

DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN
DERECHO
K 7247 (1359) 2015

Juridico



ORD.: 0854

MAT.: Responde consultas relativas a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823.

ANT.: 1) Instrucciones de fecha 13.01.2016 de Jefa 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) Ordinario N° 1055 de fecha 04 de junio de 2015, de la Inspección Provincial del Trabajo de Copiapó.

4) Presentación de 25 de mayo de 2015 de doña Ana Cortés Castañeda, Janet Rojas Rojas y doña Norma Casanga Villegas, en representación del Sindicato de empresa Supermercado Chañarcillo Ltda. RSU 0301.0337.

SANTIAGO,

DE : JEFE DEL DEPARTAMENTO JURIDICO

8 FEB 2016

A : ANA CORTÉS CASTAÑEDA, JANET ROJAS ROJAS Y NORMA CASANGA
SINDICATO DE EMPRESA SUPERMERCADO CHAÑARCILLO LTDA.
CALLE CHACABUCO N° 151, FERIA AFECO LOCAL 53 Y 54, CENTRO
COPIAPO

Mediante presentación del antecedente 3), se ha solicitado un pronunciamiento a esta Dirección del Trabajo tendiente a resolver consultas acerca de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.823, respecto de trabajadores que prestan servicios en supermercados.

Las consultas formuladas son las siguientes:

1.- Solicita aclarar si los trabajadores que prestan servicios en seguridad, cajas, supervisoras y tesorería de cajas, reponedores de sala, servicios de aseo, servicio al cliente, jefes de

secciones, maestros pasteleros y maestros de cocina sector platos preparados, tienen el carácter de atender directamente al público, para efectos de acceder a los beneficios de la Ley.

2.- ¿Qué se entiende por sueldo convenido?

3.- Al aumentar los descansos, ¿cómo se cubrirá la jornada de 45 horas semanales?, ¿se trabajará más horas diarias?

4.- ¿En caso de acordar con el empleador el cambio de descanso por sábado, se pierde el día de descanso semanal asignado, o se aumentan las horas de trabajo?

5.- Si no se llega a acuerdo con el empleador para hacer el reemplazo de domingos por sábado, ¿quién resuelve el asunto?

6.- ¿Quién, cómo y cuándo se distribuyen los siete domingos?

7.- Si el beneficio no se acumula de un año a otro, ¿Qué se entiende por año, partiendo de la base que la ley entró en vigencia el 07 de abril de 2015?

Al respecto cumpla con informar a Ud. lo siguiente:

Respecto a la consulta N°1: Solicita aclarar si los trabajadores que prestan servicios en seguridad, cajas, supervisoras y tesorería de cajas, reponedores de sala, servicios de aseo, servicio al cliente, jefes de secciones, maestros pasteleros y maestros de cocina sector platos preparados, tienen el carácter de atender directamente al público, para efectos de acceder a los beneficios de la Ley.

El texto de la reforma incide en el artículo 38 inciso segundo y agrega el artículo 38 bis, ambos del Código del Trabajo, que disponen lo que sigue:

El inciso segundo del artículo 38 "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 nuevo artículo 38 bis del Código del Trabajo, ordena: *"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".

Como es posible observar, la normativa es clara al señalar que están afectos al incremento remuneracional y a los siete días domingos adicionales de descanso, todos los trabajadores que presten servicios en el área de comercio

y servicios; y que dentro de su jornada ordinaria, deban laborar en días domingos. La excepción al mencionado descanso adicional en domingo, se refiere a los trabajadores contratados por un plazo de treinta días o menos, aquellos cuya jornada ordinaria no sea superior a veinte horas semanales o los contratados exclusivamente para trabajar los días sábados, domingos o festivos.

En el mismo orden de ideas se pronuncia el dictamen 4755/058 del 14 de septiembre de 2015, el cual, luego de una análisis de las normas de interpretación de la Ley y de la historia de la misma, concluye que la normativa establecida en ella, es aplicable a todos los trabajadores del comercio y servicios, sin distinción si la función supone atención directa al público *"De este modo, no cabe sino concluir que la nueva normativa que la Ley N° 20.823 incorpora al Código del Trabajo, que, como ya se expresara, otorga un incremento remuneracional mínimo de un 30% respecto de las horas en que los trabajadores hayan prestados servicios en días domingo y, además, entrega 7 días adicionales de descanso en domingo, 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 estos últimos constituye un complemento necesario para el cumplimiento de las actividades de los primeros. En efecto, no sería razonable sostener que aquel trabajador que labora en domingo y no atiende directamente al público tenga un tratamiento, desde el punto de vista del beneficio que entrega la ley, distinto a quien atiende directamente al público, en circunstancias que ambos concurren a desarrollar la actividad comercial; más aún, una función no se sostiene sin la otra..."*.

Lo anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas por el legislador ya señaladas.

Conforme a lo señalado precedentemente, es posible concluir que los beneficios otorgados por la nueva normativa, son aplicables a todos los trabajadores que cumplan sus funciones de manera que incorpore el día domingo en su jornada ordinaria, presten servicios en comercio o servicio y estén clasificados dentro del N°7 del artículo 38 del Código del Trabajo, independiente de las funciones que cumplan.

Respecto a la consulta N°2: ¿Qué se entiende por sueldo convenido?

Este Servicio, ya se ha pronunciado al respecto, entre otros por el dictamen 2205/037 del 06 de mayo de 2015, que complementa el dictamen 1921/33 del 20 de abril del año en curso, en el sentido de indicar que: *"En el entendido que el incremento al valor de las horas ordinarias trabajadas en domingo asciende, al menos, a un 30% sobre el "sueldo convenido", cabe informar en primer término que, dicho concepto corresponde a aquel definido en el artículo 42 letra a) del Código del Trabajo, que señala: "sueldo, o sueldo base, que es el 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 tanto, toda aquella remuneración que cumpla con los requisitos de periodicidad, fijeza y pagada en dinero, producto de contraprestación por los servicios prestados por el trabajador tendrá el carácter de sueldo, independiente de la denominación que las partes le entreguen, debiendo considerarse en la base de cálculo para el incremento remuneracional del 30%, por el día domingo trabajado.

Respecto a la consulta N°3: Al aumentar los descansos, ¿cómo se cubrirá la jornada de 45 horas semanales?, ¿se trabajará más horas diarias?

La Dirección del Trabajo, en dictamen 5733/066 del 06 de noviembre de 2015, se ha pronunciado al respecto, indicando que: *"... las adecuaciones de jornada tendientes a dar cumplimiento a la nueva normativa, no implicando una alteración de*

las normas generales sobre duración y distribución de la jornada de trabajo, manteniéndose de esta forma los topes máximos de la jornada ordinaria de 45 horas semanales y de 10 horas diarias y su distribución semanal en no menos de cinco ni más de seis días.

En relación a lo anterior, hay que tener presente que el beneficio establecido por el legislador conforme a la historia fidedigna de la Ley, tiene por finalidad el compatibilizar la vida familiar y el descanso de los trabajadores que por distribución de jornada, laboran en día domingo. Por lo tanto, no está permitido que el empleador de manera unilateral modifique la jornada pactada y ejecutada por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley.

En consecuencia, las modificaciones introducidas por la Ley 20.823, 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 de trabajo.

Respecto a la consulta N°4: ¿En caso de acordar con el empleador el cambio de descanso por sábado, se pierde el día de descanso semanal asignado, o se aumentan las horas de trabajo?

Conforme a lo señalado en los párrafos anteriores y lo dispuesto, entre otros, en el dictamen 2205/037 ya mencionado dispone: *“Cabe precisar en todo caso, que la referida facultad del empleador (de la organización funcional de la empresa), no es óbice al acuerdo o negociación que legítimamente pudieran alcanzar empleadores y trabajadores, ya sea en forma individual o colectiva, a través sus organizaciones sindicales, incluidas las federaciones, en orden a definir la oportunidad en que se hará uso del derecho, en la medida que tales acuerdos aseguren el cumplimiento de las normas sobre descanso dominical contempladas en la ley.*

Atendido lo indicado, sumado a la imposibilidad del empleador de alterar unilateralmente la jornada pactada y ejecutada con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, no queda sino concluir que, no se pueden alterar las condiciones de trabajo, sino en lo estrictamente necesario para dar cumplimiento a los descansos.

Respecto a la consulta N°5: Si no se llega a acuerdo con el empleador para hacer el cambio de domingos por sábado, ¿quién resuelve el asunto?

El artículo 38 bis del Código del Trabajo en su parte pertinente dispone: *“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”.*

Del mismo modo se pronuncia el citado dictamen 2205/033 en cuanto señala: *“Asimismo, el legislador hizo exigible el acuerdo de voluntades, tratándose del reemplazo del día domingo por día sábado, verificable hasta en tres oportunidades al año.*

En lo referido a los acuerdos alcanzados entre el empleador y el o los sindicatos, cabe puntualizar que el alcance de éstos se restringe en sus efectos, solo en relación con los trabajadores afiliados a la respectiva organización”.

En el derecho laboral, la regla general es que la voluntad de las partes se encuentre disminuida, al tener el contrato de trabajo un carácter dirigido sumado a la naturaleza protectora de esta rama del derecho. Sin embargo, para la aplicación del reemplazo en días sábados, el legislador exige el acuerdo de voluntades, con el trabajador individualmente considerado, o a través de la organización sindical, en caso de trabajadores sindicalizados.

De tal manera que la falta de dicho acuerdo de voluntades, produce por consecuencia que los siete descansos adicionales deberán ser

distribuidos, sólo en días domingos. Ahora frente al incumplimiento del empleador de otorgar los descansos dispuestos en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, será competente para fiscalizar tal hecho, la Inspección del Trabajo, que corresponda al domicilio de la empresa.

Respecto a la consulta N°6: ¿Quién, cómo y cuándo se distribuyen los 7 domingos?

Siguiendo con el dictamen ya citado, en su parte pertinente señala: *“Así, considerando que la organización funcional de la empresa recae en el empleador, corresponde a éste determinar, para los efectos indicados, la distribución de la jornada de los trabajadores, en términos que permita respetar la obligación legal de descanso. Con todo, tales definiciones deberán ser comunicadas oportunamente y con la anticipación necesaria a los trabajadores, a fin de atender a uno de los objetivos centrales de esta reforma legal, en el sentido de avanzar hacia una mayor compatibilización de la vida familiar y laboral, para este grupo de trabajadores”.*

Por su parte, el dictamen 3996/052 del 07 de agosto de 2015 precisa en sus conclusiones lo siguiente: *“En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cúmplame informar a Ud. 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, en orden a que éstos accedan a modificar dicha cláusula esencial del contrato de trabajo”.*

De tal modo, es el empleador quien debe organizar el sistema de trabajo de manera tal de dar cumplimiento a los descansos, teniendo siempre presente que de modo unilateral, no le está permitido alterar la jornada pactada y ejecutada por su trabajadores con anticipación a la entrada en vigencia de la Ley.

Respecto a la consulta N°6: Si el beneficio no se acumula de un año a otro, ¿Qué se entiende por año, partiendo de la base que la ley entró en vigencia el 07 de abril de 2015?

Este Servicio, ya se ha pronunciado sobre la materia que ustedes consultan por medio del dictamen 1921/033 del 20 de abril de 2015, el cual en su parte pertinente señala: *“Como ha sido señalado, el beneficio consagrado en el artículo 38 bis del Código del Trabajo, consistente en el otorgamiento de 7 días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato trabajo, por razones de certeza, se entiende que para los trabajadores con contrato vigente al 7 de abril de 2015, su primera anualidad vence el 6 de abril de 2016.*

En tanto que, respecto a los trabajadores cuya relación laboral se ha iniciado el día de entrada en vigencia de la ley o posteriormente, el ciclo anual lo determinará la fecha de inicio del vínculo contractual”.

Situación que es reiterada en el mencionado dictamen 2205/037, que además aclara lo siguiente: *“Ahora bien, no obstante lo indicado, es posible que por un acuerdo de voluntades celebrado entre el empleador y el trabajador o las organizaciones sindicales, la distribución de los domingos adicionales se efectúe conforme al año calendario, en la medida que esto no signifique una disminución en el mínimo de domingos establecido en la ley y que corresponde otorgar a los trabajadores por cada año de vigencia de sus respectivos contratos de trabajo”.*

Conforme a lo señalado en párrafos anteriores, para contabilizar la anualidad, -teniendo presente que no se admite acumulación ni compensación en dinero por los días no utilizados-, para otorgar los días domingos adicionales de descanso, es necesario distinguir respecto de trabajadores con relación laboral vigente al momento de

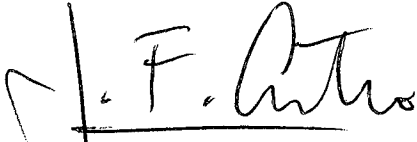
entrada en vigencia de la Ley, en tal caso y como la normativa comenzó a regir desde el 07 de abril de 2015, la anualidad termina el 06 de abril de 2016.


En caso de trabajadores contratados con posterioridad a su entrada en vigencia, la anualidad estará determinada por la fecha en que se le contrató.

Sin perjuicio de lo anterior, los trabajadores o sus organizaciones sindicales, pueden pactar con el empleador que la anualidad se ajuste al año calendario.

Es cuanto puedo informar.

Saluda a Ud.,


JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




JFCC/LBP/CGD

Distribución:

- Jurídico
- Control
- Oficina de Partes.