por expresa disposición del legislador laboral, sólo corresponde remunerar con el recargo del 30 por ciento calculado sobre el sueldo convenido para la jornada ordinaria, las horas ordinarias trabajadas en día domingo, siempre que se trate de trabajadores que desempeñan funciones que se encuentran clasificadas en el numeral 7° del artículo 38 del Código del Trabajo; debiendo otorgar los descansos por días trabajados en festivos, conforme a las reglas generales, dispuestas en la misma norma legal.

Así lo ha reiterado este Servicio, entre otros, en el Dictamen Ordinario N° 4.755/58 de 14.09.2015 en los siguientes términos: *“De todas las*

alocuciones citadas, no es posible sino concluir, que lo que el legislador ha pretendido, es intervenir legislativamente en un sector, el de comercio, con el objeto de hacerse cargo de lo que denominan cambio cultural, de conciliar trabajo y familia, ya que este sector, sin diferenciación de trabajadores, se caracteriza por una alta intensidad de trabajo en días domingo, estableciendo un mayor número de días domingo de descanso, adicionales a los dos domingos mensuales, y fijando un incremento de la remuneración por las oportunidades en que los dependientes deban prestar servicios en días domingo.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y legales citadas, jurisprudencia citada y consideraciones expuestas, cúpleme informar a Ud. que la nueva normativa que incorpora al Código del Trabajo la ley N° 20.823, que otorga un incremento remuneracional mínimo de un 30% respecto de las horas en que los trabajadores hayan prestados servicios en días domingo y, además, que entrega 7 días adicionales de descanso en domingo, respecto de los dependientes comprendidos en el artículo 38 inciso primero n° 7 del mismo Código, resulta aplicable a todos los trabajadores que se desempeñan en los establecimientos de comercio y de servicios, sea que la labor que desarrollan se relacione o no con la atención de público."

Saluda a Ud.,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




JFCC/LBP/CGD

Distribución:

- Jurídico
- Partes
- Control