



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E INFORMES EN
DERECHO
K 7482 (1734) 2016

Jurídico

5949

ORD.:

MAT.: Responde consulta sobre incidencia de la licencia médica en el otorgamiento de los días de descanso adicional contemplados en la Ley N° 20.823.

ANT.:1) Correo electrónico de 09.11.2016 de Inspectora Comunal del Trabajo Norte Chacabuco
 2) Correo electrónico de 09.11.2016 de abogada Unidad de Dictámenes e Informes en derecho.
 3) Correo electrónico de 01.09.2016 de abogada Unidad de Dictámenes e informes en derecho
 4) Correo electrónico de 23.08.2016 de abogada de Unidad de Dictámenes e Informes en Derecho
 5) Ord. N° 897 de fecha 04.07.2016 de Mónica Liberona Pérez, Inspectora Comunal del Trabajo Norte Chacabuco.

SANTIAGO,

14 DIC 2016

DE : JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO

A : INSPECTORA COMUNAL DEL TRABAJO NORTE CHACABUCO
MANUEL ANTONIO MATTA N° 1231
QUILICURA

Mediante presentación del antecedente 5) ha remitido Informe de Fiscalización Nro. 1323/2016/716 de fecha 29.04.2016 emitido por el funcionario, Sr. Javier Troncoso Padilla, que da cuenta del resultado de la inspección practicada a la empresa La Polar S.A. RUT 96.874.030-K, para su evaluación, mejor resolver y posterior pronunciamiento en el sentido si corresponde que empleador otorgue a los trabajadores del comercio que desempeñan la función de cajeros y vendedor, los siete domingos de descanso adicional cuando han tenido períodos de licencias médicas durante el año de vigencia del contrato de trabajo.

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

El artículo 1° de Decreto Supremo N° 3 de 28.05.1984, que aprueba el Reglamento de Autorización de Licencias Médicas por las COMPIN e Instituciones de Salud Previsional, establece que para los efectos de este Reglamento se entenderá por " licencia médica" *el derecho que tiene el trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona, reconocida por su empleador en su caso y autorizada por un Servicio de Salud, o Institución de Salud Previsional según corresponda, durante cuya vigencia podrá gozar de subsidio especial con cargo a la entidad de previsión,*

institución o fondo especial respectivo, o de la remuneración regular de su trabajo o de ambas en la proporción que corresponda.

De esta manera, el otorgamiento de una licencia médica suspende los efectos jurídicos de la relación laboral, relativos a la obligación por parte del trabajador, de prestar servicios, como asimismo a la obligación que pesa sobre empleador de pagar por dichos servicios una remuneración, reemplazándose esta última por el pago de un subsidio de cargo de la entidad previsional correspondiente, salvo en el caso de aquellos beneficios ocasionales que se devenguen durante dicho período subsistiendo la obligación de pago por parte del empleador. En efecto, la licencia médica constituye una prestación propia de la seguridad social, que supone la existencia de una enfermedad y permite al trabajador **ausentarse de sus funciones para así restablecer su salud con reposo y tratamiento.**

Que, este Servicio se ha pronunciado en casos anteriores respecto de la incidencia de la licencia médica en la forma cómo se otorgan los descansos compensatorios de dos días domingos en el mes para los trabajadores del comercio y servicios o bien en los casos en que hubieren hecho uso de su feriado legal, disponiendo en dictamen N° 2219/126 de 11.07.2002, lo siguiente:

“Como es dable apreciar, los descansos de los dos domingos, atendido su carácter compensatorio presuponen la existencia de trabajo efectivo realizado por los trabajadores en días domingo o festivos, de suerte tal, que solo se generará el derecho a impetrarlos en la medida que éstos hayan prestado servicios en dichos días.

Ahora bien, si tenemos presente que los dos días de descanso en domingo a que alude el inciso 4° del artículo 38 en comento corresponden a descanso compensatorio, forzoso resulta convenir que el derecho a tal descanso presupone igualmente el trabajo efectivo en día domingo o festivos.

Acorde a lo anterior, resulta dable afirmar que si el feriado legal o la licencia médica otorgada a un trabajador abarca un período inferior a un mes, éste sólo tendrá derecho a gozar de descanso en día domingo en los términos establecidos en el inciso 4° del artículo 38 en análisis, en la medida que durante el período posterior a su reintegro, haya prestado servicios efectivos en domingo o festivos y existiere la posibilidad de conceder uno o ambos en lo que resta del respectivo mes calendario”

En ese contexto, las empresas exceptuadas del descanso dominical y festivos se encuentran obligadas a otorgar a sus trabajadores un día de descanso a la semana, en compensación por las actividades desarrolladas en día domingo y otro, por cada festivo en que éstos debieron prestar servicios, descansos que podrán ser comunes o por turnos.

Por su parte, en el caso de los trabajadores comprendidos en los números 2 y 7 del inciso primero del artículo 38 del Código del Trabajo, a lo menos, dos de los días de descanso compensatorio que les corresponde impetrar en el mes calendario respectivo deben necesariamente recaer en día domingo; así el otorgamiento de los descansos supone la existencia de un trabajo efectivo realizado en los días domingos y festivos. De esta manera, si el feriado legal o la licencia médica otorgada a un trabajador abarca un período inferior a un mes, el trabajador solamente tendrá derecho a gozar del descanso en día domingo en la medida que durante el período posterior a su reintegro haya prestado servicios efectivos en domingo o festivos y existiere la posibilidad de conceder uno o ambos en lo que resta del respectivo mes calendario.

La Ley N° 20.823 publicada en el Diario Oficial el día 07.04.2015 modifica el Código del Trabajo en materia de jornada laboral, y establece respecto de los trabajadores comprendidos en el Nro. 7° del inciso 1° del artículo 38 del Código del Trabajo, un aumento en el número de días domingo en que podrán descansar como asimismo fija un sistema de remuneración particular respecto del mismo grupo de trabajadores que ejecute sus

labores en día domingo, disponiendo un incremento remuneracional mínimo de un 30%, calculado sobre el sueldo base convenido para la jornada ordinaria, respecto de las horas en que los trabajadores hayan prestado servicios en día domingo.

En el mismo sentido, la jurisprudencia administrativa de este Servicio contenida en dictamen Nro. 4755/058 de 14.09.2015 ha señalado *“que dichas normas rigen 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 de público toda vez que el ejercicio de dichas funciones 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”*

Que, a su vez, 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 los 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 sábados, siempre que se distribuyan junto a un domingo también de descanso semanal. Este derecho al descanso dominical no podrá ser compensando 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”

Que, el número 7 del inciso 1° del artículo 38 del mismo cuerpo legal, al establecer las excepciones al descanso dominical y de días festivos que consagra el artículo 35 del mismo texto, señala:

“Exceptuándose 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, y”

Que, este Servicio manteniendo la misma línea interpretativa definida en dictamen Nro. 2219/126 de 11.07.2002, se ha pronunciado respecto de la incidencia de la licencia médica en el otorgamiento de los días de descanso adicionales en día domingo, contemplados en la Ley N° 20.823 respecto de los trabajadores que laboran en empresas de comercio y de servicios, cuando por razones ajenas a la voluntad del empleador, como es el caso, de una licencia médica, no fue posible otorgarlos.

En efecto, el pronunciamiento contenido en el Ord. Nro. 3054 de 03.06.2016 se refiere a la forma de hacer efectivo el derecho al descanso de los 7 días en domingo cuando por razones ajenas a la voluntad del empleador, como es el caso del

otorgamiento de una licencia médica originada de una enfermedad común, maternal o un accidente del trabajo, el trabajador no ha prestado servicios, señalando que *“si la licencia médica prolongada no abarcó la anualidad y el trabajador prestó servicios en su jornada ordinaria pactada que incluye los días domingo, le corresponde el derecho al beneficio de los descansos adicionales en ese día, si al retornar de su licencia médica, existe espacio de tiempo suficiente para ello, precisando que es obligación de empleador ajustar los turnos de trabajo, con acuerdo del trabajador, para hacer posible el ejercicio efectivo del descanso, Asimismo, se podrá pactar que la anualidad corresponda al sentido del año calendario, siempre que ello no suponga una disminución en el mínimo de descansos en día domingo establecidos por la ley”*

Que, en el mismo orden de ideas, si la licencia médica **supera la anualidad, habrá caducado el derecho de hacer uso de los descansos en día domingo**, no pudiendo el empleador compensarlos ni acumularlos de un año a otro, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 38 bis del Código del Trabajo. Por su parte, el concepto de *“anualidad”* conforme la interpretación efectuada por este Servicio contenida en dictamen nro. 1921/33 de 20.04.2015 para los efectos de hacer uso de los siete días domingo de descanso adicionales, es aquel por el cual *“se entiende que respecto de los trabajadores con contrato de trabajo vigente al 07 de abril de 2015 vence el 06 de abril de 2016, en tanto que respecto de 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”*

Que, siguiendo con el razonamiento, el propio artículo 38 bis, dispone que el derecho a los siete días domingo de descanso semanal durante cada año de vigencia del contrato no podrá ser compensado ni acumulado de un año a otro, debiendo por tanto, empleador en el ejercicio de sus facultades de administración velar por el pleno respeto y oportuno cumplimiento de las normas que consagran dichos derechos, las que resultan irrenunciables para los trabajadores.-

En razón de lo expuesto, si al regreso de la licencia médica existían días disponibles en que empleador pudo otorgar los descansos pendientes debió haber adoptado las medidas pertinentes para así dar cumplimiento a la norma legal, entre ellas, haber ajustado los turnos con el acuerdo de la trabajadora.

Saluda a Ud,


JOSÉ FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
JEFE DEPARTAMENTO JURÍDICO
DIRECCIÓN DEL TRABAJO




JFCC/LEP/CAS

Distribución:

- Jurídico
- I.C.T. Norte Chacabuco
- Partes
- Control